

digital

FUTURE LAW

Direção

Catarina Santos Botelho · Fábio da Silva Veiga

Coordenação

Luís Heleno Terrinha · Pedro Coutinho



PORTO



FUTURE LAW

CATARINA SANTOS BOTELHO; FÁBIO DA SILVA VEIGA [DIR.]

LUÍS HELENO TERRINHA; PEDRO COUTINHO [COOR.]

© 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

Data da edição · outubro 2018

Tipografia da capa · Prelo Slab / Prelo

ISBN · 978-989-8835-55-0

digital

FUTURE LAW

Direção

Catarina Santos Botelho · Fábio da Silva Veiga

Coordenação

Luís Heleno Terrinha · Pedro Coutinho

ÍNDICE

PONDERAÇÕES SOBRE A REESTRUTURAÇÃO DE EMPRESAS NO PROCESSO ESPECIAL DE REVITALIZAÇÃO E NOS ACORDOS EXTRAJUDICIAIS

Fábio da Silva Veiga · 8 ·

ÁGUAS DO BRASIL: DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS, INSTITUIÇÕES E DIREITO INTERNO CONSTITUCIONAL

Erivaldo Moreira Barbosa e Maria de Fátima Nóbrega Barbosa · 24 ·

RESPONSIBILITY FOR THE CONTENT OF MESSAGES POSTED ON THE INTERNET

Vânia Siciliano Aieta e Rubén Miranda Gonçalves · 46 ·

A EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS CULTURAIS E O PAPEL DO ESTADO NO FINANCIAMENTO DA CULTURA

Cácia Pimentel · 54 ·

O ACESSO À JUSTIÇA E A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NO CPC À LUZ DO PROCESSO ELETRÔNICO NO BRASIL

Rafael Giordano Gonçalves Brito · 74 ·

A OBRIGAÇÃO DE RECUPERAÇÃO DOS AUXÍLIOS DE ESTADO DE NATUREZA FISCAL DECLARADOS ILEGAIS NA UNIÃO EUROPEIA

Liliana Ivone da Silva Pereira · 96 ·

DA SUCESSÃO LEGITIMÁRIA E DA PROIBIÇÃO DOS PACTOS SUCESSÓRIOS – A NECESSÁRIA FLEXIBILIZAÇÃO

Cristina Dias · 124 ·

AÇÕES DO PLANO BEPS CONTRA A CONCORRÊNCIA FISCAL INTERNACIONAL E SEUS REFLEXOS NA TRIBUTAÇÃO DAS EMPRESAS EM PORTUGAL

Renata Gomes de Albuquerque Sá · 142 ·

FASHION LAW SOB UMA PERSPECTIVA SOCIOAMBIENTAL

Mariele Cristina De Abreu Zoratto · 170 ·

CARACTERIZAÇÃO E ANÁLISE DA RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE UBER E MOTORISTAS NO CONTEXTO DA ECONOMIA COLABORATIVA

Rafaela Guimarães Campos Fonseca · 186 ·

CONTRATOS DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO CONTEXTO DAS SMART CITIES

Márcia Walquíria Batista dos Santos e Ana Carla Bliacheriene · 196 ·

O VELHO (E O) DIREITO PENAL (ALGUNS APONTAMENTOS PARA A DISCUSSÃO EM TORNO DA TUTELA PENAL DOS IDOSOS)

Marlene Neves

· 232 ·

OS ALIMENTOS NA CESSAÇÃO DA UNIÃO DE FACTO POR MORTE – BREVE REFLEXÃO

Rossana Martingo Cruz

· 246 ·

LIBERDADE DE ESTABELECIMENTO (E OUTRAS LIBERDADES EUROPEIAS RELACIONADAS), PARAÍSO FISCAL, PLANEAMENTO FISCAL E MEDIDAS ANTIABUSO

Patrícia Anjos Azevedo

· 258 ·

A ROBÓTICA, O FUTURO DO EMPREGO E O FINANCIAMENTO DA SEGURANÇA SOCIAL: UMA ANÁLISE DOS SEUS IMPACTOS E DAS POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Fabiano Ramalho e Lucas Calafiori Catharino de Assis

· 276 ·

LA NORMATIVA INTERNACIONAL EN MATERIA DE CORRUPCIÓN PÚBLICA: LUCES Y SOMBRAS DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA CORRUPCIÓN

Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas

· 302 ·

INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN FISCAL Y PARAÍSO FISCALES

Gilberto Atencio Valladares

· 316 ·

A COLHEITA DE ÓRGÃOS EM CADÁVERES PARA A REALIZAÇÃO DE TRANSPLANTES: ANÁLISE DO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

José Antonio Cordeiro de Oliveira

· 326 ·

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ELETRÓNICA: OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS ADMINISTRADOS À LUZ DO REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Isa António e Rui Miguel Zeferino Ferreira

· 342 ·

FREEDOM OF MOVEMENT AND PROVISION OF SERVICES FOR EU NATIONAL ATHLETES

Ignacio López e Carmen José López

· 358 ·

ACESSO A JUSTIÇA: PLURALISMO JURÍDICO E OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

Flavia Lucia Moscal de Britto Mazur

· 378 ·

SOCIAL IMPACT BONDS: INNOVATING PUBLIC PROCUREMENT AND DELIVERY OF SERVICES

Estela Teixeira Souto

· 396 ·

**A APLICAÇÃO DA DEMOCRACIA LÍQUIDA DE BRYAN FORD À
HUMANIDADE UNIDA DE RAFAEL DOMINGO OSLE**

Lécio Silva Machado

· 410 ·

**A EXONERAÇÃO DO PASSIVO RESTANTE: UM REGRESSO À
FINALIDADE SANEADORA DO INSTITUTO DA INSOLVÊNCIA**

Lucas Raposo Oliveira Faria

· 430 ·

**MULTIPARENTALIDADE: EFEITOS E CONSEQUÊNCIAS NO DIREITO
SUCESSÓRIO**

Rafaela Pacífico Carvalho e Samene Batista Santana

· 440 ·

A NATUREZA JURÍDICA DAS CRIPTOMOEDAS

Rijkaard Dantas de Santana e Caroline Teixeira Barbosa

· 448 ·

**A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS MIGRANTES
HAITIANOS PELA JURISDIÇÃO BRASILEIRA**

Thiago Oliveira Moreira

· 472 ·

**ASPECTOS REGULATÓRIOS E GOVERNANÇA NA IMPLANTAÇÃO
DA INTERNET DAS COISAS (IOT) NO CAMPO: PERSPECTIVAS E
REPERCUSSÕES LEGAIS NO BRASIL**

Carolina Merida e Murilo Couto Lacerda

· 502 ·

THE EUROPEAN COOPERATIVE SOCIETY: LIGHTS AND SHADES

Carmen José López Rodríguez e Ignacio López López

· 514 ·

**A CARTA SOCIAL EUROPEIA E A PROTEÇÃO MULTINÍVEL AO
DIREITO À RENDA SUFICIENTE PARA VIDA DIGNA EM PORTUGAL
E ESPANHA**

Tayane Martins Mady e Thiago Santos Rocha

· 530 ·

QUIS CUSTODIET IPSOS CUSTODES?

José Miguel Taborda Fernandes

· 554 ·

**O CASO SCHREMS CONTRA FACEBOOK E O CONTRATO DE
CONSUMO INTERNACIONAL**

Anabela Susana de Sousa Gonçalves

· 570 ·

**NATIONAL COUNCIL OF THE JUDICIARY IN POLAND. A FEW
COMMENTS ON THE CONTROVERSIAL REFORM AND ITS FUTURE**

Beata Stepień-Załucka

· 584 ·

THE FUTURE OF SUCCESSION LAW IN THE EU. A PROPOSAL

Mariusz Załucki

· 594 ·

**O LIBRETO OPERÍSTICO COMO METÁFORA DA DECISÃO JURÍDICA:
INDETERMINAÇÃO JURÍDICA EM SCALIA/GINSBURG**

Marcílio Toscano Franca Filho e Hiago Pereira Silva Moura

· 602 ·

**DIREITO AO DESENVOLVIMENTO NA CULTURA MAINSTREAM: UM
POSSÍVEL MODELO DE INTEGRAÇÃO DAS MINORIAS CULTURAIS.**

Jadgleison Rocha Alves e Luziana Ramalho Ribeiro

· 614 ·

**LEGISLAÇÃO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: QUAL O IMPACTO
NA MEDICINA? - A VISÃO DE UM JURISTA**

João Proença Xavier

· 624 ·

**ARBITRAGEM COMO MEIO DE ACESSO À JUSTIÇA NO DIREITO
EMPRESARIAL**

Victor Barbosa Dutra e Leonardo Viana Silva

· 638 ·

**A NECESSIDADE DE INCLUSÃO DA DISCIPLINA DE PROPEDÊUTICA
ESPIRITUAL NAS MATRIZES CURRICULARES DAS FACULDADES
DE CIÊNCIAS JURÍDICAS BRASILEIRAS**

Ana Paula de Oliveira Gomes

· 644 ·

PONDERAÇÕES SOBRE A REESTRUTURAÇÃO DE EMPRESAS NO PROCESSO ESPECIAL DE REVITALIZAÇÃO E NOS ACORDOS EXTRAJUDICIAIS

Fábio da Silva Veiga¹

1. Considerações iniciais

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar os mecanismos jurídicos da legislação, doutrina e jurisprudência a respeito da reestruturação de empresas nos sistemas normativos de Portugal. Desse modo, considera-se que, em comparação com o processo judicial de insolvência, estes procedimentos, em virtude da sua flexibilidade e eficiência, permitem alcançar diversas vantagens: a empresa mantém-se sempre em atividade, os credores têm uma taxa de recuperação de crédito mais elevada e a empresa mantém as suas relações jurídicas e económicas com trabalhadores, clientes e fornecedores. De outro lado, os procedimentos de reestruturação permitem ainda, colmatar novas insolvências aos tribunais, desprendendo-os para outros processos.

Por estes motivos, os procedimentos de reestruturação são instrumentos fundamentais numa estratégia de recuperação e viabilização de empresas em dificuldade económica.

2. A reestruturação de empresas no direito português

Base jurídica: Artigo 17-A – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas:

1 - O processo especial de revitalização destina-se a permitir à empresa que, comprovadamente, se encontre em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas que ainda seja suscetível de recuperação, estabelecer negociações com os respetivos credores de modo a concluir com estes acordo conducente à sua revitalização.

a) Revisão de paradigmas em Portugal

A então proposta de Lei n.º 39/XII, de iniciativa do Governo português, previu a alteração de vários dispositivos do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, que culminou com a aprovação e promulgação da Lei 16/2012 de 20 de abril (recentemente aditada pelo Decreto-Lei n.º 79/2017, de 30 de Junho) que entre outras alterações passou a conceber a organização empresarial num prisma que possibilita melhores práticas de resgate económico: a reestruturação da empresa.

¹ Doutor em Direito Comercial pela Universidade de Vigo, com distinção de Prémio Extraordinário de Tese de Doutoramento. Professor de Direito Comercial no Máster en Abogacía da Universidad Europea de Madrid. Investigador de Direito Comercial no Programa de Doutoramento da Universidad de Alcalá de Henares, Madrid. Mestre em Direito dos Contratos e da Empresa pela Universidade do Minho. Presidente do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos – IBEROJUR. E-mail: fabio.da@edu.uah.es

Com esse novo paradigma legal, em questões relacionadas à insolvência de sociedades comerciais, buscou-se em um primeiro plano, reorientar o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas para a promoção da recuperação, privilegiando-se sempre que possível a manutenção da empresa no giro comercial, relegando-se para segundo plano a liquidação do seu património sempre que se mostre viável a sua recuperação.

Vê-se, portanto, uma mudança paradigmática no estado atual do direito da insolvência português, que normativamente vinha adotando a orientação de liquidação do património do devedor em crise económico-financeira e não o *processo-saneamento* operacionalizado pelo extinto CPEREF². Assim já defendia a autorização legislativa dada outrora pela Lei n.º 39/2003, de 22 de agosto (que orientou o atual CIRE) e segundo esta:

«O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas vem regular um processo de execução universal que tem como finalidade a liquidação do património de devedores insolventes e a repartição do produto obtido pelos credores ou a satisfação destes pela forma prevista num plano de insolvência que, nomeadamente, se baseie na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente» – cfr. art.º 1.º, n.º 2, da referida Lei – sendo o objetivo precípua de qualquer processo de insolvência a satisfação, pela forma mais eficiente, dos direitos dos credores (cfr. ponto 3 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março).

Contudo, seguindo a referência do segmento preambular do Decreto Lei n.º 53/2004, que instituiu o CIRE, podemos extrair também de sua concepção, vestígios da valorização (pelo menos do ponto de vista utilitarista) do *princípio da não interrupção da atividade da empresa*, e, por conseguinte, a concessão de oportunidades para a reorganização da empresa. Referimo-nos citações do dito preâmbulo:

«Ao direito da insolvência compete a tarefa de regular juridicamente a eliminação ou a reorganização financeira de uma empresa segundo uma lógica de mercado, devolvendo o papel central aos credores convertidos, por força da insolvência, em proprietários da empresa» (cfr. o ponto 3 *in fine*).

Não valerá, portanto, afirmar que no *Código* é dada primazia exclusiva à

² «No âmbito do extinto CPEREF (Código dos Processos Especiais e de Recuperação da Empresa e de Falência, aprovado pelo DL n.º 132/93, de 23 de abril), toda a empresa em situação económica difícil ou situação de insolvência pode (e deve) ser objecto de uma ou mais medidas de recuperação ou ser declarada em regime de falência. Assim, só quando resultarem frustradas todas as medidas tomadas no sentido da recuperação, e for verificado que a situação de penúria é irreversível, não sendo, de todo em todo, possível a recuperação financeira da empresa, é que a falência pode ser (*finalmente*) decretada. Com a aprovação do CIRE assiste-se a uma nova e radical mudança no paradigma do processo de falência. Desta feita, o legislador alterou o vector em que assentava o regime anterior, passando de novo a privilegiar a liquidação do património e a satisfação dos credores, em vez da recuperação da empresa, ainda que economicamente viável». Cfr. PIDWELL, Pedro. *O processo de insolvência e a recuperação da sociedade comercial de responsabilidade limitada*, Coimbra Editora: Coimbra, 2011, p. 15-16.

liquidação do patrimônio do insolvente. A primazia que efetivamente existe, não é demais reiterá-lo, é a da vontade dos credores, enquanto titulares do principal interesse que o direito concursal visa acautelar: o pagamento dos respetivos créditos, em condições de igualdade³ quanto ao prejuízo decorrente de o património do devedor não ser, à partida e na generalidade dos casos, suficiente para satisfazer os seus direitos de forma integral (cfr. o ponto 6 *in fine*).

i) Motivação legislativa

No entanto, a partir de 20 de maio de 2012, [30 dias de *vacatio legis*], a Lei 16/2012 consagrou em carácter pragmático, a valorização do princípio da continuidade da atividade da empresa, através da instituição do *processo especial de revitalização* da empresa (PER) ou do devedor, como preferia o CIRE⁴. Assim menciona o n.º 2, do artigo 1.º do CIRE:

«Estando em situação económica difícil, ou em situação de insolvência meramente iminente, o devedor pode requerer ao tribunal a instauração de processo especial de revitalização, de acordo com o previsto nos artigos 17.º -A a 17.º -H».

O processo visa propiciar a revitalização da empresa em dificuldade, naturalmente que sem pôr em causa as respetivas obrigações legais, designadamente para regularização de dívidas no âmbito das relações com a administração fiscal e a segurança social⁵.

Para se mensurar o impacto da nova conceção e valorização da empresa no direito de insolvência português, basta-nos referir o acréscimo dado à Finalidade do Processo de Insolvência, do Título I, Capítulo I, do CIRE, no seu artigo 1.º, n.º 1. Vejamos a integralidade do texto atual:

«O processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa

³ Sobre o princípio da igualdade entre credores no processo de insolvência português, vide estudo publicado por nós em: VEIGA, Fábio da Silva. “Reorientação do princípio par conditio creditorum no processo de insolvência português”, in: *Cadernos de Direito Actual*, Santiago de Compostela, 2017, p. 195-207.

⁴ O Decreto-Lei n.º 79/2017 que aditou novas regras do CIRE, trocou a palavra “devedor” por “empresa” em vários dispositivos relacionados à revitalização da empresa (e não do devedor como era antes desta última reforma). Defendíamos desde o ano 2013 a utilização do termo “empresa” à “devedor”, em dissertação do Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa, apresentada pelo coautor desta obra na Escola de Direito da Universidade do Minho. Naquele documento, opinávamos no seguinte sentido: «Preferimos o termo “revitalização da empresa” à “revitalização do devedor” por questão de raciocínio lógico-jurídico, visto que o CIRE se refere à Recuperação de Empresas e, portanto, consideramos melhor adequada a nomenclatura que concilie o termo “revitalização” às empresas. Até porque o processo de revitalização é uma abreviação do Processo de Recuperação de Empresa». VEIGA, Fábio da Silva Veiga, *A responsabilidade civil dos administradores na insolvência*, Braga: Universidade do Minho, 2013, p. 84.

⁵ Citado pela Proposta de Lei n.º 39/XII de 30 de dezembro de 2011, p. 2.

compreendida na massa insolvente [versão 2004], ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores» (grifos nossos).

Esta parte final grifada foi adicionada pela Lei 16/2012 e tem como escopo a diminuição de processos de insolvência. Sem embargo, a sua missão fulcral é constatar que no estágio político-económico atual⁶ a liquidação do património societário não é considerada como objetivo primário, mas eleva-a para um segundo plano. O plano da recuperação, aqui melhor dizendo: o da revitalização da empresa.

Percebemos ademais, que a função primordial da alteração normativa foi proporcionar uma “válvula de escape” ao sistema económico. Pois a conjuntura económica necessita de mecanismos que blindem o círculo económico, e, portanto, a proteção das atividades dos agentes económicos é fundamental para a manutenção e oxigenação da economia, tais como os postos de trabalhos e a circulação de bens e serviços. Com a possibilidade de um procedimento simples e *negocial* entre devedor e credores, há a opção de igual modo, de um procedimento simplificado atingir eficazmente acordos que prevejam a viabilidade da atividade empresarial, contribuindo, assim (ainda que intencionalmente) para a preservação da empresa e de uma economia salutar.

b) Objetivos do Processo Especial de Revitalização

O *processo especial de revitalização* pretende assumir-se como um mecanismo célere e eficaz que possibilite a revitalização da empresa que se encontra em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas que ainda não tenha entrado em situação de insolvência atual. A presente situação económica obriga, com efeito, a gizar soluções que sejam em si mesmas, eficazes e eficientes no combate ao “desaparecimento” de agentes económicos, visto que cada agente que desaparece representa um custo apreciável para a economia, contribuindo para o empobrecimento do tecido económico português, uma vez que gera desemprego e extingue oportunidades comerciais que, dificilmente, se podem recuperar pelo surgimento de novas empresas.

Este processo especial permite ainda a rápida homologação de acordos conducentes à recuperação de empresas em situação económica difícil celebrados extrajudicialmente, num momento de pré-insolvência, de tal modo que os referidos acordos passem a vincular também os credores que aos mesmos não se vincularam, desde que respeitada a legislação aplicável à regularização de dívidas à administração fiscal e à segurança social e observadas determinadas condições que asseguram a

⁶ Entre os compromissos assumidos por Portugal no Memorando de entendimento firmado no ano de 2011, celebrado entre a República Portuguesa e o Banco Central Europeu, a Comissão Europeia e o Fundo Monetário Internacional no quadro do programa de auxílio financeiro a Portugal, previa um conjunto de medidas que tinham como objetivo a promoção dos mecanismos de reestruturação extrajudicial de devedores, dos quais se encontrava o compromisso de definir «princípios gerais de reestruturação voluntária extrajudicial em conformidade com boas práticas internacionais» (compromisso 2.18).

salvaguarda dos interesses dos credores minoritários.

Pretendeu a Lei 16/2012, com novas alterações pelo Decreto-Lei n.º 79/2017, além da revisão em matéria do direito da insolvência, atingir outros objetivos, designadamente, o reforço da responsabilidade das empresas, bem como de seus administradores de direito ou de *facto* no caso de estes terem sido causadores da situação de insolvência com culpa, a simplificação de procedimentos, o ajustamento de prazos que, em muitos casos, se mostravam demasiadamente alargados, a possibilidade de adaptação do processo ao caso concreto, e sublinha-se, o reforço das competências do juiz em termos de gestão processual.

Uma palavra ainda a se referir (adiante analisada) que Lei não se esquece da necessidade de responsabilizar as empresas e os seus administradores de direito ou de *facto*, quando estejamos perante pessoas coletivas, quando a sua conduta seja suscetível de causar prejuízos aos credores durante o processo negocial, por prestação de informação incompleta, falsa ou pouco clara. Dessa forma, no âmbito do *processo especial de revitalização*, aqueles que assim atuarem durante este processo especial, podem por tais fatos, ser responsabilizados, sendo tal responsabilidade solidária. Conforme o novo texto aditado à Lei no artigo 17.º, alínea *d*, n. 11 do CIRE.

Podemos perceber, portanto, que o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, em Portugal, inspirou uma diretriz consoante o seu momento económico e social de sérias dificuldades no tecido empresarial. Desse modo, levando-se em consideração a conjuntura económica, a adaptação no plano jurídico e consequentemente seus novos preceitos, passarão também a sofrer mutações num plano interpretativo e de aplicabilidade.

c) A negociação na fase da revitalização

A adoção de estratégias de negócios pressupõe por parte das empresas, a capacitação, o domínio, a técnica de determinados assuntos pertinentes ao meio empresarial que conduzam consequentemente a resultados esperados. Todavia, o ofício desenvolvido pelos administradores constitui uma atividade de meio e não de resultado, o que se faz crer que se os objetivos traçados pela organização não forem atingidos, não há que se exigir resultado (*v.g.* lucro), pelo menos de *per se* aos administradores. Ou seja, os administradores não têm o dever jurídico de atingir o resultado esperado no plano empresarial. Não obstante, existe um dever jurídico de conduta, atinente ao comportamento desejável e esperado, alinhado à exigência da junção de fatores técnicos (especialidade ou experiência) à execução de atos conforme o *standard* do gestor criterioso e ordenado (art. 64.º do Código das Sociedades Comerciais, CSC).

Nisto, quando falamos de sociedades em situação de crise financeira⁷, temos de presumir a importância de um “bom” administrador – sob o ponto de vista da técnica –

⁷ Sobre a crise da empresa e casos da opção pela recuperação, vide na doutrina italiana: TARZIA, Giorgio. *La revocatoria fallimentare nell'alternativa fra liquidazione e conservazione dell'impresa in crisi*, in *Rivista Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, annata

na liderança de determinada empresa, e a influência que tal liderança exercerá no futuro sustentável desta. Nesse sentido, coloca-se em questão, pelo menos sob a perspectiva da gestão, a importância de um administrador dotado de competências técnicas para levar a cabo a recuperação da empresa. Já sob o ponto de vista jurídico, o Direito considera outros fatores para além da técnica da gestão. Importa-se com aquelas questões que sublinham os interesses juridicamente tutelados, como a proteção patrimonial.

i) *O Processo Especial de Revitalização*

a. Características

No âmbito da implementação do PER – Processo Especial de Revitalização –, incorporado entre os artigos 17.º -A a 17.º -H, do CIRE, foi aberta a possibilidade de os administradores recorrerem a um instrumento de pré-insolvência⁸, o que na prática habilita as empresas a obterem um plano de recuperação sem serem declarados insolventes baseados no primado da recuperação face à liquidação e repartição⁹.

O PER é uma espécie dos *hybrid procedures* – processos combinando uma fase extrajudicial (negocial) a uma fase judicial, cuja finalidade visa a celeridade e a execução de procedimentos ágeis (*streamlined procedures*) sem a rigidez dos processos judiciais. Pode-se dizer que são instrumentos de *informal workouts* (inspirados na denominada *London Approach*)¹⁰, aplicados no estrangeiro desde há tempo.

Na opinião de Catarina Serra «não servem, porém, todos os casos de insolvência porque não cobrem todas as necessidades que emergem numa situação [...] de responsabilização do devedor pela criação ou agravamento da insolvência, de resolução dos actos suspeitos e outras que o regime dos efeitos da declaração de insolvência visa

LXXXVII, n.º 2, Marzo-Aprile 2012, CEDAM: Padova, p. 242-249.

⁸ «Simplesmente, o PER é um processo pré-insolvencial, cuja maior vantagem é a possibilidade de o devedor obter um plano de recuperação sem ser declarado insolvente. O maior risco é o de, depois de tudo, o devedor não conseguir evitar a declaração de insolvência». Cfr. SERRA, Catarina. “Processo Especial de Revitalização – contributos para uma ‘rectificação’”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 72, n.ºs II/III, abril-setembro, 2012, Lisboa, p. 716.

⁹ A Lei 16/2012, de 20 de abril, incorpora no PER a inversão da lógica que fora até então adotada pelo CIRE. Privilegia-se a recuperação. Cfr. a Exposição de Motivos (Proposta de Lei n.º 39/XII) “as alterações que se propõem no art. 1.º visam por um lado, sublinhar que a recuperação dos devedores é, sempre que possível, primacial face à sua liquidação”.

¹⁰Na exposição de CATARINA SERRA, a Autora explica que «A *London Approach* é um conjunto de princípios não vinculativos que servem para orientar a reestruturação extrajudicial das dívidas das empresas em dificuldades com vista a sua possível recuperação. Os princípios foram inicialmente concebidos pelo Banco de Inglaterra na década de setenta e actualizados na década de noventa». Acresce ainda, que «a *London Approach* foi usada principalmente nos países da Ásia Oriental (Tailândia, Indonésia, Malásia, Coreia do Sul e ainda em Hong Kong, Filipinas, Singapura e Taiwan, onde, na altura da *crise asiática* (1997) não havia regimes legais ou vinculativos aplicáveis à situação de insolvência e nem era possível concebê-los com suficiente rapidez». No mesmo sentido, menciona que «tudo indica que a *London Approach* inspirou os *Statement of Principles for a Global Approach to Multi-Creditor Workouts*, aprovados pelo INSOL internacional em 2000 (*INSOL Principles*)». Cfr. SERRA, Catarina. “Emendas à (lei da insolvência) portuguesa – primeiras impressões”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, ano 4, vol. 7, Editora Almedina: Coimbra, março de 2012, p. 122 (nota 58).

satisfazer»¹¹. Porém, devemos sublinhar a relevância complementar que este tipo de solução procedimental pode vir a operar, alinhando os esforços negociais das partes às resoluções das pretensões creditícias entre devedor e credor. Nesse sentido, decisão do Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 07.03.2017:

«I - O processo especial de revitalização (PER) funciona como um processo pré-insolvencial (no sentido de preventivo de uma potencial insolvência), cuja grande vantagem é a possibilidade de o devedor obter um plano de recuperação sem ser declarado insolvente e através do qual se reserva aos credores um papel fundamental: o de consentirem (pelo menos momentaneamente) no sacrifício dos seus direitos para viabilizarem o PER ou, então, manterem-se irredutíveis».

Ainda, obviamente a lei deve disponibilizar os tradicionais processos formais de recuperação de empresas e de liquidação patrimonial (como o plano de insolvência do CIRE, art. 192.º e ss.). O regime do plano de insolvência passa a funcionar como objeto de remissão em benefício do processo especial de revitalização¹².

Os artigos 17.º -A a 17.º -H, interpretados com os n.ºs 1 e 2, do artigo 1.º do CIRE, denotam claramente a intenção do legislador em regular *hybrides procedures* com vista à recuperação da empresa, destacando a distinção marcante para a sua aplicação, nomeadamente no que se refere às condições mínimas da demonstração da viabilidade da empresa cuja intervenção dos administradores será fundamental para a aprovação de um plano de revitalização. Tal revitalização tem por base a menção à *empresa em situação difícil*¹³ e pela situação de *insolvência meramente iminente*¹⁴ (art. 17.º -A). Em contraponto à situação típica de insolvência do art. 3.º do CIRE.

Valorizando o carácter negocial do PER, há a necessidade de declaração escrita por pelo menos um dos credores (art. 17.º -C, n.º 1) para a efetivação do processo de revitalização.

¹¹ Cfr. SERRA, Catarina. “Emendas (à lei da insolvência)...” *ob. cit.*, p. 118-119.

¹² Cfr. SERRA, Catarina. *últ. ob. cit.*, p. 122.

¹³ O art. 17.º -B traz a noção de “devedor em situação difícil”: *Para efeitos do presente Código, encontra-se em situação económica difícil o devedor que enfrentar dificuldade séria para cumprir pontualmente as suas obrigações, designadamente por ter falta de liquidez ou por não conseguir obter crédito*. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA confronta o conceito de “situação económica difícil” da revitalização às aplicações de *culposa* e *fortuita* da insolvência, no sentido de questionar se existe um dever de negociação dos credores para com os devedores. Compreende o Autor, que se a “situação económica difícil” for “culposa” (por analogia), não há qualquer dever de negociação. Cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. “Entre o código da insolvência e “princípios orientadores”: um dever de negociação?” in: Revista da Ordem dos Advogados, ano 72.º, n.º II/III, abril-setembro 2012, Lisboa, p. 677-678.

¹⁴ A noção de *insolvência iminente* não vem definida na lei. Caberá à doutrina e à jurisprudência defini-la. Grosso modo, CATARINA SERRA diz, com alguma segurança, que «a insolvência iminente é a situação em que já o devedor já antevê que estará impossibilitado de cumprir as suas obrigações quando elas se vencerem, no futuro próximo». Cfr. SERRA, Catarina. *O regime português da insolvência*, 5.ª edição, Almedina: Coimbra, 2012, p. 176-177.

ii) *Deveres de conduta na fase de negociação*

Evidentemente, repercute no PER o dever de negociação com base nas regras gerais de boa-fé, pois «*cabe afirmar que todo dever de negociar leva implícito para a sua efetiva aplicação o dever de negociar com boa fé*»¹⁵. O princípio da boa-fé aplica-se plenamente às relações entre a empresa em “situação económica difícil” ou em “situação de insolvência meramente iminente” e os seus credores (art. 762.º, n.º 2, do Código Civil), resultado concretizado pelos *princípios orientadores da recuperação extrajudicial de devedores*, que fora aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011, de 23 de outubro¹⁶ ¹⁷. Para além, poderíamos citar neste terreno, os comportamentos substancialmente conformes às normas jurídicas que se concretizariam nos *deveres de cooperação*, de *esclarecimento* e de *informação*; e o dever de não adotar comportamentos que lhes sejam substancialmente desconformes, concretizado nos *deveres de lealdade*¹⁸.

No mesmo sentido, analogicamente se prescreve que na aplicação do princípio da boa-fé ao caso concreto, há de considerar-se, designadamente, “o objetivo que as partes visam atingir negocialmente” [art. 16.º, al. b) da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais]. Sendo assim, Nuno Manuel Pinto Oliveira compreende que «a *afirmação* de que o princípio da boa-fé deve aplicar-se atendendo “[a] o objectivo que as partes visam atingir negocialmente” implica a constatação de que o princípio da boa-fé deve concretizar-se em *deveres acessórios de cooperação*: *Cada uma das partes deve colaborar com a outra para que o cumprimento das obrigações corresponda à realização dos fins prosseguidos com o contrato*»¹⁹.

É possível, pois, compreender que as *negociações* levadas a cabo pelos administradores da empresa e os credores, tem na sua origem uma relação pré-contratual? Ora, a relação pré-contratual constitui-se como a assunção de negociações para a conclusão de um contrato: as partes saem do círculo dos *deveres gerais* para entrarem no círculo dos *deveres especiais* (entre sujeitos determinados)²⁰. Nesse sentido

¹⁵ Cfr. SÁNCHEZ TORRES, Esther. *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*, CES, Madrid: 1999, p. 53. (N.T).

¹⁶ Cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. “Entre Código da insolvência e “princípios orientadores”: um dever de (re)negociação?”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 72, n.ºs II/III, Abril-Setembro, 2012, Lisboa, p. 680. O mesmo Autor, na mesma obra (p. 685), assinala os princípios orientadores da recuperação extrajudicial de devedores como um contributo para a concretização do princípio (geral) da boa-fé. Considera esta solução interpretativa a solução (mais) razoável.

¹⁷ No mesmo sentido, vide PEREIRA, João Aveiro. “A revitalização económica dos devedores”, in: *O Direito*, ano 145.º, 2013, I/II, Almedina: Coimbra, p. 13.

¹⁸ O dever de lealdade já foi estudado no interesse social, aqui se aplica este dever na relação administradores-empresa-credores. Nos demais princípios-deveres seguirão a seguir a orientação de NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora: Coimbra, 2011, p. 182 e ss.

¹⁹ Cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *últ. ob. cit.*, p. 183.

²⁰ Cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. “O dogma da tipicidade dos vícios da vontade e o contributo do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, para a sua superação”, in: *Direito e Justiça, Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, vol. III, ed.

a doutrina explica que «os deveres compreendidos na relação pré-contratual se fundam no princípio da boa-fé – logo, são deveres de conduta ou deveres laterais»²¹. Poderíamos, assim, refletir os ensinamentos do retro citado Autor, no sentido de se compreender que [o princípio] de que a assunção de negociações para a conclusão de um contrato [aqui, a revitalização] engendra uma relação obrigacional em sentido amplo sem deveres primários de prestação concretiza-se em normas sobre a *validade* ou a *invalidade* do contrato e em normas sobre a *responsabilidade dos contraentes*. Desse modo, existindo uma alteração anormal das circunstâncias que constituem a base do negócio e das bases contratuais (art.s 252.º e 437.º, n.º 1, respetivamente do Código Civil português), os deveres de cooperação concretizam-se, neste caso, no dever de renegociação do contrato²², e isso é possivelmente visível na empresa em *situação económica difícil* e *situação de insolvência meramente iminente*, logo que estas se apresentam, *a priori*, pela manifestação de uma alteração anormal das circunstâncias negociais (incluindo contratuais)²³.

Certo é que a definição empresa em situação económica difícil ou de insolvência meramente iminente é um tanto vaga, e só poderá ser aplicada consoante o caso concreto. A lei a considera quando a empresa enfrentar dificuldade séria em cumprir pontualmente as suas obrigações, designadamente por falta de liquidez ou por não conseguir crédito junto da banca (art. 17.º -B). A iminência de a empresa ficar insolvente tem de ser antecipada e analisada por ela própria, que é quem está em melhores condições para fazer o diagnóstico, com base na informação privilegiada de que dispõe no seio organizacional. Portanto, confrontando os compromissos que assumiu e não cumpriu, com as suas disponibilidades de tesouraria ou de crédito a que possa ou não possa recorrer, a empresa será quem terá de concluir ou antever de forma ponderada e responsável o momento certo em que, a curto prazo, irá entrar em insolvência, ficando até lá na iminência dessa situação.

O Supremo Tribunal de Justiça (STJ) português segue a mesma linha que promove a viabilidade económico-financeira da empresa e as ações inspiradas na liberdade negocial. Em decisão transcrita no Acórdão do STJ de 17.11.2016, expõe:

«I - O Processo Especial de Revitalização (designado por PER) traduz-se num instrumento processual, sobretudo de cariz negocial, que visa a revitalização dos devedores em situação económica difícil ou em situação de insolvência

especial 2011, Universidade Católica Portuguesa Editora: Lisboa, p. 67.

²¹ *Idem, ibidem*, p. 67.

²² Cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. “Entre o código da insolvência e ‘princípios orientadores’...”, *ob. cit.*, p. 682.

²³ NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA utiliza-se deste argumento para enfatizar as questões referentes às “propostas razoáveis” (ou *cláusula do razoável*) perpetradas entre credores e devedores: «O devedor há-de apresentar aos seus credores propostas razoáveis de adaptação ou de modificação do conteúdo das relações obrigacionais e de responder razoavelmente às propostas, ou às contra-propostas, que lhe sejam apresentadas; os credores hão-de responder razoavelmente às propostas que lhes sejam apresentadas pelo devedor». Cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *últ. ob. cit.*, p. 682-683.

meramente iminente, tendo sido instituído pelo legislador com o objectivo específico de contribuir para a recuperação de uma empresa que seja, ainda, passível de viabilização económico-financeira».

Segundo a opinião de João Aveiro Pereira, «para aferir a oportunidade ou o acerto desta avaliação, e determinar se a situação é economicamente difícil ou de insolvência apenas iminente, importa recorrer ao critério do homem médio colocado na real situação do devedor»²⁴. Em nossa opinião²⁵, como vimos defendendo até o presente, o juízo para aferição da conduta dos administradores se coloca na figura do administrador criterioso e ordenado, o qual atualmente se coaduna à figura dos administradores detentores de considerável *competência técnica*, o que representa um *standard* acima do critério do homem médio (*bonus pater familias*). Neste sentido, nos acordos de revitalização da empresa, a transparência, a boa-fé, a cooperação, o zelo, a lealdade, o respeito aos interesses da contraparte, devem ser suscetíveis de criar um clima de confiança necessário à justa harmonização dos interesses em confronto.

Com efeito, os deveres de cooperação entre credor e o devedor surgem frequentemente sob a forma de *deveres de esclarecimento e deveres de informação*. Pelo primeiro, entende-se o dever de comunicar espontaneamente à(s) contraparte(s) elementos não solicitados; pelo segundo, o dever de comunicar os elementos solicitados, respondendo às perguntas que a(s) contraparte(s) faça(m)²⁶.

No n.º 11, do art. 17.º -D, do CIRE, há evidências claras da intenção do legislador em consagrar a responsabilidade civil dos administradores por inobservância dos princípios em comento. O texto descreve:

«O devedor, bem como os seus administradores de direito ou de facto, no caso de aquele ser uma pessoa coletiva, são solidária e civilmente responsáveis pelos prejuízos causados aos seus credores em virtude de falta ou incorreção das comunicações ou informações a estes prestadas, correndo autonomamente ao presente processo a ação intentada para apurar as aludidas responsabilidades»²⁷.

No mais, por referência ao dever de informação nas relações intersubjetivas, a lei o prevê no artigo 573.º do Código Civil português. Desse modo, quanto aos deveres de

²⁴ Cfr. PEREIRA, João Aveiro. “A revitalização económica dos devedores”, in: *O Direito*, ano 145.º, 2013, I/II, Almedina: Coimbra, p. 35.

²⁵ Cfr. VEIGA, Fábio da Silva Veiga. *A responsabilidade dos administradores de sociedades em Portugal: a relação de coexistência entre a responsabilidade societária e a responsabilidade na insolvência*, tese de doutoramento, Vigo: Universidade de Vigo, 2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11093/747> (acesso em março de 2018).

²⁶ Esta é a contextualização de OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Princípios de direito dos contratos*, ob. cit., p. 188.

²⁷ No n.º 6, do art. 17.º -D, do mesmo diploma, já se previa o dever de informação por parte dos responsáveis: « 6 - Durante as negociações a empresa presta toda a informação pertinente aos seus credores e ao administrador judicial provisório que haja sido nomeado para que as mesmas se possam realizar de forma transparente e equitativa, devendo manter sempre atualizada e completa a informação facultada ao administrador judicial provisório e aos credores».

informação resultantes de lei estrita, a disposição do art. 573º do CC, estabelece em termos genéricos uma obrigação de informação sempre que o titular de um direito tenha dúvida fundada acerca da sua existência e conteúdo e outrem esteja em condições de prestar as informações necessárias²⁸.

O dever de informação, portanto, está alinhado à “confiança razoável” suscitada em pessoas que atuam diligentemente. Ora, é possível afirmar que os credores não autorizariam a *revitalização* se tivessem o conhecimento de que a empresa se encontrava em situação de *insolvência atual*, e não em *situação econômica difícil* ou em *situação de insolvência meramente iminente*. Nisto, o dever de informação é a expressão objetiva do dever de cuidado, sendo que recai sobre a pessoa jurídica e deriva da boa-fé²⁹, e como consequência do não conhecimento por parte dos credores da informação devida, o resultado lesivo – pela decisão de aceitar uma negociação de revitalização quando não se tinha conhecido a real situação de insolvência – funda a responsabilização dos administradores por violação de um dever concretamente exigível.

Assim, o referenciado no n.º 11, do art. 17.º -D, leva a crer que se determinada informação de índole interna – sob o domínio dos administradores – for ocultada ou até mesmo incorreta, e se evidentemente for prejudicial à execução do plano de revitalização e advir maiores prejuízos aos credores, tal conduta perpetrada (nomeadamente a falta ou incorreção das informações) será objeto de processo autónomo de responsabilização³⁰.

Portanto, no âmbito das negociações os administradores têm o dever de atuar em conformidade com os deveres de cooperação (incluindo os deveres de informação e de

²⁸ Cfr. VEIGA, Fábio da Silva; LARANJEIRA, Amanda Lúcia Araújo. “O dever de informação dos atos bancários na fase pré-contratual e a ‘culpa in contrahendo’”, in: *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, n.º 15, UNIBRASIL: Curitiba, 2011, p.587.

²⁹ Cfr. RIBAS FERRER, Vicenç. «Comentario al artículo 225. Los deberes de los administradores», in: ROJO, A., y BELTRÁN, E. (Dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Aranzadi, 2011, p. 1609. O mesmo Autor confirma sua posição em outra obra: «de mayor a menor grado, diligencia, fidelidad y lealtad, son conceptos dependientes por este orden e íntimamente relacionados por el principio más general (la buena fe) que los regula y preside». RIBAS FERRER, Vicenç. *El deber de lealtad de los administradores*, Madrid: La Ley, 2010, p. 63-66.

³⁰ O texto do art. 17.º -D, n.º 11, do CIRE deve ser objeto de *interpretação extensiva*, para que se aplique à violação de todos os deveres acessórios de conduta contidos na relação jurídica de negociação ou de renegociação do conteúdo do contrato. Entre a violação de deveres de esclarecimento e de informação e a violação de deveres de cooperação ou de deveres de lealdade, não há nenhuma diferença fundamental, capaz de explicar e/ou de justificar que o devedor *responda* pela violação de deveres de esclarecimento ou de informação e *não responda* pela violação de deveres de cooperação ou de deveres de lealdade. Independentemente da interpretação extensiva do texto do art. 17.º -D, n.º 11, do CIRE, a responsabilidade civil do devedor resultaria sempre do art. 762.º, n.º 2, do Código Civil. Conforme explanação de OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. “Entre código da insolvência e ‘princípios orientadores’...”, *ob. cit.*, p. 687. É, portanto, em razão destes argumentos que o Autor encara a “situação econômica difícil” e a “insolvência meramente iminente” quando violados os deveres de cooperação, deveres de esclarecimento ou de informação, ou dos deveres de lealdade consignados nos *Princípios orientadores da recuperação extrajudicial dos devedores*, como de insolvência culposa. Portanto, de responsabilidade civil.

esclarecimento), cooperando de boa-fé com os credores, com o fito a uma execução transparente do “plano” (re)negociado à revitalização da empresa. Há, assim, interesses recíprocos em jogo. Por parte dos credores há o interesse na reestruturação da empresa, que resultará na busca à aproximação *justa* da satisfação de seus créditos. Por parte da empresa, a permanência e a sustentabilidade da empresa, sem dúvida, é o maior propósito. Porém, neste caminho há implicitamente o dever de os administradores aperfeiçoarem a confiança³¹, rever os bons comportamentos, demonstrar ações que evidenciem a aposta dos credores (costumeiramente os “garantes” do negócio, e na revitalização, ainda mais). A lei, entretanto, está a prever este tipo de relação, e a incitar melhores comportamentos por parte de quem se socorre ao abrigo do PER – os devedores.

3. Homologação de acordos extrajudiciais de recuperação da empresa

Outro instrumento disponibilizado pela Lei 16/2012, de 20 de abril, com alterações do Decreto-Lei n.º 79/2017, que evidencia o caráter privatístico de (re)negociações com vista à recuperação empresarial, é o da *homologação de acordos extrajudiciais de recuperação dos devedores* com base em negociação direta com os seus credores (art. 17.º -I).

A diferença básica entre o PER (arts. 17.º -A a -H) e a *homologação de acordo extrajudicial de recuperação de empresa* (art. 17.º -I) pode ser sintetizada na própria nomenclatura: o primeiro é “processo” e o segundo “acordo”. Resultando no plano prático em algumas distinções. A começar pela intervenção judicial. Na *homologação de acordo extrajudicial* há maior liberdade contratual, logo que o “acordo extrajudicial” se dá inteiramente fora da órbita judicial. Já no PER, o acordo, embora sendo “privado” se encontra “judicializado”, pois a declaração de vontade das partes se concretiza após a comunicação do plano de recuperação dirigida ao tribunal, ou seja, somente depois de dizer ao juiz que se *pretende iniciar negociações* (art. 17.º -C, n. 1).

No que diz respeito às negociações, no PER estas são intermediadas ou fiscalizadas pelo tribunal, através do administrador judicial (art.17.º -D, n.º 6) – que terá a função de tornar o processo transparente e equitativo – sendo caracterizadas pelo restrito prazo das negociações (art. 17.º -D, n.º 5 – dois meses, prorrogável por mais um mês), como bem expressou a jurisprudência portuguesa do Supremo Tribunal de Justiça em várias casos, a exemplo do Acórdão STJ de 22.02.2017:

³¹ No n.º 8, do art. 17.º -D, salienta-se o princípio da autonomia contratual, da liberdade de convenção entre as partes negociantes: *As negociações encetadas entre o devedor e os seus credores regem -se pelos termos convencionados entre todos os intervenientes (...)*. Sublinhamos, porém, que a confiança nos administradores (e na empresa) só será revalidada após a demonstração de atos que exteriorizem boas práticas de conduta, para além do convencionado pelas partes. O sentimento de desconfiança por parte dos credores é notório nesta fase de crise económico-financeira da empresa, por isso, qualquer desvio de conduta deve ser rigidamente reprimido. O legislador merece aplausos a este respeito.

«I - O prazo indicado no n.º 5 do art. 17.º - D do CIRE é um prazo de caducidade, tendo natureza perentória/preclusiva, sendo assim improrrogável (para além do que se mostra estatuído nesse n.º 5). II - No caso de tal prazo ter oportunamente transcorrido, não pode ser homologado o plano de recuperação que, mediante certos votos produzidos posteriormente, tenha obtido votação suficiente para a sua aprovação».

Enquanto que na *homologação de acordo extrajudicial* não há este prazo, visto que as partes podem iniciar as negociações discricionariamente, e a partir do consenso submeter o pedido à apreciação e eventual homologação judicial.

Assim como o PER, a *homologação de acordo extrajudicial* também teve a receção dos princípios orientadores do “*Global statement of Principles for Multi-Creditor Workouts*”, os denominados *Insol Principles* existentes há mais de uma década³². Por esses princípios, cumpre em primeiro grau o fator da (re)negociação entre as partes, objetivando o estrito cumprimento dos deveres de cooperação, deveres de esclarecimento e de informação e ainda dos deveres de lealdade³³.

4. Novos regimes da conversão de créditos em capital e de recuperação extrajudicial de empresas

A partir da aprovação das leis n.º 7/2018, de 2 de março e a n.º 8/2018 de 2 de março, publicadas em Diário da República – as empresas passam a contar com dois novos mecanismos legais que oferecem aos credores e devedores a opção de adotarem alternativas mais adequadas às suas necessidades: o *Regime Jurídico da Conversão de Créditos em Capital* e o *Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas*. As alterações introduzidas nestes dois regimes são importantes instrumentos jurídicos de apoio à reestruturação empresarial.

Empresas em dificuldades, mas que não necessitem de envolver e vincular todos os seus credores na negociação de um plano de reestruturação podem recorrer ao *Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas* (Lei n.º 8/2018 de 2 de março), de natureza tendencialmente confidencial e consensual.

³² Na Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011, consta que estes princípios orientadores resultam de um trabalho conjunto dos Ministérios das Finanças, da Justiça, da Economia e do Emprego e da Solidariedade e Segurança Social e foram desenvolvidos tendo em conta as boas práticas e recomendações internacionais existentes nestas matérias, nomeadamente as que nos referimos. Ademais, a sua obediência é uma obrigação legal, instituída no art. 17, D, n.º 10, o qual prescreve: «Durante as negociações os intervenientes devem atuar de acordo com os princípios orientadores aprovados pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011, de 25 de outubro.».

No mesmo sentido, Cfr. Serra, Catarina. *O regime Português da Insolvência*, ob. cit., p. 190; e em “Emendas à (lei da insolvência portuguesa – primeiras impressões”, ob. cit., p. 131 (nota 72).

³³ Cfr. SERRA, Catarina. *O regime Português da Insolvência*, ob. cit., p. 190; Sobre os deveres de cooperação, deveres de esclarecimento e de informação e os deveres gerais de lealdade, vide OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Princípios de Direito dos Contratos*, ob. cit., respetivamente, p. 182-191.

Para casos em que a empresa devedora tenha já capitais próprios negativos mas em que os credores decidam apostar, surge o Regime Jurídico da Conversão de Créditos em Capital – Lei n.º 7/2018, de 2 de março – que permite a conversão de créditos em capital, verificados determinados requisitos, por acordo com a sociedade devedora ou, em caso de recusa, mediante suprimento judicial, sendo sempre garantida a possibilidade de os sócios, mediante entradas em dinheiro, obstarem à referida conversão.

Nessa linha, para apoiar o devedor foi criada a figura do *Mediador de Recuperação de Empresa* (Lei n.º 6/2018 de 22 de fevereiro), um profissional experiente que acompanhará o devedor, fazendo um primeiro diagnóstico e prosseguindo no papel de mediador no Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas e, em determinados casos, no Processo Especial de Revitalização que se lhe siga. Garantindo a sua independência, a primeira prestação da remuneração deste profissional será suportada pelo Estado.

A nova legislação, além do mais, intervém minuciosamente no regime do processo de insolvência com vista a diminuir três grandes problemas do mesmo: a longevidade, a baixa e tardia recuperação de créditos.

Como visto, as empresas ainda não insolventes, mas que necessitem de impor a todos os seus credores um determinado plano negociado e aprovado pela maioria deles, terá que recorrer ao PER.

5. Considerações finais

É perfeitamente possível perceber a influência do contexto político-económico na reformulação do *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas* com relação ao regime jurídico de reestruturação de empresa em Portugal – após a crise instalada na Europa a partir de 2008, cujo ápice se atingiu em 2011. Consequentemente, já num quadro legal, o Direito da Insolvência português que se caracterizava pela adoção do critério da primazia do interesse dos credores, mormente o da *liquidação* da massa insolvente, passa a reorientar-se por conceções cujo primado se reorganiza na recuperação da empresa. Com a assunção do *Processo Especial de Revitalização*, as empresas e seu representantes (administradores) passam a ter novas possibilidades de recomeçarem os seus empreendimentos, a partir então da iniciativa privada de negociações.

No mesmo sentido, repensa-se os deveres fundamentais dos administradores (gestão, lealdade, cooperação, informação, etc.) – princípios originários da boa-fé – sobretudo numa linha relacionada à aposta dos credores na confiança da empresa em situação económica difícil. Neste ponto, entendemos que a realidade da empresa exige um elevado padrão de conduta dos beneficiários desta “nova” oportunidade, e o respeito aos princípios fundamentais característicos do *standard* do gestor criterioso e ordenado é causa relevante para uma acertada concretização *negocial* finalizada na recuperação da

empresa. A inobservância dos fundamentos do *processo de revitalização* geraria, no mínimo, duas consequências: a) a insolvência societária; b) o dever de indemnização. Reiteramos que confiança nesses agentes lhes foi reconsiderada, e, portanto, o cuidado para o devido cumprimento realça os critérios de responsabilização.

Referências

- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora: Coimbra, 2011. ISBN: 978-972-32-1915-9.
- _____. “Entre o código da insolvência e “princípios orientadores”: um dever de negociação?” in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 72.º, n.º II/III, abril-setembro 2012, Lisboa, p. 677-689. ISSN: 0870-8118.
- _____. Entre Código da insolvência e “princípios orientadores”: um dever de (re)negociação?”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 72, n.ºs II/III, Abril-Setembro, 2012, Lisboa, p. 677-689. ISSN: 0870-8118.
- _____. “O dogma da tipicidade dos vícios da vontade e o contributo do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, para a sua superação”, in: *Direito e Justiça, Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, vol. III, ed. especial 2011, Universidade Católica Portuguesa Editora: Lisboa, p. 67-75.
- PEREIRA, João Aveiro. “A revitalização económica dos devedores”, in: *O Direito*, ano 145.º, 2013, I/II, Almedina: Coimbra, p. 9-50.
- PIDWELL, Pedro. *O processo de insolvência e a recuperação da sociedade comercial de responsabilidade limitada*, Coimbra Editora: Coimbra, 2011.
- RIBAS FERRER, Vicenç. *El deber de lealtad de los administradores*, Madrid: La Ley, 2010.
- _____. “Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital”, in: *RdS*, n.º 38, 2012, p. 73-153.
- _____. «Comentario al artículo 225. Los deberes de los administradores», in: Rojo, A., y Beltrán, E. (Dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Aranzadi, 2011, p. 1608-1620.
- SÁNCHEZ TORRES, Esther. *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*, CES, Madrid: 1999.
- SERRA, Catarina. “Emendas à (lei da insolvência) portuguesa – primeiras impressões”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, ano 4, vol. 7, Editora Almedina: Coimbra, março de 2012.
- _____. *O regime português da insolvência*, 5.ª edição, Almedina: Coimbra, 2012. ISBN: 978-972-40-4985-4.
- TARZIA, Giorgio. *La revocatoria fallimentare nell’alternativa fra liquidazione e*

conservazione dell'impresa in crisi, in Rivista Il diritto fallimentare e delle società commerciali, annata LXXXVII, n.º 2, Marzo-Aprile 2012, CEDAM: Padova, p. 242-249.

VEIGA, Fábio da Silva. *A responsabilidade dos administradores de sociedades em Portugal: a relação de coexistência entre a responsabilidade societária e a responsabilidade na insolvência*, tese de doutoramento, Vigo: Universidade de Vigo, 2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11093/747>

_____, *A responsabilidade civil dos administradores na insolvência*, Braga: Universidade do Minho, 2013, p. 84. Disponível: <https://repositorium.sdum.uminho.pt> (acesso em março de 2018).

_____. “Reorientação do princípio par conditio creditorum no processo de insolvência português”, in: *Cadernos de Direito Actual*, Santiago de Compostela, 2017, p. 195-207. ISSN: 2386-5229.

_____. “O dever de informação dos atos bancários na fase pré-contratual e a ‘culpa in contrahendo’”, in: *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, n.º 15, UNIBRASIL: Curitiba, 2011, p. 579-600. ISSN:1678-2933.

_____. “O dever de cuidado dos administradores e a concepção da business judgement rule em ordenamentos jurídicos de civil law”, in: *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, ISSN-e 1414-3097, Vol. 18, Nº. 28, 2014.

Veiga, Fábio da Silva; Laranjeira, Amanda Lúcia Araújo. “O dever de lealdade dos administradores: consequências no dever de não concorrência e não apropriação das oportunidades de negócios – sob a perspectiva do direito português”, in: *Revista Âmbito Jurídico*, XIV, n. 87, abril, Rio Grande, 2011. ISSN: 1518-0360.

ÁGUAS DO BRASIL: DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS, INSTITUIÇÕES E DIREITO INTERNO CONSTITUCIONAL

Erivaldo Moreira Barbosa¹

Maria de Fátima Nóbrega Barbosa²

1. Introdução

O artigo científico intitulado *Águas do Brasil: direito internacional dos direitos humanos, instituições e direito interno constitucional* centra-se em uma abordagem dialógica de saberes. Desta forma, torna-se indispensável uma varredura epistemológica em áreas interdisciplinares, gerando uma sinergia no processo investigado. O campo do saber *direito de águas*³ ora é objeto de debate entrelaçado com o direito constitucional interno, ora faz parte da investigação imbricada com o direito internacional dos direitos humanos, e outras vezes, em contextos alargados, recombina informações jurídicas e políticas estatais. Além disso, esta pesquisa científica também se utiliza da *teoria institucional*, a qual serve de base nos momentos interpretativo-argumentativos, alargando a compreensão dos fenômenos desnudados, sem se descuidar do seu funcionamento como dimensão mediata dos campos jurídicos internacional e interno.

Antes do advento da Resolução A/64/292, tal direito hídrico não despontava de forma protagonista no cenário mundial, porém quando a instituição denominada de Organização das Nações Unidas – ONU – afirmou no ano 2010, em documento solene, *a água é um direito humano*, elevou essa dimensão ao patamar mais alto na escala hierárquica do sistema jurídico, (re)configurando o debate, vital à sobrevivência de todos os seres vivos.

Deslindar informações do evoluir de instituições imbricadas com o direito de águas brasileiro adquire importância pelo prisma *geohídrico*, haja vista o país despontar

¹ Professor Doutor do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais – CCJS – da Unidade Acadêmica de Direito – UAD, da Universidade Federal de Campina Grande – UFCG, Brasil. Professor de Direito Ambiental e orientador no Programa de Pós-Graduação em Recursos Naturais (Doutorado e Mestrado). Professor de Direito Constitucional do Curso de Direito da UFCG (Especialização e Graduação). Assessor de Pesquisa do CCJS/UFCG. Pesquisador do CNPq. Autor de livros e artigos científicos em periódicos indexados. Pós-Doutor em Direito na *Università Federale di Messina/Dipartimento di Giurisprudenza/Itália*. Ex-Coordenador de Projeto Financiado pelo CNPq.

² Professora Doutora do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais – CCJS – da Universidade Federal de Campina Grande – UFCG, Brasil. Professora e Orientadora no Programa de Pós-Graduação em Recursos Naturais (Doutorado e Mestrado) da UFCG. Pesquisadora do CNPq. Autora de livros e artigos científicos em periódicos indexados. Coordenadora de Projeto Financiado pelo CNPq.

³ O **Direito de Águas**, na classificação tradicional do Direito, pertence ao **ramo do Direito Público**. Por outro lado, tal classificação dicotômica do Direito – direito público e direito privado – vem sendo desmontada pela doutrina jurídica contemporânea, uma vez que ao se enfraquecer o *formalismo jurídico*, em sequência desmorona-se também essa classificação tradicional oriunda do vetusto direito romano. Em resumo, o *Direito de Águas* figura como um *direito emergente*, centrado em pressupostos: a) interesse social; b) qualidade de vida; c) desenvolvimento sustentável.

como um dos principais do planeta em quantidade de recursos hídricos, o que equivale a 13% das águas mundiais. Esse *direito emergente* não deve ser negligenciado por correntes teórico-doutrinárias de matizes distintas, a saber: jusnaturalista, juspositivista, pós-positivista, hermenêutico-crítica, realismo jurídico, dentre outras, as quais devem figurar como intérpretes parciais e não como protagonistas exclusivos nesse aflorante debate, uma vez que o direito, as instituições e a política, ao se intercambiarem, produzem verdades na forma consenso/dissenso em plúrimas possibilidades de aplicações.

O direito internacional dos direitos humanos, o direito interno constitucional e a teoria do direito, ao se integrarem com o direito de águas, descortinam dados institucionais de base e possibilitam a construção de saberes jurídico-hídricos, tão necessários e imprescindíveis em época de geração de poluentes, processos degradantes de bacias hidrográficas e práticas deterioradoras de entornos ambientais. Por conseguinte, decompor e recompor sistemas/ordenamentos jurídicos em componentes mais amplos, e em momentos futuros construir recombinações em busca de explicar complexidade jurídica, agregará valor na busca da compreensão de fenômenos emergentes. De resto, o Direito não deve ser captado como uma ferramenta pronta-acabada, e sim como uma dimensão em completude – colmatável e comunicante – tanto do ponto de vista sistêmico quanto pelo prisma de ordenamento.

À guisa de introdução, **objetiva-se** neste *artigo científico* analisar o Direito de Águas do Brasil em suas relações com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Interno Constitucional, perpassados por teorias interpretativas e teoria institucional, a partir do advento de dois marcos teórico-cronológicos, a saber: a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e da promulgação da Lei Federal nº. 9.433/97 (Lei de Águas).

2. Metodologia

A investigação epistemológica se vale do **método hermenêutico-sistêmico**, o qual por intermédio de diretrizes, princípios, valores e processos direciona o trajeto da pesquisa rumo aos argumentos teleológicos consistentes, sem sobressaltos quando do alcance dos resultados burilados. Tal método, outrora testado em trabalhos científicos aqui e alhures, oferece possibilidades de replicações, na medida em que as futuras informações evidentes dispostas nos contextos complexos *jusecossistêmico-hídricos* sejam apresentadas sistematicamente.

O método hermenêutico-sistêmico possibilita compreender os sentidos jurídicos das leis, dos decretos, das resoluções, e entender as características implícitas de documentos, instituições e entidades que versam sobre problemas normativos. Aliás, direciona seu foco para explicações científicas, considerando aspectos da realidade humana. É possível, assim, por meio da hermenêutica, contextualizar e compreender mudanças institucionais de natureza política na área de recursos hídricos, a partir de teorias e informações documentais administrativo-hídricas, desde que se tenha em

mente um conceito ampliado do direito⁴. Neste trabalho científico, uniu-se os termos *hermenêutica* e *sistema*, aumentando a sinergia na percepção de fenômenos (normativo-institucionais-políticos) hídricos e potencializando respostas aos problemas complexos.

É forçoso, todavia, alertar que a hermenêutica e a interpretação são termos que guardam íntimas relações, mas não são sinônimos, quer dizer, enquanto a *hermenêutica* é de cunho teórico e se preocupa com princípios, critérios, sistematizações e informações gerais; a *interpretação* visa a parte prática, aplicando os conhecimentos da hermenêutica. Em síntese, a hermenêutica é dimensão mais ampla do que a interpretação; esta, por sua vez, é uma técnica guiada por aquela⁵.

Quanto à **técnica** aplicada, denomina-se *interpretativa*⁶. Assim, a *pesquisa* se valerá tanto da Interpretação Jurídica tradicional - IJT quanto da Interpretação Jurídica Contemporânea - IJC. Entende-se por IJT a utilização dos *elementos* histórico, filológico (gramatical), sistemático, lógico e teleológico (finalístico), em suas formas individuais e/ou conexas. Compreende-se por IJC o uso desses elementos, adicionados à *interpretação aberta dos intérpretes constitucionais*⁷.

3. Instituição: uma abordagem geral e conceitual

Alguns pesquisadores advogam a tese de que cada instituição poderá ser mais bem compreendida se for analisada à luz de eventos históricos, comportamento do agente e pluralidade cultural atinente aos grupos⁸. Segundo Bobbio, a teoria institucional, outrora aplicada na Itália permite a compreensão de pluralidade dos ordenamentos jurídicos para além da exclusividade do direito estatal, e possibilita o alargamento do foco da pesquisa favorecendo comparações entre componentes similares de diferentes instituições⁹. Atente-se que áreas científicas, tais como administração, economia, ciência política, sociologia e psicologia, vêm se valendo dessa teoria com o escopo de suprir eventuais lacunas em seus constructos epistemológicos, especificamente no tocante ao evoluir das sociedades em suas múltiplas relações.

Fachin e Mendonça (*apud* Neto e Colauto), reiteram que o objetivo da instituição é explanar os fenômenos organizacionais por intermédio de “como” e de “por que” as estruturas e os processos organizacionais tornam-se legitimados, e quais as suas consequências nos resultados planejados para as organizações¹⁰. O *principal formulador* da *teoria institucional* assevera que as instituições devem ser compreendidas em contextos histórico-econômicos, porém pautados em dois pressupostos, a dizer: a) normas informais (sanções, tabus, costumes, tradições e códigos de conduta), e b)

⁴ BARBOSA (2006), p. 118.

⁵ *Ibidem*, p. 118.

⁶ BARBOSA (2016), p. 2.

⁷ HÄBERLE (1997).

⁸ SEPULVEDA; QUIRINO (2016), p. 473.

⁹ BOBBIO (2016), pp. 41-42.

¹⁰ NETO; COLAUTO (2010), p. 64.

normas formais (constituições, leis e direito de propriedade)¹¹. Além disso, agrega informações, uma vez que as instituições evoluem, inexoravelmente ligando o passado ao futuro¹². As instituições são extremamente importantes nas transformações das pessoas e da sociedade, daí serem necessárias e imprescindíveis unidades de análise em recortes de estudos e pesquisas.

Objetivos políticos selecionados, ao se transformarem em políticas públicas, são analiticamente categorizados e interpretados por meio do direito, em outras palavras, são dissecados por intermédio de normas e processos em contato com instituições jurídicas¹³. Pode-se então lavrar que as instituições são em parte formadoras das relações sociais, políticas e econômicas, e podem, em uma relação dialética, modificar mentalidades e visões de mundo ao mesmo tempo em que sofrem alterações. Descreve-se ainda como um processo em que atitudes humanas provocam mudanças institucionais, porém são também transformadas por elas¹⁴.

Instituições também podem ser descritas como conjuntos complexos de práticas e significados, que se mostram com intensidades variadas e que impactam as ações de pessoas físicas e coletivas¹⁵. As organizações governamentais, bem como aquelas ligadas umbilicalmente às atividades estatais, tais como o legislativo, o executivo e o judiciário, os partidos políticos e os grupos de interesse institucionalizados, são exemplos fidedignos de instituições formais¹⁶.

Outrossim, as *ideologias* influenciam sobremaneira na formatação das normas formais de uma sociedade. Interfere ainda em tomada de decisão dos agentes políticos, atuando sutilmente na base do sistema político, gerando profundas consequências na formação das regras legais¹⁷, além de imprimir direcionamento em interesses e decisões dos poderes constituídos, a saber: o legislativo, o judiciário e o executivo, bem como influenciar em procedimentos de órgãos administrativos estatais. Um jurista grafa que o direito é ideológico, uma vez que esconde o sentido das imbricações estruturais ocorridas entre os sujeitos, com o propósito de reproduzir os mecanismos de hegemonia social¹⁸. Diz mais e arremata que não é verdade que o direito seja politicamente neutro e cientificamente puro¹⁹. Deste modo, descrever interações entre instituições e direito deve carrear consigo os vieses ideológicos.

Atentemos que o Direito de Águas pátrio – tanto na classificação tradicional do direito quanto na classificação jurídica contemporânea – se relaciona intimamente com o Estado Federal Brasileiro, considerado aqui e alhures como a maior, mais não a única, *instituição* político-jurídica. Impende ainda alertar: as pesquisas que se valem de

¹¹ NORTH (1991), p. 97.

¹² *Ibidem*, p. 97.

¹³ COUTINHO (2016), p. 219.

¹⁴ *Ibidem*, p. 223.

¹⁵ PROCOPIUK (2013), p. 101.

¹⁶ *Ibidem*, p. 101.

¹⁷ GALA (2003), p. 95.

¹⁸ WARAT *apud* BARROSO (1999), p. 267.

¹⁹ *Ibidem*, p. 267.

experimentações com instituições aprimoradas somente conseguem resultados satisfatórios a longo prazo²⁰.

a) Instituições, teorias e direito

No Brasil muitas teorias (internas e alienígenas) tentam explicar o direito e suas conexões em tempos hodiernos. Quase sempre elas são insuficientes para compreender o movimento do fenômeno jurídico e do seu consectário sistema/ordenamento; não conseguem mostrar como o direito responderá aos questionamentos e às demandas exigidas na contemporaneidade. Teorias constitucionais – neoconstitucionalismo e constitucionalismo latino-americano – e as teorias jurídicas – o juspositivismo, o jusnaturalismo e o realismo jurídico – mais das vezes enveredam por direcionamentos equivocados, ou produzem argumentos verdadeiros, porém parciais. Souza e Bolonha dizem que nos últimos anos a teoria do direito e a teoria constitucional vêm elaborando constructos com o propósito de alcançarem padrões decisórios, via critérios racionais, universais e objetivos, os quais limitem o solipismo ou a discricionariedade judicial, e paralelamente assegurem a garantia dos direitos fundamentais, a segurança jurídica e a legitimidade das decisões²¹.

Por outro lado, o constitucionalismo contemporâneo recentemente vem seguindo um novo trajeto sobre a análise das instituições jurídicas, intitulada, pois, de *virada institucional*. Tal desiderato não desconsidera os trabalhos desenvolvidos por teóricos constitucionalistas racionais-democráticos, contudo, em face das abordagens parciais-teóricas, apostam epistemologicamente em desnudar o cerne das instituições. Sua origem é norte-americana e apresenta as seguintes características: a) é pragmática; b) é comportamental, e c) é funcional. Em resumo, coloca força na análise do desempenho da atividade institucional – pública ou privada – em oposição à centralidade da legitimidade constitucional, exclusivamente normativo-interpretativa²². Adicione-se que as teorias do direito e as teorias constitucionais centradas em interpretações racionais/objetivas podem figurar como coadjuvantes em análises jurídicas institucionais, mas jamais olvidar de esgarçar o funcionamento das instituições, seus processos decisórios, bem como a atividade institucional em toda sua plenitude.

Expoentes internacionais da teoria institucional, Sunstein e Vermeule comentam que na arena do direito existe a cegueira às considerações institucionais, em prejuízo ao direito, visto que muitos vícios do formalismo jurídico poderiam ser evitados, caso o debate sobre o direito não ficasse, tão somente, fincado nas hostes da liberdade interpretativa dos tribunais, interpretações exclusivas das normas jurídicas, filosofia e tradição do direito constitucional. Muitos problemas da seara do direito e das próprias instituições seriam desvendados caso se compreendesse o movimento das nuances administrativas e as capacidades institucionais²³.

²⁰ VERMEULE *apud* BOLONHA; BONIZZATO; MAIA (2016), p. 50.

²¹ SOUZA; BOLONHA (2013), p. 162.

²² *Ibidem*, pp. 163-164.

²³ SUNSTEIN; VERMEULE (2002), pp. 1-56.

Destarte, neste artigo científico não rechaçar-se-ão as teorias interpretativas – do direito e constitucional – mas relativizar-se-ão, em detrimento da inserção da teoria institucional. Esta, servirá como referencial teórico de base e/ou mediato nas relações produzidas entre as macro dimensões: a) o direito de águas do Brasil; b) o direito internacional dos direitos humanos, e c) o direito interno/direito constitucional. Em resumo, a adoção da teoria institucional alarga o nosso foco de abordagem da investigação e permite uma maior sinergia no que se refere aos processos de comunicação entre as águas, o direito e as instituições, gerando resultados e conclusões mais aproximados de abordagens complexas/totais, ao invés de respostas simples/parciais distanciadas da realidade da sociedade.

4. Direito internacional dos direitos humanos, direito constitucional brasileiro e as águas pátrias

O Direito Internacional dos Direitos Humanos burilado pela mais ampla instituição mundial, qual seja, a Organização das Nações Unidas, doravante denominada tão somente de ONU, na reunião plenária^{108ª} da Assembleia Geral, datada de 20 de julho de 2010, por meio de Resolução A/64/292, recordando uma série de legislações internacionais hídricas; lembrando também a Declaração Universal dos Direitos Humanos; o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos; além de observar as resoluções anteriores do Conselho de Direitos Humanos sobre o acesso à água potável e ao saneamento, profundamente preocupado com o não acesso à água de beber e ao saneamento básico para todas as pessoas do planeta, visando, pois, alcançar os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio; **reconheceu o direito à água potável segura e limpa e ao saneamento como *direito humano***, que é essencial para o pleno gozo da vida e de todos os direitos humanos. Assim, conclamou os Estados e as organizações internacionais a prestarem recursos financeiros, capacitação e transferência de tecnologia, por intermédio de assistência e cooperação, em especial aos países em desenvolvimento, com o propósito de ofertar água potável segura, limpa, e acessível saneamento para todos²⁴.

Desta maneira, a ONU, ao reconhecer a água como direito humano, alargou o debate entre o direito internacional e o direito interno, ao menos em nosso país. De um lado, os defensores do direito internacional dos direitos humanos, ancorados na I Conferência Mundial de Direitos Humanos em 1968, na cidade de Teerã, e na II Conferência Mundial de Direitos Humanos em 1993, na cidade de Viena, afirmam que foram implementados, reavaliados e aperfeiçoados os mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos, trazendo consigo dilemas e desafios. Asseveram que os Tratados de Proteção dos Direitos Humanos são superiores aos ordenamentos

²⁴ Vide Resolução A/64/292 da ONU, a qual aprovou em Assembleia Geral, em 28/julho/2010, a Água e o Saneamento como Direito Humano. <Disponível em <http://www.un.org/en/ga/64/resolutions.shtml>>. Acesso em 4 jul. 2017.

jurídicos internos, daí porque os poderes instituídos executivo, legislativo e judiciário devem respeitar as normas cogentes internacionais em matéria de direitos humanos²⁵. Por outro lado, há aqueles que propugnam pela prevalência do direito constitucional interno do país.

No que tange ao direito de águas do Brasil, o debate é imprescindível, ainda que renomados doutrinadores digam que a diátribe entre o monismo e o dualismo se mostra ultrapassada na área dos direitos humanos²⁶. O direito humano à água (aprovado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos) não vem sendo reconhecido pelo ordenamento jurídico interno pátrio como um direito autoaplicável. Das duas, uma: ou os poderes instituídos do Brasil vêm descumprindo normas do direito internacional, ou vem prevalecendo o entendimento interpretativo tradicional, pois apesar do direito humano à água ter sido aprovado por 122 votos a favor, 4 abstenções e nenhum voto contrário, tal direito ainda não figura em nosso país como um direito autoaplicável, tornando-se necessário para ser efetivamente aceito, seguir as exigências previstas no direito interno – adicionando a este todaburocracia e morosidade do *formalismo jurídico*.

Um importante *jusinternacionalista* advoga a tese da antinomia entre o direito internacional e o direito interno, devido à proliferação de normas que brotam no âmbito internacional e brasileiro. Argumenta acerca da ocorrência de conflitos, especificamente na esfera da proteção de Direitos Internacional de Direitos Humanos. Aduz, pois, que acontecem conflitos de normas internacionais entre si, conflitos de normas internas entre si, e também conflitos entre uma norma internacional com outra interna²⁷. Outro jurista nos apresenta diferença entre a aplicabilidade de um tratado de direitos humanos e o direito nacional. Atesta, inclusive, que há constituições que partem da premissa de que o direito internacional e o direito pátrio formam uma ordem jurídica uniforme (*monismo*)²⁸. Algumas das teses mostram-se favoráveis ao predomínio do Direito Internacional Público, outras acatam o império Direito Interno. Todavia, mais das vezes estabelecem um pacto entre as duas posições extremadas. Por outro lado, grande parte dos documentos constitucionais interpretam o direito internacional e o direito interno como duas ordens jurídicas autônomas (*dualismo*)²⁹. Daí, enquanto determinados legisladores defendem uma posição harmônica ao direito internacional – por exemplo, acatam sem pestanejar a introdução da norma alienígena no sistema jurídico pátrio – outros exigem de forma cogente um ato jurídico, como *verbi gratia*, uma lei de aprovação, para que se declare a aplicabilidade do acordo internacional na seara nacional³⁰.

²⁵ TRINDADE (1998), pp. 19-20.

²⁶ Ver por todos TRINDADE (2003), p. 40.

²⁷ Nesse sentido MAZZUOLI (2010), pp. 66-67.

²⁸ PETERKE (2009), pp. 111-112.

²⁹ *Ibidem*, p. 112.

³⁰ *Ibidem*, p. 112.

Por seu turno, preleciona Cançado que a responsabilidade primária e a proteção na atenção dos direitos humanos devem ser dos Estados, uma vez que tais pessoas jurídicas públicas se obrigaram a respeitar, assegurar e dar cabo de medidas protetivas, adequando, pois, o ordenamento jurídico interno à norma internacional de proteção. Quanto ao Poder Executivo, exige-se ações administrativas para dar seguimento àquelas obrigações. No que tange ao Poder Legislativo, deve realizar atos de tramitação legal sobre direitos humanos, cujo escopo permita a eficácia e efetividade das normas internacionais na seara interna. No tocante ao Poder Judiciário, compete garantir que as normas internacionais sejam fielmente introduzidas e aplicadas internamente³¹.

Contudo, no Brasil não é esse o entendimento das instituições públicas, quer sejam os poderes instituídos, a saber: executivo, legislativo, judiciário, quer sejam os órgãos “quase-personalizados”. Em nossos limites territoriais, ainda se espera posições dos Tribunais Superiores, especificamente do Supremo Tribunal Federal, os quais em face dos seus arranjos-estruturais carecerem de agilidades, bem como de decisões intercambiáveis satisfatórias entre o Direito Internacional de Direitos Humanos e o Direito Constitucional Brasileiro, que obrigaria o imediato reconhecimento e cumprimento do direito humano à água em nosso país.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos é atualmente um ramo autônomo da ciência jurídica, o qual se apresenta como direito de proteção, carreado por meio de uma lógica genuína, dirigido à salvaguarda dos direitos dos seres humanos e não dos Estados. De um ângulo, contém um cipoal de normas que exigem interpretações; por outro prisma, requer muitos mecanismos – de petições ou denúncias, relatórios e investigações – que lhe são peculiares para alcançar seus intentos. Tal confluência de normas e mecanismos operacionais garantem a proteção dos seres humanos e dos bens reconhecidos como humanos, na esfera nacional e internacional³².

Neste diapasão, propugna-se então no *locus* Brasil, por um sustentável paradigma jurídico, centrado em determinados caracteres, a dizer: a) o trapézio (ao invés de pirâmide) em sua relação com a Constituição Federal Brasileira – C.F./88 – e os tratados internacionais de direitos humanos no ápice da ordem jurídica, até porque a C.F./88 elenca em seu bojo cláusulas abertas, as quais possibilitam a conexão entre a ordem constitucional e a ordem internacional, principalmente na seara dos direitos humanos³³; b) Acolher a abertura do direito (interno e externo), facultando a comunicação entre jurisdições, trocas constitucionais e interdisciplinariedade, aumentando o diálogo entre saberes e atores sociais³⁴. Tal postura quiçá fortalecerá o sistema jurídico pátrio, e conseqüentemente, contribuirá com o pleno acatamento do direito humano à água no Brasil, sem a necessidade de resgatar todo o aparato jurídico tradicional do direito interno. Outrossim, a C.F. (1988) grafa no Art. 5º, § 3º, que os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados,

³¹ TRINDADE (1998), pp. 23-24.

³² TRINDADE (2003), pp. 38-39.

³³ PIOVESAN (2013), p. 17-18.

³⁴ *Ibidem*, p. 18.

em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Entretanto, a interpretação desse preceito não é uníssona, e sim controversa, uma vez que o próprio Supremo Tribunal Federal firma posicionamento dúbio quanto à matéria. Enfim, a C.F./88 segue o modelo dualista. Logo, os tratados internacionais sobre direitos humanos não são automaticamente aplicáveis, mas precisam ser aprovados no âmbito interno e efetivado pelo executivo³⁵.

5. Estado federal brasileiro e poderes instituídos

Impende dizer que a Constituição Federal Brasileira – C.F./88 – no art. 84, inciso VIII, insculpiu: compete privativamente ao Presidente da República (...) celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. Consequentemente, no art. 102, inciso III, alínea b, enfatiza textualmente que é da competência do Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de *tratado* ou lei federal. Uma vertente interpretativa afirma que os Tratados Internacionais, para entrar em vigor, devem se adequar às exigências do Direito Internacional e às Normas Internas dos Estados. De acordo com a teoria dualista, no Brasil³⁶, as Convenções e Tratados Internacionais só constarão do ordenamento jurídico interno após a seguinte tramitação: 1. Assinatura pelo Chefe do Poder Executivo; 2. Edição pelo Congresso Nacional de um Decreto Legislativo ratificando a assinatura; 3. Promulgação por meio de um Decreto do Presidente da República. Somente após a promulgação desse Decreto Presidencial é que as Convenções ou os Tratados Internacionais passarão a integrar o nosso ordenamento jurídico³⁷.

Longe da redundância, a C.F./88 no art. 5º, § 3º, grafa que os tratados e convenções 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. Ante o exposto, duas teorias jurídicas – o monismo e dualismo – disputam o protagonismo judicial em nosso país. Muito embora os defensores do Direito Internacional de Direitos Humanos propugnem pela primazia da teoria monista em nosso ordenamento jurídico/sistema jurídico, na prática as instituições ou os poderes instituídos vêm interpretando o direito nacional em conformidade com o receituário da teoria dualista, senão na forma pura, ao menos na forma mitigada. Adverte-se neste

³⁵ PETERKE (2009), p. 113.

³⁶ O Brasil é um Estado Federal, o qual também pode ser descrito como a principal *instituição* nacional. Esta contém em seu bojo diversas instituições de menor porte, a saber: autarquias públicas e especiais; fundações públicas e privadas; empresas públicas; agências reguladoras e executivas; sociedades de economia mista, dentre outras similares. Afora isso, se relaciona no plano internacional com outros Estados – Instituições de natureza pública e Organismos Internacionais – Instituições de natureza público/privada. Quanto à clássica divisão de poderes e/ou funções do Estado Brasileiro, são também consideradas instituições o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, em seus funcionamentos e processos.

³⁷ BARBOSA (2011), p. 37.

momento, que fomos “forçados” a trilhar na esteira do dualismo jurídico, uma vez que as instituições nacionais na prática tomam decisões jurídico-políticas baseadas nessa teoria. Sendo mais claro, os poderes instituídos Executivo e, principalmente, o Legislativo e o Judiciário, praticam os atos jurídicos dando preferência ao Direito Interno, ao invés de considerar autoaplicável o Direito Internacional de Direitos Humanos.

Muito embora a C.F./88, no artigo 5º, § 3º, permita uma interpretação jurídica extensiva por meio do monismo, e que nos parece o caminho mais acertado, as instituições estatais enveredam pelo entendimento tradicional da teoria dualista, e ao decidirem jurídico-politicamente fincado nesse viés, impele-nos a buscar uma alternativa racional, qual seja: lutar em prol da positivação constitucional da água, com o escopo de forçar a sua inserção no catálogo dos direitos fundamentais, via uma Emenda Constitucional. (Ver tópico adiante).

6. Direitos de águas do Brasil: contextualização constitucional e infraconstitucional³⁸

A *República Federativa do Brasil* é um país que agasalha o princípio da federação, como o próprio nome já menciona, na qual figuram as Pessoas de Direito Público Interno, a saber: a União, os Estados-Membros (total de 26), os Municípios (total de 5.570) e o Distrito Federal³⁹. Possui uma área territorial: 8.511.767,049 km² e uma população estimada, no ano de 2015, em 205.570.000 (duzentos e cinco milhões e quinhentos e setenta mil) pessoas⁴⁰. Divide-se em 12 (doze) regiões hidrográficas, a saber: Bacia Amazônica (a mais extensa do mundo; abarca uma área de 6.110.000 km²)⁴¹; Bacia Tocantins-Araguaia; Bacia do Paraguai; Bacia Atlântico Nordeste Ocidental; Bacia Atlântico Nordeste Oriental; Bacia do Paraná; Bacia do Parnaíba; Bacia do São Francisco; Bacia do Atlântico Leste; Bacia do Atlântico Sudeste; Bacia do Atlântico Sul e Bacia do Uruguai⁴². Atente-se para o fato de que todas as bacias mencionadas são federais; contudo, o país também apresenta outra classificação pertencente aos Estados-Membros e ao Distrito Federal: são as Bacias Hidrográficas Estaduais e Distritais.

³⁸ Tópico 6, extraído do Artigo Científico apresentado no Pós-Doutorado em Direito na *Università Federale di Messina/Dipartimento di Giurisprudenza/Itália* (2016), intitulado *Diritto umano-fundamentale all'acqua in Brasile: limiti e possibilità*, 2016, p. 3-5. Tal tópico 6 também figura no livro de BARBOSA (2017).

³⁹ Dados estatísticos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE de dezembro 2013. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 4 dez. 2015.

⁴⁰ Dados estatísticos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 4 dez. 2015.

⁴¹ Bacia Hidrográfica Internacional. Pertence ao Brasil 63 %; a Colômbia 5,8 %; a Bolívia 11 %; ao Equador 2,2 %; a Guiana 0,2 %; ao Peru 17 % e a Venezuela 0,7 %. Disponível em: <<http://www.2.ana.gov.br>>. Acesso em: 4 dez. 2015.

⁴² MEIO AMBIENTE. Rios e Bacias do Brasil formam uma das maiores redes fluviais do mundo. Disponível em: <<http://www.gov.br/meio-ambiente>>. Acesso em: 4 dez. 2015.

As águas doces do Brasil,⁴³ superficiais e subterrâneas, podem ser classificadas em águas federais, águas estaduais e águas distritais. As *águas federais* são, por dizer da Constituição Federal Brasileira de 1988 – C.F./88, os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de domínio da União ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham e as praias fluviais⁴⁴; em outras palavras, são aquelas que passam pelo menos por dois Estados-Membros do país, bem como as águas que migram do Brasil para outro país vizinho ou de lá se deslocem ao encontro dos nossos limites geográficos. As *águas estaduais*: “superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União”⁴⁵. Em síntese, são as águas que nascem e desaguam em seus próprios Estados-Membros. As *águas do distrito federal* são, por analogia, as águas superficiais e subterrâneas que nascem ou emergem nos seus limites geográficos e desembocam no próprio Distrito Federal; no Brasil, os *Municípios não possuem a titularidade das águas*.

Em retrospectiva, no século XX, foi criado em nosso país, por intermédio do Governo Provisório, o Decreto Federal nº. 24.643, de 10 de julho de (1934), conhecido mundialmente como o Código de Águas. Este, parcialmente revogado, previa, no Capítulo III, a existência de águas particulares⁴⁶. Com a promulgação da C.F./88, *não mais se permitem águas particulares no Brasil*; todas as águas são públicas: ou são águas federais, ou, ainda, águas estaduais, ou são águas distritais.

A C.F./88 exigiu que o Direito de Águas fosse regulamentado em nosso país e dispôs, no Art. 21, que compete à União instituir o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos. Assim procedeu o legislador constitucional ao produzir a Lei Federal de Águas nº. 9.433, de 08 de janeiro de (1997). Tal norma hídrica e a C.F./88 são, juntas, as principais diretrizes legais do Direito de Água no Brasil.

Em sua estrutura, a Lei nº. 9.433/97 se divide em quatro partes, em que o Título I se reporta à Política Nacional de Recursos Hídricos – PNRH; o Título II se refere ao Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos – SNGRH; enquanto o Título III versa acerca das Infrações e Penalidades; enfim, o Título IV trata das Disposições Gerais e Transitórias.

Quanto ao Título I, contém os fundamentos, os objetivos, as diretrizes, os instrumentos (os planos de recursos hídricos, enquadramentos dos corpos de água em classes, a outorga dos direitos de uso de recursos hídricos, a cobrança pelo uso de recursos hídricos e o sistema de informações sobre recursos hídricos). O Título II se configura por meio de objetivos e composição, do Conselho Nacional de Recursos

⁴³ Ver POMPEU (2010); GRANZIERA (2014); REBOUÇAS; BRAGA; TUNDISI (2002).

⁴⁴ De acordo com o Art. 20, inciso III, da C.F./88.

⁴⁵ Em conformidade com o Art. 26, inciso I, C.F./88.

⁴⁶ Código de Águas, Capítulo III, ÁGUAS PARTICULARES, Art. 8º. São particulares as nascentes e todas as águas situadas em terrenos que também o sejam, quando as mesmas não estiverem classificadas entre as águas comuns de todos, as águas públicas ou as águas comuns. (ESTE ARTIGO SE ENCONTRA TOTALMENTE REVOGADO).

Hídricos, dos Comitês de Bacia Hidrográfica, das Agências de Água. Por sua vez, o Título III aborda as infrações normativas na utilização de recursos hídricos superficiais ou subterrâneos. Por fim, o Título IV se refere às disposições de natureza geral não duradoura.

Após o advento da Lei nº. 9.433/97, outros documentos normativo-hídricos⁴⁷ foram sendo criados em nosso país fortalecendo sobremaneira o Direito de Águas do Brasil, rumo à sua autonomia didática e legislativa. Tal direito requer observância infraconstitucional e constitucional uma vez que o mesmo se concentra não apenas em documentos legais federais/estaduais/distritais, mas também na C.F./88.

a) Comitê de bacia hidrográfica

Após discorrer acerca da República Federativa do Brasil, e em linhas gerais, sobre a Lei de Águas pátria, neste momento, de bom grado será dissertar com mais vagar sobre a *instituição* Comitê de Bacia Hidrográfica. Tal instituição faz parte do Sistema Nacional de Gerenciamento – SINGREH. É corrente na literatura jurídica se observar que esta instituição possui matriz normativo-hídrica francesa; na verdade parte de nossa lei de águas federal nº. 9.433, quando da sua criação em 1997, sofreu forte influência da filosofia-jurídica desse país europeu, o qual possui larga tradição em direito de águas.

Quanto ao SINGREH – do qual o comitê faz parte – o mesmo pode ser definido como um complexo de organismos, agências e instalações públicas e particulares, formados com o propósito de desempenhar a Política das Águas, por meio de um formato de gerenciamento de águas desenvolvido via instrumentos criados para o planejamento das águas. Em síntese, é o mecanismo que imprime a movimentação do arranjo institucional da gestão dos recursos hídricos (COIMBRA, ROCHA E BEEKMAN, 1999)⁴⁸.

Por seu turno, os comitê de bacia hidrográfica terão como área de atuação a totalidade de uma bacia hidrográfica, sub-bacia hidrográfica de tributário do curso de água principal da bacia, ou de tributário desse tributário; ou grupo de bacias ou sub-bacias hidrográficas contíguas⁴⁹. Entre outras atribuições, compete aos comitês, no âmbito de sua área de atuação: promover o debate das questões relacionadas a recursos hídricos e articular a atuação das entidades intervenientes; arbitrar, em primeira instância administrativa, os conflitos relacionados aos recursos hídricos; aprovar o plano de recursos hídricos da bacia; propor ao Conselho Nacional e aos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos acumulações, derivações, captações e lançamentos de pouca expressão, para efeito de isenção da obrigatoriedade de outorga de direitos de uso de recursos hídricos, de acordo com os domínios destes; estabelecer os mecanismos de

⁴⁷ A título exemplificativo, ver Lei da Agência Nacional de Águas – ANA (Lei Federal nº. 9.984, de 17 de julho de 2000). Decreto Federal nº. 4.613, de 11 de março de 2003, que regulamenta o Conselho Nacional de Recursos Hídricos – CNRH.

⁴⁸ Disponível em: <<http://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/biologia/sistema-nacional-de-gerenciamento-de-recursos-hidricos-singreh/42626>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

⁴⁹ Lei Federal nº. 9.433/1997, art. 37.

cobrança pelo uso de recursos hídricos e sugerir os valores a serem cobrados⁵⁰.

É imperioso observar que das decisões dos comitês de bacia hidrográfica caberá recurso ao Conselho Nacional ou aos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos, de acordo com sua esfera de competência⁵¹. Além disso, os comitês de bacia hidrográfica são compostos por representantes: da União, dos Estados e do Distrito Federal, cujos territórios se situem, ainda que parcialmente, em suas respectivas áreas de atuação; dos Municípios situados, no todo ou em parte, em área de atuação; dos usuários das águas de sua área de atuação; das entidades civis de recursos hídricos com atuação comprovada na bacia⁵². Atente-se ainda que os Comitês são dirigidos por um Presidente e um Secretário, eleitos dentre os seus membros⁵³.

A instituição Comitê de Bacia Hidrográfica – juntamente com os princípios da participação e descentralização dos recursos hídricos – talvez seja a inovação mais importante do Direito de Águas Brasileiro. Aqui e alhures, já disseram que o comitê de bacia hidrográfica funciona como um “parlamento hídrico”, à medida que se torna a caixa de ressonância dos questionamentos da matéria em alusão. Por outro lado, a sociedade organizada ainda espera o protagonismo dessa renomada instituição público-privada. Do ponto de vista teórico, é um instrumento bastante democrático, uma vez que abarca dois princípios basilares, a saber: a descentralização e a participação. O *princípio da descentralização* permite que as decisões sobre a Política de Recursos Hídricos sejam resolvidas inicialmente na localidade em que ocorreu o conflito. O *princípio da participação* faculta que não somente a União ou os Estados possam figurar como atores sociais no processo político-decisório das águas, mas também os usuários e a sociedade civil organizada (instituições públicas e/ou privadas).

Em nosso país, os comitês federais de bacia hidrográfica vêm funcionando razoavelmente bem, contudo muitos comitês estaduais não têm conseguido funcionar em níveis satisfatórios, pois vem ocorrendo uma assimetria no funcionamento dos comitês de bacias hidrográficas, ou seja, alguns comitês de estados-membros mais desenvolvidos apresentam índices positivos, enquanto outros comitês de estados-membros menos favorecidos economicamente mostram desempenhos não satisfatórios, e em desarmonia com o preconizado nos fundamentos, nos objetivos e nas diretrizes da Lei de Águas do Brasil⁵⁴.

b) Conselho de recursos hídricos

Outra *instituição* que merece uma abordagem denomina-se Conselho de Recursos Hídricos, composta por instituições que figuram em âmbito nacional, estadual e distrital. Faz parte do SINGREH o Conselho Nacional de Recursos Hídricos – CNRH, o qual é composto por representantes dos Ministérios e Secretarias da Presidência da

⁵⁰ Lei Federal nº. 9.433/1997, art. 38.

⁵¹ Lei Federal nº. 9.433/1997, art. 38, parágrafo único.

⁵² Lei Federal nº. 9.433/1997, art. 39.

⁵³ Lei Federal nº. 9.433/1997, art. 40.

⁵⁴ ARAUJO; BARBOSA (2012), pp. 1-182.

República com atuação no gerenciamento ou no uso de recursos hídricos; representantes indicados pelos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos; representantes dos usuários dos recursos hídricos e representantes das organizações civis de recursos hídricos. Ademais, o número de membros (representantes) do Poder Executivo Federal não poderá ultrapassar a metade mais um do total de membros do CNRH⁵⁵.

Além do mais, compete ao CNRH promover a articulação do planejamento de recursos hídricos com os planejamentos nacional, regionais, estaduais e dos setores usuários; arbitrar, em última instância administrativa, os conflitos existentes entre Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos; deliberar sobre os projetos de aproveitamento de recursos hídricos cujas repercussões extrapolem o âmbito dos Estados em que serão implantados; deliberar sobre as questões que lhe tenham sido encaminhadas pelos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos ou pelos Comitês de Bacia Hidrográfica; analisar propostas de alteração da legislação pertinente a recursos hídricos e à Política Nacional de Recursos Hídricos; estabelecer diretrizes complementares para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, aplicação de seus instrumentos e atuação do SINGREH; aprovar propostas de instituição dos Comitês de Bacia Hidrográfica e estabelecer critérios gerais para a elaboração de seus regimentos; estabelecer critérios gerais para a outorga de direitos de uso de recursos hídricos e para a cobrança por seu uso, dentre outras competências⁵⁶.

Destarte, o CNRH é gerido por um Presidente, que é o Ministro do Meio Ambiente, além de figurar na gestão um Secretário Executivo, o qual faz parte da estrutura do Ministério do Meio Ambiente⁵⁷.

Enfim, o CNRH é uma *instituição* de instância recursal administrativo-hídrica, que visa não somente a recomposição de conflitos hídricos, mas também desempenha funções articuladoras, deliberativas e normativas. Adverte-se, inclusive, que quaisquer das partes (atores sociais), insatisfeitas com as decisões dos comitês (instância inferior ou de primeiro grau) e dos conselhos (instância superior ou de segundo grau), poderão recorrer diretamente à instituição do Poder Judiciário para dirimir tais conflitos, sem a necessidade de aguardar a decisão definitiva dos comitês ou dos conselhos (federal, estaduais ou distrital).

7. Emendas constitucionais, direitos fundamentais e águas do Brasil⁵⁸

Após a descrição da teoria monista – já parcialmente exposta em tópico retro – a qual de plano reconhece o direito humano à água, não carecendo, pois, em esperar pelos procedimentos normativos tradicionais do direito interno, além da explanação sobre a

⁵⁵ Lei Federal nº. 9.433/1997, art. 34 e parágrafo único.

⁵⁶ Lei Federal nº. 9.433/1997, art. 35.

⁵⁷ Lei Federal nº. 9.433/1997, art. 36.

⁵⁸ Tópico 7, extraído do artigo científico apresentado no Pós-Doutorado em Direito na *Università Federale di Messina/Dipartimento di Giurisprudenza/Itália* (2016), intitulado *Diritto umano-fundamentale all'acqua in Brasile: limiti e possibilità*, pp. 30-34. Tal tópico 7 também figura no livro de BARBOSA (2017).

teoria dualista – carregada de seu formalismo normativo, bem como a contextualização jurídica, sem outra alternativa, fomos impelidos a caminhar e lutar com ardor pela positivação do Direito de Águas no Brasil exigindo que o mesmo seja inserido no catálogo dos direitos fundamentais da C.F./88, via Emenda Constitucional. Neste cenário, somos gratos à teoria institucional que nos ajuda a esgarçar o movimento político-legislativo do Congresso Nacional – instituição estatal.

De acordo com a doutrina abalizada, *Emendas Constitucionais* são supressões, adições ou modificações que alteram a Constituição. Tais mudanças são procedidas pelo poder reformador, este figurante do Congresso Nacional cuja função é ajustar a Carta Mater às alterações ocorrentes na sociedade⁵⁹.

No que tange às Emendas Constitucionais referentes à água no Brasil figurar como direito fundamental no catálogo da C.F./88, nos exige uma revista no procedimento que outrora tramitava no Congresso Nacional, especificamente na Câmara dos Deputados.

Destarte, duas Propostas de Emendas Constitucionais (PECs) vinham tramitando no Congresso Nacional; tanto a PEC 39/07 quanto a PEC 213/12 estabeleceram a *água* para o consumo humano como *direito social* para todo o povo brasileiro. O objetivo central de ambas as emendas foi incluir a *água* no bojo constitucional federal pátrio, mais precisamente no Art. 6º, Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo II, Dos Direitos Sociais.

Agora mostrar-se-á, na íntegra, como se encontram as duas Emendas Constitucionais na Câmara dos Deputados do Congresso Nacional:

Proposta de Emenda à Constituição Nº 39 de 2007

Dá nova redação ao art. 6º da Constituição Federal.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º. O art. 6º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 6º São direitos sociais, a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, a água, o lazer, a segurança, a previdência, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (NR)”.

Art. 3º. Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data da sua publicação.

Proposta de Emenda à Constituição Nº 213 de 2012

Dá nova redação ao art. 6º da Constituição Federal, para incluir o acesso à água como um direito social.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º. Esta Emenda Constitucional dá nova redação ao art. 6º da Constituição Federal, para incluir o acesso à água como um direito social.

Art. 2º. O Art. 6º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

⁵⁹ AGRA (2014), p. 510.

“Art. 6º São direitos sociais o acesso à água, 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 (NR)”.

Art. 3º. Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data da sua publicação.

Após a reprodução das duas Emendas Constitucionais, veja-se suas *justificações*.

A Proposta de Emenda à Constituição Nº 39 de (2007) abre sua *justificação* fundamentando que a água é um bem imprescindível e insubstituível e, exatamente por isso, é considerada um bem natural. Ninguém pode ser privado do acesso à água sob pena de ser violentado em sua natureza. O não acesso à água põe em risco o direito fundamental à integridade física, à saúde e à vida⁶⁰.

Em outro trecho o documento afirma que da mesma forma como se reconhece o direito à alimentação, à moradia, ao lazer, à saúde e à educação, o acesso à água potável de boa qualidade também é um direito fundamental porque está intimamente relacionado com o direito à vida. O direito à água é, portanto, um direito humano⁶¹. Assim, assevera que reconhecer a água como direito fundamental implica que o Estado deva ser responsabilizado pelo seu provimento, para toda a população, e implica no sentido de que o acesso à água não pode estar sujeito às estritas regras de mercado, mas à lógica do direito⁶².

Daí, o legislador arremata sua justificação redigindo que a água deve ser, antes de tudo, considerada um bem social e não um bem econômico porque, como bem econômico, ela é passível de transações comerciais e o preço praticado poderia se constituir em barreira à utilização desse bem essencial pelos mais pobres ou onerar, significativamente, os orçamentos familiares comprometendo, assim, a qualidade de vida das pessoas⁶³.

No tocante à Proposta de Emenda à Constituição Nº 213 de 2012, o legislador pátrio, de forma preliminar, na *justificação*, informa que o debate sobre o uso da água ganhou espaço nos diversos setores, com destaque especial quanto à sua função social, gestão e destinação da água potável⁶⁴. Justifica também que a C.F./88 atribui à água a condição de um bem estatal, um bem público a que todos têm direito e acesso, porém a legislação federal será enriquecida com caracterização da água como um bem de função social. A gestão dos recursos hídricos, como função social para o desenvolvimento sustentável, é uma solução que vem sendo apresentada para o uso eficiente⁶⁵.

Ambas as *justificações* das Propostas de Emendas Constitucionais se reportam ao direito e acesso à água potável. A intenção legiferante dos parlamentares é louvável, contudo, deveriam ousar e inserir o *saneamento* como obrigatoriedade constitucional.

⁶⁰ Proposta de Emenda Constitucional Nº 39 de 2007.

⁶¹ *Ibidem*, p. 2.

⁶² *Ibidem*, p. 2.

⁶³ *Ibidem*, p. 2.

⁶⁴ Proposta de Emenda Constitucional Nº 213 de 2012.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 2.

Atentemos que a Resolução A/64/292, aprovada pela ONU, literalmente estabelece a água potável e o saneamento básico como dimensões essenciais dos direitos humanos; entretanto, nossas duas PECs, respectivamente a 39/2007 e a 213/2012, não incluíram o saneamento como direito fundamental: apenas fizeram referência à água. Apesar dos pesares, quiçá a água possa figurar na C.F./88, no catálogo dos direitos fundamentais, no Art. 6º, Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo II, Dos Direitos Sociais; será um avanço no sentido da melhor qualidade de vida, do desenvolvimento sustentável e da sustentabilidade ambiental⁶⁶.

Eis uma indagação extremamente necessária: as duas Emendas Constitucionais que versam sobre o direito fundamental à água vêm tramitando na Câmara dos Deputados. Então, pergunta-se: as mesmas foram arquivadas em algum momento?

Do ponto de vista constitucional formal o Regimento Interno da Câmara dos Deputados assevera, no Art. 100, que *proposição* é toda matéria sujeita à deliberação da Câmara, e no § 1º afirma: Emendas Constitucionais são proposições. Por sua vez, em seu Art. 105, reza que, finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação. Grafa, ainda, no parágrafo único deste artigo, que a proposição poderá ser desarquivada mediante requerimento do autor, ou autores, dentro dos primeiros cento e oitenta dias da primeira sessão legislativa ordinária da legislatura subsequente, retomando a tramitação desde o estágio em que se encontrava⁶⁷.

Se os autores das PECs foram reeleitos, tudo bem; os mesmos poderão desarquivá-las no prazo de 180 dias; porém se não foram candidatos ou não se reelegeram, as PECs do direito fundamental à água no Brasil ficarão arquivadas.

Nesta senda, a *Proposta de Emenda à Constituição Nº 213/2012*, cuja Ementa “Dá nova redação ao Art. 6º da C.F./88, para incluir o acesso à água como um direito social”, foi arquivada em 31/01/2015, nos termos do Art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Denota-se preliminarmente um descaso acerca do reconhecimento do direito humano à água em nosso país, na busca de sua positivação, no Capítulo II, do catálogo dos direitos fundamentais constitucionais.

Quanto à Proposta de Emenda à Constituição Nº 39/2007, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania aprovou, no dia 01/04/2014, sua *admissibilidade*, que insere a água nos direitos sociais, do Art. 6º da C.F./88. A PEC agora espera parecer da Comissão Especial para depois seguir para o plenário⁶⁸.

⁶⁶ Sobre sustentabilidade, ver FREITAS (2012), pp. 1-347. O renomado jurista nessa obra argumenta com maestria epistemológica e de forma lapidar burila o termo sustentabilidade como valor constitucional, multidimensional e educacional, além de desconstruir falácias discursivas circundantes sobre o assunto. Interpreta-se, pois, que a sustentabilidade esgarçada traz consigo: a) a (re)significância do passado; b) a contextualização do presente, e c) o planejamento consciente do futuro.

⁶⁷ Regimento Interno da Câmara dos Deputados, p. 92.

⁶⁸ MIRANDA (2015), Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em: 15 de fev. 2015.

Destarte, ao findar a legislatura a PEC 39/2007 foi arquivada em 31/01/2015, porém *foi desarquivada*⁶⁹ em fevereiro/2015 pelo autor da proposta e requeridas a constituição e a instalação da Comissão Especial (em 11/02/2015) destinadas a dar parecer à Proposta de Emenda à Constituição 39/2007, que dá nova redação ao Art. 6º da C.F./88, que inclui a água como direito social. Assim, *neste momento*⁷⁰ *somente vem tramitando na Câmara dos Deputados uma Proposta de Emenda Constitucional*, qual seja, *PEC Nº 39/2007*. Atualmente, início de 2018, tal Emenda ainda não foi aprovada pela instituição estatal – Congresso Nacional Brasileiro.

8. Conclusão

O artigo em alusão pretendeu, tão somente, abordar uma das possibilidades de se compreender o Direito de Águas do Brasil. Conclui-se, portanto, o não acatamento pleno da norma jurídico-hídrica internacional – água como direito humano – em nossa jurisdição, não se adotando no ordenamento e/ou sistema jurídico a teoria monista reforçada pelas teorias interpretativas e institucionais. Ademais, de bom alvitre o contributo narrativo sobre o funcionamento institucional do Congresso Nacional, no tocante à Proposta de Emendas à Constituição. Nestes termos, alcançou-se o desiderato mor, a saber: descortinar informações *jushídricas* subjacentes e mostrar caminhos alternativos ao confronto dicotômico teórico jurídico – monismo *versus* dualismo.

A abordagem entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos – DIDH – e o Direito Interno Constitucional – DIC jogou luzes na interpretação do Direito de Águas pátrio, principalmente quando impulsionado pela teoria institucional, que ao invés de aceitar pacificamente o protagonismo das teorias – do direito e constitucional – obrigou a estas figurarem com participações mais modestas no debate em tela. As contextualizações institucionais – do Estado Federal Brasileiro, dos Comitês de Bacia Hidrográfica e do Conselho Nacional de Recursos Hídricos – e, especificamente, o lento movimento do Congresso Nacional na tramitação para aprovação da Emenda Constitucional 39/2007, tornaram-se trajetos importantes na operacionalidade compreensiva do tema discutido.

O direito humano à água, aprovado em 2010 na instituição mundial Organização das Nações Unidas – ONU – exige urgente absorção pelo ordenamento jurídico e/ou sistema jurídico nacional, seja por acatamento da teoria monista, seja via posituação da água na C.F./88 pátria, no catálogo dos direitos fundamentais, mais precisamente no art. 6º, figurando com o mesmo *status* jurídico dos direitos sociais: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

Ante o exposto, constitucionalizar o direito humano à água é contribuir para que a instituição Estado Federal Brasileiro possa caminhar em passos largos na busca da

⁶⁹ Nos termos do Art. 105, *parágrafo único*, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

⁷⁰ Data de redação: fevereiro de 2015.

democracia e da dignidade humana. Isto posto, requer do DIC uma compreensão distinta do já conhecido formalismo jurídico – versado no campo restrito da subsunção e do silogismo, e que traz como corolário a burocracia, a morosidade e, mais das vezes, a não efetivação de direitos humanos-fundamentais.

O perfilar epistemológico defendido neste artigo pode ser corroborado pela C.F./88, ao tratar dos princípios fundamentais, quando atesta que a República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, para alcançar o Estado Democrático de Direito exige que determinados fundamentos sejam efetivamente cumpridos. Dos fundamentos listados, encontram-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Em resumo, sem água para beber e saciar as necessidades básicas, não há dignidade humana; sem dignidade não se alcançará um Estado Democrático de Direito. Assim, por tudo isso, tornou-se relevante e premente o debate ao redor do Direito de Águas em nosso país.

Destarte, o Direito Interno Constitucional – DIC – em países que almejam a consolidação democrática, por certo continuará sua trajetória ainda por longo tempo, ainda que receba influência do DIDH. Quais formas teóricas devem prevalecer nesse debate, interpretativas ou evolutivas institucionais, é assunto de somenos importância. Por seu turno, teorias interpretativas – teoria do direito e constitucional – e teoria institucional, quando colocadas não em confronto, mas em harmonia epistêmica, com o propósito de elucidar fenômenos jurídicos complexos, potencializam-se e figuram conjuntamente como uma alternativa plausível.

Enfim, neste diapasão, o Direito de Águas do Brasil ganha destaque epistemológico quando da conexão do DIDH com o DIC, este último burilado em sua subcomponente Direito Fundamental. Todos esses ramos do direito, ao receberem o fluxo de orientações das teorias interpretativas – do direito e constitucional – e da teoria institucional, geram um processo sinérgico não linear na seara em questão, impulsionando o Direito de Águas para que em futuro próximo ascenda no panorama classificatório e quiçá migre da condição de direito emergente para o *status* de direito autônomo.

Referências

- AGRA, Walber de Moura, 2014, *Curso de direito constitucional*, 8 ed., Editora Forense Rio de Janeiro.
- ARAUJO, Alana Ramos; BARBOSA, Erivaldo Moreira, 2012, *Comitê de bacia hidrográfica do Rio Paraíba: arranjo jurídico-institucional, sociotécnicos e ambiental*, EDUFPG, Campina Grande.
- BARBOSA, Erivaldo Moreira. *Gestão de recursos hídricos da Paraíba: uma análise jurídico-institucional*. 2006. 209 f. Tese (Centro de Tecnologia e Recursos Naturais – CTRN) da Universidade Federal de Campina Grande – UFCG, Campina Grande.

- BARBOSA, Erivaldo Moreira, (2011), *Direito ambiental e dos recursos naturais: biodiversidade, petróleo e águas*. Editora Fórum, Belo Horizonte.
- _____, 2016, *Diritto umano-fundamentale all'acqua in Brasile: limiti e possibilità*, (Università Federale di Messina/Dipartimento di Giurisprudenza, Messina/Itália).
- BARROSO, Luís Roberto, 1999, *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 3 ed. Editora Saraiva, São Paulo.
- _____, 2017, *Introdução à teoria do direito humano-fundamental à água no Brasil*, EDUFPG, Campina Grande.
- BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*, 2016, (Trad.) Jaime A. Clasen. Editora Unesp, São Paulo.
- BRASIL. Bacia Hidrográfica Internacional. Disponível em: <<http://www.2.ana.gov.br>>. Acesso em: 4 dez. 2015.
- _____, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____, Decreto nº. 24.643, de 10 de julho de 1934. Decreta o Código de Águas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D24643.htm>. Acesso em: 4 dez. 2015.
- _____, Lei Federal nº. 9.433, de 08 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal e altera o art. 1º da Lei nº. 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº. 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9433.htm>. Acesso em: 4 dez. 2015.
- _____, PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 39, de 12 de abril de 2007. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 20 dez. 2015.
- _____, PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 2013, de 12 de abril de 2012. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 20 dez. 2015.
- _____, REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 13 ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015.
- COUTINHO, Diogo R., 2016, “O direito econômico e a construção institucional do desenvolvimento democrático”, *Journal of institutional studies* 1, v. 2, nº 1, pp. 214-262.
- FREITAS, Juarez, 2012, *Sustentabilidade: direito ao futuro*, 2 ed., Editora Fórum, Belo

Horizonte.

GALA, Paulo, 2003, “A teoria institucional de Douglas North”, *Revista de Economia Política*, v. 23, nº 2, p. 89-105.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado, 2014, 4 ed., *Direito de águas: disciplina jurídica das águas doces*, Editora Atlas, São Paulo.

HÄBERLE, Peter, 1997, *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. (Trad.) Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE: área territorial brasileira. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 4 dez. 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE: projeção da população do Brasil e das unidades da federação. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao>>. Acesso em: 4 dez. 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, 2010, *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, Saraiva, São Paulo.

MIRANDA, Tiago, 2015, *CCJ aprova proposta que reconhece a água como direito social*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias>>.

NETO Barbosa, João Estevão; COLAUTO, Romualdo Douglas, 2010, “Teoria Institucional: estudo bibliométrico em anais de congressos e periódicos científicos”, *ConTexto*, v. 10, nº 18, pp. 63-74.

NORTH, Douglas C., 2006, “Institutions”, *Journal of Economic Perspectives*, v. 5, nº 1, pp. 97-112.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. General Assembly. Resolution adopted by the General Assembly on 28 July 2010 64/292. *The human right to water and sanitation*. Disponível em: <<http://www.un.org/en/ga/64/resolutions.shtml>>. Acesso em: 4 jul. 2010.

PETERKE, Sven (Coord.), 2009, *Manual prático de direitos humanos internacionais*, Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília.

PIOVESAN, Flávia, 2013, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, Editora Saraiva, São Paulo.

PLANO NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS. Meio Ambiente: Rios e bacias do Brasil formam uma das maiores redes fluviais do mundo. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br>>. Acesso em: 4 dez. 2015.

POMPEU, Cid Tomanik, 2010, *Direito de águas no Brasil*, 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

PROCOPIUK, Mario, 2013, *Políticas públicas e fundamentos da administração pública*:

análise e avaliação, governança e redes de políticas, administração judiciária. Editora Atlas, São Paulo.

REBOUÇAS, Aldo da Cunha; BRAGA, Benedito; TUNDISI, José Galizia. (Orgs.), 2002, *Águas doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação*, 2 ed., Escrituras Editora, São Paulo.

SEPULVEDA, Antonio Guimarães; QUIRINO, Carina de Castro, pp. 469-491, A economia comportamental como instrumento de otimização institucional. In: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana, 2016, *Teoria institucional e constitucionalismo contemporâneo*, Juruá Editora, Curitiba.

SISTEMA NACIONAL DE GERENCIAMENTO DE RECURSOS HÍDRICOS – SINGREH. Disponível em: <<http://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/biologia/sistema-nacional-de-gerenciamento-de-recursos-hidricos-singreh/42626>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

SOUZA, Rafael Bezerra de; BOLONHA, Carlos, 2013, “Teorias jurídicas contemporâneas: uma análise crítica sob a perspectiva institucional”, *Direito, Estado e Sociedade*, nº. 43, pp. 162-183.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian, 2002, “Interpretation e Institutions”, *Chicago Public Research Paper*, nº. 28, pp. 1-56.

TRINDADE, José Augusto Cançado, pp. 19-47, A consolidação da capacidade processual dos indivíduos na evolução da proteção internacional dos direitos humanos: quadro atual e perspectivas na passagem do século, In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (Orgs.), 1998, *Direitos humanos no século XXI*. Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais – IPRI, Fundação Alexandre de Gusmão.

TRINDADE, José Augusto Cançado, 2003, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre.

VERMEULE, Adrian. Governo de opinião pública: a teoria da constituição de Bryce, pp. 19-53, In: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO; MAIA, Fabiana (Coords.), 2016, *Teoria institucional e constitucionalismo contemporâneo*, Juruá Editora, Curitiba

RESPONSIBILITY FOR THE CONTENT OF MESSAGES POSTED ON THE INTERNET

Vânia Siciliano Aieta¹
Rubén Miranda Gonçalves²

1. Presentation

The so-called law of new technologies today is a theme of extreme importance to compared constitutional law.

With each new invention or discovery, human kind faces the need to establish ethical controls to regulate the use of the new resources. These controls must be proportional to the consequences of the new technology.

Greater facility to violate intimacy is one of the most drastic effects of the technological revolution, because of the difficulty of sufficiently and prudently controlling the new communications mechanisms so as to assure welfare and security.

The Internet traces its roots to the Advanced Research Project Agency Network, or Arpanet, a project of the U.S. Department of Defense whose aim was to assure communications among American scientists and the military even in case of a nuclear attack.

Today, technological advance is closely connected to the means of acquiring power through domination of information in societies.

In response to this trend, the field of technology assessment has emerged, involving critical analysis of the consequences of technological progress, to detect the possible risks posed by these advances to the maintenance of rights proclaimed as fundamental.

Technology assessment has influenced some currents of Anglo-Saxon social theory, with respect to the danger of virtual contamination of public freedoms, the so-called liberties pollution, in the universe of technologically advanced societies.

The current stage of technological development makes it hard to prevent incursions into people's intimate lives, due to the existence of ever more sophisticated and effective instruments to overcome attempts to defend against *collective curiosity*.

¹ Professor of the Graduate Law Program at UERJ-Brazil. Doctor in Constitutional Law from PUC-SP with Post-Doctorate internship from PUC-Rio. Master in General Theory of the State and Constitutional Law from PUC-Rio. Visiting Reseracher in the Santiago de Compostela (Spain) and Sapienza (Rome-Italy) Universities.

² Doctoral Candidate from Santiago de Compostela University. Master in Administrative and Public Institution Laws. Bachelor in Laws. Professor in the Advocacy Master course in the European University of Madrid and professor in the Security, Peace and International Conflicts in Santiago de Compostela University.

2. The importance of Brazil's Internet Civil Framework Act

In Brazil, the growing feeling that the free and democratic use of the Internet, whose commercial use was well established for nearly two decades, was under threat by government entities and/or ill-intentioned commercial practices, led to the enactment of Law 12.965 in 2014, better known as the Internet Civil Framework Act.

The stated objective of lawmakers was to assure respect for fundamental rights through a law, rather than relying on the resolutions of regulatory agencies. This was seen as important in particular because market practices were jeopardizing users' right to privacy. Among these practices was the use of personal information gleaned from navigation of users by service providers to generate revenue beyond the fees paid for connection, by selling data to specialized marketing firms. Stated bluntly, the private information of citizens has become a resource with huge market value.

The Civil Framework Act seeks to forbid the invasion of the privacy of users, by assuring the secrecy of navigation data. It also protects the fundamental rights of intimacy of Brazilian citizens in cases of data gathered in Brazil but stored abroad.

Despite the contrary argument, common among multinationals, that foreign law must be applied in case of disputes involving data stored abroad, the Civil Framework Act allows Brazilians to use national courts as long as the service provider offers service to the Brazilian public or at least one member of its business group has an establishment in Brazil.

On balance, it can be said that the Act was an important advance in the Herculean task of assuring the SECURITY of the data of Internet users in Brazil.

The analysis of the Internet Civil Framework demonstrates it is supported by an inseparable tripod of the principle of neutrality, the right to privacy and the right to freedom of expression.

The principle of neutrality, a matter that is subject to the greatest controversies and resistances, notably because it protects the interests of the majority of the population, prevents the service provider from giving privileged access to determined sites, causing them to be downloaded more quickly or with preference over others.

This principle is polemic because many companies allege they should have the right to sell packages with better performance or more advantages at higher prices. However, this model runs counter to process of broad social inclusion in the country, because people with smaller income naturally contract less expensive packages, and without neutrality these packages would not give access some applications, such as access to videos and social networks. The Civil Framework Act forbids data packets from suffering discrimination due to the origin, destination or content.

The penultimate version of the bill that led to the law required the establishment of data centers in Brazil. This was largely in response to the revelations of spying in other countries. However, for this to occur, the Brazilian government would need to provide

better market conditions, in terms of lower taxes and electricity rates, for data centers to locate in Brazil. In any event, this subject generated a concession to enable the law to be approved. The final text, negotiated between the rapporteur in the Chamber of Deputies, Federal Deputy Alessandro Molon, and the allied base supporting the bill, did not contain this determination. However, the law does require international companies like Google and Facebook to respect Brazilian law related to network transmissions.

The principle of neutrality also prevents that Internet access be fragmented. Providers would like to charge separately for each type of services offered/accessed, so that users could, for example, opt only for access to e-mails. But that proposal would leave a gap for digital exclusion. Telecommunications firms cannot give preferential treatment to determined groups.

The final text of the law assures users of the right to contract different packages (speed, volume of data, etc.), but only if the user can access any type of application regardless of the velocity. This is a provision that assures the rights of consumers to digital inclusion in Brazil.

But without doubt, strengthening to right of privacy of Internet users was the most important point envisioned for the Civil Framework Act, as stated in the report on the bill that led to the law, written by its rapporteur. The Act specifies that personal communications and data of users stored in Brazil are inviolable except by court order. Thus, the secrecy of users' communications is now stronger under the law. The Act is an advance in guaranteeing preservation of the intimacy, private life and honor of users. For example, users have the right to opt out regarding supply of their online navigation data to third parties. Therefore, personal data such as name, address and telephone number may not be supplied to third parties by the service provider without the user's permission, except in case of a judicial order. The Act also specifies that the personal data of users must be definitively erased when so requested, such as when they decide to end a profile in a social network.

The Act requires service providers to supply clear information to users about the treatment that will be given to personal data, at the moment of contracting the service, and states that contracts that fail to respect the basic tenets of privacy will be null, besides establishing that Brazilian law shall apply to disputes regarding data disclosure even if the data are stored outside Brazil.

After approval of the Civil Framework, hopes among privacy proponents were high over approval by Congress of a Personal Data Law, affording broader protection, also including consumer relations beyond the Internet. The bill would create a regulatory agency to oversee the compliance with privacy rules. Unfortunately, this bill has not yet been approved.

The Civil Framework includes an article on vengeance pornography, a type of online offense where a former sexual partner publishes images of sex with the victim without authorization. Unfortunately, this is very common in Brazil, and there is no specific rule on this behavior in criminal law, so that victims largely have to rely on civil

remedies.

This disposition is included in Article 21 (amended in relation to the original bill), according to which providers are residually liable for disclosure, without authorization of the participants, of images, videos or other materials containing scenes of nudity or sex acts of private character, when after receiving notification from the participant or legal representative thereof, they fail to diligently block the content within the ambit and technical limits of their service. However, to the chagrin of female lawmakers, the final text changed the term *offended party* to *participant*.

Therefore, access providers do not have primary (or joint and several) civil liability for damages caused by the content generated by their users. However, the Civil Framework states that the provider will be liable if after receiving a court order to remove material it fails to do so. The companies must also contact the user responsible for posting the material to explain the reasons for removal.

The Civil Framework, in regulating the removal of content from the Internet, transferred this responsibility to the judiciary, depriving service providers of discretionary power to do this at their own behest. Before passage of the Act, because of the absence of rules, providers were able to decide on removal or not of content.

Despite the Act, service providers continue to reveal secret and intimate information about their users. The cold calculation is that profit outweighs the ethical principles that should guide all activity.

Therefore, it is essential for political debate, prodded by public opinion (including through public hearings), to reach a collective construct to protect citizens against the constant technological aggressions to their intimacy, especially the massive use of informatics for this purpose.

The computer has unquestionably become a wonderful tool to manipulate huge databases. Today it is possible to learn all the transactions related to the life of a citizen, previously protected by the simple fact of being *hidden* in the crowd, *sheltered* by anonymity. To a certain extent, this represents a return to pre-industrial society, in which most people lived in small rural communities where privacy basically did not exist.

A particularly sticky issue triggered by the advance of information technology involves the guarantee of freedom of expression. While on the one hand, people now have the means to express themselves to global audiences at the mere click of a mouse, on the other hand the Internet Framework Act establishes that anyone can notify the provider to demand removal of content that is inaccurate or denigrating, or face the possibility of a civil suit. This puts the provider in the position of having to weigh the right of freedom of expression against the right to privacy. To be on the safe side, the company hosting the site, blog or social network often practices a type of *private censorship*, fearing a possible lawsuit. However, the provider can only be held civilly liable for content posted by third parties if it disobeys a court order to remove the comment in question.

3. The constitutional topography of the theme in Brazilian law

In the ambit of Brazilian constitutional law, it is necessary to assure effectiveness of the existing rules on fundamental rights and freedoms. In the specific case of privacy, it is necessary to conciliate the right to free circulation of information in society with the need to protect individual values, rights and liberties. In the structural field, the objective should be to establish limits on the storage of personal data, as well as legal guarantees to enable individuals to defend themselves against public and private automated databases.

Besides this, it is necessary to allow people the right of access to their personal information, with the possibility of deleting or correcting information that is erroneous or was gathered improperly. The corollary to this is the right of individuals to sue for compensation in case of transgression of their rights.

With a few exceptions, in countries where privacy is controlled by law, besides the requirement for public registration of databases about individuals, five fundamental rights of individuals are recognized regarding informatics: the right to privacy, consisting of the limitation on the use of information only for specific purposes and with authorization; the right to confidentiality, seeking to deter illegitimate access to information about third parties; the right of access to people's own information, to allow them to identify and correct errors; the associated right to correct and possibly delete inexact information, since such information has no legitimate use; and the right to a time limit on potentially damaging information, considering the lapse of time and need not to perpetuate mistakes.

With the Constitution of 1988, Brazil enshrined the inviolability of the secrecy of data, listed among the fundamental guarantees of Article 5 (in numeral XII). Likewise, it included the right to privacy as one of the fundamental rights (numeral X).

Before the Constitution of 1988, there was no legal provision regarding the inviolability of the right to privacy. This inclusion was certainly prompted to some extent by the development of informatics. However, this inviolable right does not cover the data themselves, only their communication (freedom of denial).

On the other hand, the right of access to information is assured in two items of Article 5 of the Constitution: numeral XIV – *all persons are assured of access to information and protection of the secrecy of the source, when necessary for the exercise of a profession; and numeral XXXIII – all persons have the right to receive from public entities information of private interest to such persons, or of collective or general interest, which shall be provided within the period established by law, under pain of liability, except for the information whose secrecy is essential to the security of society and of the State.*

The right of access to information is given teeth in the Constitution in Article 5, numeral LXXII, regarding the right to sue public authorities to obtain a writ of habeas data. However, this only applies to data in possession of the government, so it does not

resolve the question of private databases.

In the final analysis, then, with the promulgation of the Constitution of 1988 and the enactment of Law 12.965 in 2014, the use of the Internet in Brazil is specifically regulated, based on principles, guarantees, rights and duties for those who use the web, along with guidelines for the actions of the government. Brazilians are assured of several rights that are internationally acclaimed, such as: the right to privacy (through combination of Article 5, numerals X and XII, of the Constitution), the right of access to personal information (Article 5, numerals XIV, XXXIII and especially LXXII), the right of correction and possible exclusion of imprecise information (Article 5, LXXII, “b”), the right of confidentiality (protected indirectly by Article 5, X), and the right of lapse of potentially damaging information (right to be forgotten).

4. Conclusion

Without doubt, the main conquest of Brazilian citizens regarding the right to information access came with the establishment of habeas data (Article 5, LXXII). Unfortunately, this constitutional guarantee is largely ineffective for lack of follow-on enabling legislation.

In the final analysis, informatics, like any technology, can be used for honorable or dishonorable purposes, according to the intentions of the user. In this sense, it is worthwhile recalling the slogan of the National Rifle Association:

“Guns don’t kill people, people kill people.”

In the same way, the computer, in honorable hands, is a hugely beneficial instrument to mankind. But in unscrupulous hands, it can become an instrument of destruction.

Bibliography

- AIETA, Vânia Siciliano, 2014, “Marco Civil da Internet e o Direito à Intimidade” in *Marco Civil da Internet*, Ronaldo Lemos (coord.), Editora Atlas, São Paulo, pp.695-711.
- _____, 1997, *A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro.
- ALDERMAN, Ellen e KENNEDY, Caroline, 1995, *The Right to Privacy*, Alfred A. Knopf, New York.
- AOKI, Erica, 13 de abril de 1996, “O espaço cibernético”, Folha de São Paulo, Caderno 3, São Paulo, pág.2-3.
- AUTETTA, Tommaso A., 1978, *Riservatezza e Tutela della Personalità*, Giuffrè, Milano.
- BENN, Stanley I, 1971, *Privacy, Freedom and Respect for Persons*, Nomos XIII 56.

- BLOUSTEIN, E., 1964, *Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser*, 39 N Y U Law Revue.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira, 1995, *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*, Editora Forense, Rio de Janeiro.
- DEL MASSO, Fabiano, GONÇALVES, Rubén Miranda y FERREIRA, Rui Miguel Zeferino, “A (Re)Invenção do Estado do Século XXI: O Regresso ao Liberalismo como Suporte do Sistema Democrático” *Revista Internacional Consinter de Direito*, Vol. I, 2015, pp. 306 e ss.
- DOTTI, René, 1980, *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.
- DUCHACEK, I., 1976, *Derechos y libertades en el mundo actual*, trad. cast. de O. Montserrat, IEP, Madrid.
- FARIAS, Edilsom Pereira de, 1996, *Colisão de Direitos*, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1996.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, vol. 1, out./dez.de 1992, *Sigilo de Dados: O Direito à Privacidade e os Limites à Função Fiscalizadora do Estado*, Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, Revista dos Tribunais, São Paulo.
- FRANCESCHELLI, Bruno, 1960, *Il Diritto alla Riservatezza*, Jovene, Napoli.
- GAGLIARDI, Pedro Luiz Ricardo, 1981, *A Privacidade e os Computadores: Aspectos Penais- dissertação de mestrado - Orientador: Dr. Ricardo Antunes Andreucci*, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- GONÇALVES, Rubén Miranda “El defensor del pueblo español como institución garante de los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos”, *O direito constitucional e o seu papel na construção do cenário jurídico global*, Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, Barcelos, pp. 205-215.
- _____ “La resolución de conflictos de los ciudadanos con la administración pública a través del defensor del pueblo. Aproximación a las figuras del ombudsman español y portugués” *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, v. 26, núm. 28, 2016, pp. 209-226.
- GROSS, Hyman, 1976, *Privacy - its legal protection*, Oceana Publications, Inc, Dobbs Ferry, New York
- HIXSON, Richard F., 1987, *Privacy in a Public Society - Human Rights in Conflict*, Oxford University Press, Oxford.
- LANGS, Edward F., spring 1996, *The Incredible Internet - Who owns it? Who controls it? Who pays for it?*, Hot Points, Miller Canfield Paddock and Astone, PLC, vol. 4, número 1, pág.4-5, Chicago.
- LEITE, Julio Cesar do Prado, 1º e 2º semestres de 1985, *Direito à Intimidade e*

- Informática, Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, Ano XIX, nºs 64 e 65, Rio de Janeiro.
- ROVERE, Richard H., 1971, Invasão da Intimidade: A Tecnologia e as Reinvidicações da Comunidade in *O dilema da Sociedade Tecnológica*, Editora Vozes Ltda, Rio de Janeiro.
- ROVIRA VINAS, Antonio, jul./sep.1992, Reflexiones Sobre el Derecho a la Intimidad en Relacion con la Informatica, la Medicina y los medios de Comunicacion, Revista de Estudios Políticos, Madrid.
- SENNETT, Richard, 1988, *O Declínio do Homem Público - As Tirantias da Intimidade*, tradução de Lygia Araújo Watanabe, Companhia das Letras, 4ª Reimpressão, São Paulo.
- VASCONCELOS, Antonio Vital Ramos de, 1995, Proteção Constitucional ao Sigilo in *Uma Vida Dedicada ao Direito*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.
- VIEGAS, João Francisco Moreira, jan/mar.1995, Gravações Telefônicas Como Prova da Infração dos Deveres Conjugais, *Justitia*, vol. 57, n. 169, pg. 70 a 76, DF.
- WACKS, Raymond, 1989, *Personal Information - Privacy and the Law*, Clarendon Press, Oxford.
- WAGNER, Wienczslaw J, avr, juin/1965, Le droit à l'intimité aux États-Unis in *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris.
- XAVIER NETO, Francisco de Paula, abril/1993, *Só Judiciário Garante a Defesa da Intimidade*, Boletim Informativo - Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris, vol. 5, n. 12, p. 1701, Curitiba.
- ZAMBRANO, Alicia, 1986, *Derecho a la Intimidad y a la Vida Privada: Bibliografía preparada por Alicia Zambrano, Rosario Valenzuela, Mariana Wiegand*, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago de Chile.
- ZELERMYER, Willian, 1959, *Invasion of Privacy*, Syracuse University Press, New York.

A EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS CULTURAIS E O PAPEL DO ESTADO NO FINANCIAMENTO DA CULTURA

Cácia Pimentel¹

1. Apresentação do tema e caracterização do problema

A Lei 8.313/91, que se convencionou chamar de Lei Rouanet, se propõe a captar e canalizar recursos para facilitar o acesso a fontes de cultura, estimular a regionalização, apoiar e difundir o conjunto das expressões culturais brasileiras. Esse trabalho busca explicar brevemente o funcionamento do Sistema Nacional de Cultura (SNC) e a examinar três situações relacionadas às políticas públicas culturais no Brasil.

Primeiramente, o estudo analisa o papel do Estado nas políticas públicas culturais, em referência às classificações de Teoria do Estado. Em seguida, o trabalho observa o fenômeno da difusão das políticas públicas culturais no Brasil após a edição da Lei 8.313/1991. Por fim, passa-se a uma verificação da efetividade das políticas culturais no país, em especial quanto à Lei Rouanet. O período estudado compreende os anos de 1991 a 2015.

Esse estudo busca compreender, de forma mais acurada, o papel do Estado como agente formulador de políticas públicas. Deve o Estado ser provedor direto ou regulador? Quando o Estado se torna mais efetivo: como financiador ou como condutor/mediador de um processo de transformação?

Assim, o estudo expõe os conceitos teóricos de Estado, seja sob a ótica do Direito seja pela da Ciência Política. Em seguida, examina como essas diversas interpretações teóricas podem impactar a forma de abordagem e de concessão das políticas culturais, trazendo um encargo financeiro maior ou menor para o Estado.

Por fim, o artigo demonstra que a Lei 8.313/91 foi emulada pela maioria dos Estados-membros. Sem um estudo prévio da efetividade do mecanismo da renúncia fiscal utilizado pela lei federal, diversas leis de incentivo à cultura surgiram nos estados-membros na esteira da Lei Rouanet.

Para caracterizar a ocorrência da difusão, apresentam-se os contornos teóricos e conceitos de difusão conforme preconizados pelos expoentes da matéria, além da análise do conteúdo da lei federal e das leis estaduais com o fim de demonstrar qual dos mecanismos de difusão estão presentes, a saber, emulação, aprendizado, competição ou coerção.

¹ Doutoranda em Direito pela Universidade Mackenzie em São Paulo; Mestre em Direito pela *Cornell University Law School* (NY-USA, revalidação pela Universidade de Brasília - UnB); pós-graduada pela FGV-DF em Direito Econômico e das Empresas. Graduada em Direito pela UnB. Pesquisadora na Universidade de Cornell de junho/2007 a junho/2009, nas áreas de contratos internacionais e empresariais, arbitragem internacional e OMC. Professora de Direito. Gerente de Prestação de Contas do Ministério da Cultura entre 2013 e 2017. Advogada sob nº 11.726 - OAB/DF. Email ccp25@cornell.edu

Com isso, chega-se à última parte desse estudo, na qual se busca comprovar a necessidade de se examinar a efetividade da Lei Rouanet e das demais leis estaduais sobre renúncia fiscal na área cultural.

2. O Sistema Nacional de Cultura

A Constituição Brasileira de 1988 estabelece como competência comum e concorrente da União, Estados, Municípios e Distrito Federal proporcionar os meios de acesso à cultura (arts. 23, V; 24, VII e IX). O art. 216 afirma que os bens de natureza material e imaterial constituem patrimônio cultural brasileiro, incluindo as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as criações científicas, artísticas e tecnológicas, as obras, objetos, documentos, edificações, os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

A Constituição Federal autoriza, ainda, aos Estados e ao Distrito Federal vincular ao fundo estadual de fomento à cultura até 0,5% de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, mas vedada a utilização dos recursos para o pagamento de despesas de pessoal e outras despesas não finalísticas (art. 216, Parag. 6º, pela redação da EC 42, de 2003).

Percebe-se uma preocupação do constituinte com a preservação da diversidade cultural brasileira, destacando como prioridade o patrimônio artístico cultural brasileiro e com a preservação dos sítios históricos, como os dos quilombolas.

A Emenda Constitucional n. 71, de 2012, alçou ao nível constitucional o Sistema Nacional de Cultura (SNC), mas com um enfoque diferenciado. O art. 216-A institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas culturais, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais. Estabelece princípios, como o fomento à produção, difusão e circulação de bens culturais, o da transversalidade das políticas culturais, autonomia dos entes federados e das instituições da sociedade civil, democratização dos processos decisórios, descentralização articulada e pactuada da gestão, dos recursos e das ações e ampliação progressiva dos recursos contidos nos orçamentos públicos para a cultura.

O Conselho Nacional de Políticas Culturais (CNPC) faz parte da estrutura do SNC. É um órgão colegiado permanente, de caráter consultivo e deliberativo, com a finalidade de propor a formulação de políticas públicas de cultura para promover a articulação e o debate do desenvolvimento e o fomento das atividades culturais nos diferentes níveis de governo e da sociedade civil organizada.

A Comissão Nacional de Incentivo à Cultura (CNIC) é composta por um colegiado multissetorial, que analisa as propostas de projetos do Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronacs) em reuniões mensais. Os projetos são enquadrados em segmentos culturais segundo as definições da Lei Rouanet e regras do Decreto nº 5.761/2006.

a) A Lei Rouanet

A Lei 8.313/91 criou o Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac), com os seguintes mecanismos: Fundo Nacional da Cultura (FNC), Incentivo Fiscal a Projetos Culturais (renúncia fiscal ou mecenato) e Fundos de Investimento Cultural e Artístico (Ficart). O financiamento do Pronac ocorre por meio do FNC ou de renúncia fiscal. Em 2014, por exemplo, foram incentivados 3.273 projetos culturais, com um montante captado de R\$ 1.320.307.460,89, segundo lançamentos dos “Recibos de Mecenato”.

Por mecenato entende-se o mecanismo que possibilita que contribuintes de tributos como Imposto de Renda transfiram parte do valor devido para o financiamento de projetos culturais aprovados por uma comissão. No caso das políticas culturais de âmbito nacional, a comissão responsável é a CNIC. Os recursos são referentes aos aportes financeiros feitos pelos incentivadores, pessoas físicas e jurídicas, os quais, autorizados pela Lei 8.313/91, repassam parte das verbas tributárias ao proponente.

O FNC é um fundo público de natureza contábil, cujo objetivo é fomentar projetos culturais compatíveis com o Pronac. Os recursos podem ser concedidos para programas setoriais, seja por edital, seja para propostas culturais que não se enquadram em programas específicos, mas que, sob uma ótica subjetiva, possam ter afinidade com as políticas do setor cultural.

O Ficart foi previsto pela Lei Rouanet para a constituição de fundos de investimento cultural e artístico, sob a forma de condomínio, sem personalidade jurídica, que podem ser usados na produção comercial de espetáculos teatrais, música, circo, edição comercial de obras relativas às ciências, às letras e às artes, construção e restauração de ambientes culturais e outras atividades comerciais ou industriais de interesse cultural. O funcionamento deveria ser disciplinado pela Comissão de Valores Mobiliários, porém esse mecanismo não foi efetivado. Entre os principais motivos, pode-se destacar o fato de ser um investimento privado sujeito aos riscos do mercado, em contraposição ao mecenato para projetos comerciais, que não traz esses riscos.

Desses três mecanismos, o Incentivo a Projetos Culturais foi o que teve maior crescimento, o que exigiu do Ministério da Cultura a criação da Secretaria de Fomento e Incentivo à Cultura – SEFIC, para a adoção e controle de procedimentos processuais para a autorização de captação de recursos por meio de mecenato e para a análise das prestações de contas dos projetos executados. Dependendo do enquadramento, o patrocinador poderá deduzir até 100% do valor investido no imposto devido, desde que respeitado o limite de 4% do imposto devido para pessoa jurídica e 6% para pessoa física. Por exemplo, uma empresa que tenha um imposto devido na ordem de R\$ 10 milhões, poderá incentivar até R\$ 400 mil, valor integral da renúncia fiscal dedutível.

As principais críticas ao mecanismo residem na possibilidade de investimento em atividades culturais com retorno comercial, no gerenciamento do investimento dos impostos pelo próprio contribuinte (e visibilidade publicitária) e na maciça concentração dos incentivos na região Sudeste. A Instrução Normativa MinC n. 01/2017 tenta trazer algumas correções incrementais ao sistema, mas ainda é cedo para se avaliar o alcance de sua efetividade.

Por fim, o Procultura é um projeto de lei (Projeto de Lei n. 6.722, de 2010) que institui o Programa Nacional de Fomento e Incentivo à Cultura em substituição à Lei Rouanet. Esse projeto prevê um novo formato para o financiamento das políticas culturais, em que parte do fundo cultural deve ser destinada a financiar iniciativas em centros menores, com o fim de diminuir a concentração das iniciativas nos maiores eixos. Há pontos muito subjetivos no projeto de lei, especialmente quanto à falta de critérios objetivos para a seleção dos projetos financiados e distribuição equânime dos recursos entre as regiões do país.

Assinale-se que o que se objetiva nesse trabalho é explicar o mecanismo central de fomento cultural ligado à renúncia fiscal, sem esgotar todas as iniciativas setoriais, como, por exemplo, o Vale Cultura, os Pontos de Cultura e os regulamentos menores inscritos em instruções normativas.

3. Impacto das teorias de Estado na definição do papel do Estado como agente de formulação de políticas públicas

As teorias de Estado que residem na intersecção do Direito e da Ciência Política permitem uma análise do impacto econômico das várias formas de abordagem e aplicação de políticas públicas culturais. Para se perceber esse fenômeno, deve-se preliminarmente revisar alguns conceitos teóricos e classificações do Estado.

Para a compreensão do Estado e suas relações, é necessário estudar suas instituições e suas complexidades, além de elementos como Povo, Território, Soberania, Legitimidade, Poder. O foco deste trabalho, no entanto, vai além dessas concepções axiológicas – já devidamente esclarecidas pelos cabedais teóricos – e procura compreender que a forma de intervenção do Estado na ordem social contemporânea – especialmente no que se refere às políticas culturais – pode trazer consequências econômicas benéficas ou malévolas, em consideração às restrições orçamentárias e às chamadas escolhas trágicas². Para isso, revisam-se brevemente as teorias de Estado sob a ótica da Ciência Política e do Direito.

² Informativo STF 579 “Essa relação dilemática, que se instaura na presente causa, conduz os Juízes deste Supremo Tribunal a proferir decisão que se projeta no contexto das denominadas “escolhas trágicas” (GUIDO CALABRESI e PHILIP BOBBITT, “Tragic Choices”, 1978, W. W. Norton & Company), que nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro”.

A Ciência Política relaciona quatro teorias contemporâneas para o Estado: o Pluralismo, o Elitismo, o Marxismo e o Liberalismo³. O Pluralismo foca nas influências múltiplas na tomada de decisão, inclusive de grupos organizados de interesses diversos. Assim, o Estado pluralista opera sob a interação de múltiplas forças, ou seja, o governo e as políticas públicas são organizados sob um ambiente de diversidade e dispersão de poder. O pensamento pluralista sustenta a noção de que a diversidade é um bem social que previne a dominância de uma ideologia particular. Para a teoria, o Poder deve ser difuso, e não acumulado pelo Estado⁴.

Os neopluralistas aceitam a ideia da predominância de certos grupos nas arenas políticas, por exemplo, do grupo de empresários sobre consumidores⁵. Lowi sustenta que os grupos de interesse constituem estruturas de privilégio que excluem o público das arenas de *policy-making*⁶. Lindblom também reconhece que os empresários desfrutam de recursos extras na esfera política.

Para os elitistas, o Estado é controlado por uma única elite unificada: a classe dominante. É de Schumpeter o duro argumento de que a incapacidade do homem comum de tomar decisões na área das políticas públicas faz com que seja necessária a atuação de uma elite minoritária. Gaetano Mosca argumenta que as elites são inevitáveis, considerando que em todas as sociedades se percebe a ditadura da maioria pela minoria⁷.

Mosca e Pareto explicam o processo de circulação das elites. As elites não devem ficar ossificadas ou petrificadas, mas devem sofrer com a força da influência de grupos que chamam de “contraelites”, como, por exemplo, os movimentos trabalhistas e partidos socialistas que surgiram no início do Século XX. A força dos movimentos das contraelites pode ser sufocada, forçada ao exílio, cooptada ou, ainda, alçada ao Poder⁸. Sob essa ótica, um novo grupo que consegue ser alçado ao poder torna-se a nova elite.

A teoria Marxista apoia-se na ideia de que a política se reduz à economia, de modo que a classe econômica dominante é também a classe política dominante. Por isso, o Estado é estruturado e operado pelos controladores da economia, de modo a servir aos seus próprios interesses. Essa dinâmica só poderia ser alterada com a superação do capitalismo. Para Engels, a revolução proletária permitiria a conversão dos meios de produção em propriedade do Estado. À serviço do proletariado, o controle das estruturas permitiria uma harmonização da sociedade. E, ao final, o Estado perderia sua finalidade e desapareceria⁹.

Nicos Poulantzas assinala que toda teoria política de Estado, desde Max Weber, ou é diálogo com o Marxismo ou prende-se a ele. Entende que não se pode negar a relação

³ Dryzek e Dunleavy (2009).

⁴ Hay (2006).

⁵ Dunleavy e O’Leary (1987).

⁶ Lowi (1969)

⁷ Hay (2006), p. 43.

⁸ Dryzek e Dunleavy (2009), p. 6.

⁹ Bonavides (2015).

entre o poder e as classes dominantes. Segundo Engels, para que as diferentes classes não consumam a si mesmas nos seus conflitos econômicos, é necessário que haja um Poder acima da sociedade para moderar os conflitos e mantê-los nos limites da ordem. Esse Poder que emerge da sociedade, mas mantém-se acima dela e que dela se afasta cada vez mais, é o próprio Estado¹⁰.

O autor apresenta uma indagação importante para esse estudo: no caso de uma ascensão da esquerda ao poder, quais seriam os limites da intervenção do Estado na Economia? Pela teoria socialista, explica Poulantzas, a tarefa indispensável seria a da transformação radical do aparelho econômico para que se permita cercar os dispositivos de resistência do poder burguês no seio do Estado, de modo que essas intervenções guardem um caráter socialista¹¹. Nesse sentido, as medidas econômico-sociais para uma transição para o socialismo não devem se apoiar exclusivamente no Estado, mas “conclamar, no espaço econômico, igualmente a iniciativa das massas populares, pelas formas de democracia direta na base e pelos núcleos autogestores”. E conclui:

“A modificação da relação de forças no seio do Estado diz respeito ao conjunto de seus aparelhos e seus dispositivos: não diz respeito apenas ao parlamento ou, como exaustivamente se repete hoje em dia, aos aparelhos ideológicos do Estado, considerados detentores doravante do papel determinante no Estado atual. Esse processo se amplia igualmente e em primeiro lugar, aos aparelhos repressivos de Estado, aqueles que detêm o monopólio da violência física legítima: o exército e particularmente a polícia”.

Por fim, o Liberalismo, sob o prisma Político, representa o papel do Estado Liberal de garantir os direitos do indivíduo contra o poder político e, para atingir esta finalidade, exige formas de representação política. Para que o empreendedorismo de Schumpeter possa prosperar, permitindo o desenvolvimento econômico, é necessário que o Estado propicie as necessárias condições de dinamismo e criatividade.

A teoria Liberal pode ser dividida em quatro momentos importantes. Primeiro, sob os ensinamentos de Adam Smith até o início do Século XIX, com a ideia de que cabe ao Estado apenas facilitar o crescimento do comércio e da indústria, com respeito à liberdade econômica e à propriedade privada. Em seguida, até o fim da Primeira Guerra Mundial, o liberalismo se preocupa em conter as manifestações socialistas, por meio da provisão de educação, pensões e regulação trabalhista.

O terceiro momento do Liberalismo compreende as décadas de 1930 a 1970 e é marcado pelo “New Deal” de Roosevelt e a teoria intervencionista de John Maynard Keynes, para quem a melhor forma de combate à recessão econômica é o planejamento do Estado pelo controle da economia, do emprego e do aumento do gasto público.

Em oposição à Keynes, o austríaco Hayek é o principal representante do quarto período. Ele pregava que a liberdade é garantida por meio de leis justas e cortes imparciais. Hayek assinalava que o mercado – e não governos – provê o melhor ambiente

¹⁰ Hay (2006), p. 62.

¹¹ Poulantzas (1980), p. 226.

para gerar e disseminar conhecimento, inovação e investimentos. Friedman, outro economista antikeynesiano, ressaltava que os governos deveriam gerenciar a economia apenas no que se refere à emissão de moeda. Bobbio explica que o Liberalismo deixa com o Estado apenas a tarefa de garantir a lei comum para todos, bem como a função de órgão equilibrador e incentivador de iniciativas autônomas da sociedade civil.

Em resposta aos modelos Socialista e Liberal, o Estado do Bem-Estar (Estado Providência, *Welfare State* ou Estado Assistencial) surge durante o segundo período do Liberalismo, especialmente após a crise econômica do período entre guerras. O americano Franklin Roosevelt apresenta uma inovadora forma de intervenção estatal por meio de políticas públicas que fomentassem o emprego e o mínimo de renda para aprimorar as condições de vida das famílias americanas. Esse modelo de Estado garante tipos mínimos de renda, com impactos econômicos já descritos na teoria de Maynard Keynes. Os economistas que abraçaram essa visão têm, em geral, um diálogo com as ciências sociais. Como exemplo, pode-se citar Keynes e Myrdal. Outros, como Claus Offe, Esping-Andersen, e Richard Titmuss, partem primariamente da Sociologia.

Historicamente, Norberto Bobbio apresenta como exemplo de Estado do Bem-Estar a política posta em prática na Inglaterra após a Segunda Guerra Mundial pelo relatório do britânico Beveridge (1942), que aprovou providências no campo da saúde e da instrução, garantindo serviços iguais para seus cidadãos, independente da renda. Para Bobbio, o que distingue o Estado assistencial de outros tipos de Estado não é tanto a intervenção direta das estruturas públicas na melhoria do nível de vida da população, mas também o fato de que tal ação é reivindicada pelos cidadãos como um direito (Bobbio, 2000)¹². Ocorre, assim, uma quebra da separação entre o mercado e o Estado (sociedade liberal), permitindo a comunicação entre ambas as esferas. Se o Estado de Bem-Estar Social é de fato um Estado Liberal, Bobbio responde:

“O pensamento político liberal, atualmente, tem consciência de que, para responder ao desafio do socialismo, tem que optar entre o Estado assistencial, forma modificada do velho ‘Estado policial’, que atribui a tarefa de concretizar o bem-estar ou as finalidades sociais a máquinas burocráticas, assumindo, de tal forma, em relação aos cidadãos, uma atitude paternalista, e o Estado reduzido, que responsabiliza os indivíduos — singular e coletivamente — mediante o livre mercado. O Estado assistencial leva irremediavelmente a uma sociedade inteiramente administrada, onde não haveria mais lugar para o Liberalismo. Tal fato determinaria o fim do Estado liberal e o começo do Estado autoritário. Em outras palavras, a tendência do Liberalismo contemporâneo é evidenciar a incapacidade dos Estados burocráticos para resolver a questão social, pelo fatal desvio das organizações das funções prefixadas (formação de uma nova classe agindo em função de seu próprio interesse) e por haver uma contradição intrínseca entre a lógica das máquinas burocráticas e a lógica da participação”¹³.

¹² Bobbio, Dicionário de Política, verbete Estado de Bem-Estar

¹³ Bobbio, Dicionário de Política, verbete Liberalismo

Em 1960, Gunnar Myrdal, um dos arquitetos do Estado de Bem-Estar Social sueco, afirmou que os Estados democráticos estavam se movendo em direção à política do *welfare state*, mas que essa planificação pelo Estado contribuiria para uma desintegração econômica no âmbito internacional. Isso porque o sistema traria falhas na estabilização de preços internacionais e de *commodities* (em razão de práticas protecionistas), o que poderia ser superado se houvesse cooperação internacional.

No entanto, os sinais de crise do Estado do Bem-Estar Social já foram notados quando se percebeu a dificuldade na alocação de recursos pelo Estado. O desequilíbrio fiscal do Estado é entendido como o resultado da incompatibilidade natural entre as duas funções do Estado assistencial: o apoio às reivindicações das grandes organizações de massa, e o apoio à acumulação capitalista que permite a arrecadação estatal e o sustento da despesa pública.

Segundo Bobbio, a explicação é apresentada por dois grupos de autores. Para Offe e Habermas, o Estado assistencial resulta na estatização da sociedade¹⁴.

“Trabalho, rendimento, chances de vida não são mais determinados pelo mercado, mas por mecanismos políticos que objetivam a prevenção dos conflitos, a estabilidade do sistema, o fortalecimento da legitimação do Estado. A vontade política não se forma já pelo livre jogo das agregações na sociedade civil, mas se solidifica através de mecanismos institucionais que operam como filtro na seleção das solicitações funcionais ao sistema”.¹⁵

Esse mecanismo estatal permite, pois, a propagação das ideologias eleitas pelos grupos de interesses infiltrados nas instituições. Continua o autor, afirmando que “partidos, sindicatos e Parlamento atuam como organismos dispensadores de serviços, trocando-os pelo apoio politicamente disponível. Os resultados deste processo são diversos, dependendo do fato de se prever ou não a total extinção da autonomia da sociedade em face de um despotismo administrativo que levaria à total dependência dos indivíduos e dos pequenos grupos dos mecanismos públicos”.

A segunda explicação para a crise refere-se à tese do processo de “socialização do Estado”¹⁶, para a qual a disposição do Estado assistencial de intervir nas relações sociais provoca um enorme aumento nas solicitações dirigidas às instituições políticas, determinando a sua paralisia pela sobrecarga da procura; a competição entre as organizações políticas leva à impossibilidade de selecionar e aglutinar os interesses, causando a total permeabilidade das instituições às demandas mais fragmentadas e a burocratização da vida política. Bobbio conclui explicando que “o desenvolvimento e consolidação do Estado assistencial nos últimos cem anos constituem um processo tão profundo, distanciam tanto esta instituição das que a precederam que tornaram amplamente inadequado o esquema conceptual elaborado pelas teorias clássicas para definir o Estado e as suas funções”.

¹⁴ Offe (1977), Habermas (1975).

¹⁵ Bobbio, Dicionário de Política, verbete Estado de Bem-Estar.

¹⁶ Rose (1978), Huntington e Crozier (1975).

Outra abordagem do Estado Liberal é a do Estado de Direito. Essa ideia emerge ainda no Século XIX como uma construção que limita o Estado a um arcabouço jurídico-legal. Bonavides expressa que o Estado de Direito não é uma forma de Estado em si, mas um *status quo* institucional. Hodiernamente, a doutrina subdivide o modelo em Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito¹⁷.

O Estado Liberal de Direito seria aquele com a função de estabelecer e manter direitos e limites de ação, mas sob um viés de limitação jurídico-legal negativa: garantia do cidadão frente à atuação do Estado, já que a este compete assegurar o livre desenvolvimento das pretensões individuais.

O Estado Social de Direito distingue-se do Liberalismo, pela autorização da intervenção do Estado e a planificação constante na busca pelo bem-estar social. Paulo Bonavides entende ser essa uma alternativa flexível, mas rodeada de obstáculos, como os meios e fins indispensáveis a sua efetiva implantação. Por sua vez, o Estado Democrático de Direito ultrapassa a concepção do Estado Liberal de Direito e objetiva a igualdade como garantia de condições mínimas de vida ao cidadão e à sociedade¹⁸.

A revisão desses marcos teóricos permite concluir que a forte intervenção econômica prevista nas concepções ancoradas no marxismo pode gerar para o Estado um grave impacto financeiro. O aparelho do Estado deve ser não apenas eficaz, mas sobretudo eficiente, em razão da limitação de recursos.

4. Fenômeno de difusão - Mapeamento das leis estaduais de Cultura

A Emenda Constitucional n. 71, de 2012, permitiu que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizem seus respectivos sistemas de cultura em leis próprias. No entanto, já em 1991, logo após o surgimento da Lei Rouanet, percebeu-se um processo de emulação, em que a maioria dos Estados-membros passou a copiar para seus ordenamentos jurídicos a política pública estabelecida pela lei federal.

Antes de se apresentar os dados quantitativos que estabelecem a ocorrência do fenômeno, é necessário tecer algumas considerações teóricas a respeito da difusão de políticas públicas.

O processo de difusão de políticas públicas é o fenômeno pelo qual as políticas públicas são propagadas por meio da mediação social que ocorre nos sistemas políticos, incluindo processos de comunicação e influência que operam entre as populações-alvo. A clássica definição de Rogers apresenta a difusão como o processo pelo qual uma inovação é comunicada por meio de certos canais através do tempo entre membros de um mesmo sistema social.

¹⁷ Bonavides (2015)

¹⁸ Sob essa perspectiva, surge a ideia de uma Constituição Dirigente, ou seja, que vincule o legislador e os agentes públicos aos seus preceitos e direitos sociais. Peter Lerche e J.J. Gomes Canotilho desenvolvem essa ideia de diretrizes constitucionais com imposições ao legislador

Outra definição clássica é a da difusão como um padrão sucessivo ou sequencial da adoção de uma prática, política ou programa, seja entre países ou através de jurisdições subnacionais (Freeman, 2006). Os estudos de difusão iniciam-se em geral pela descrição dos padrões de adoção de certas inovações de *policies* ao longo do tempo. Assim, são analisados os fatores que servem para o processo de propagação. Em relação às políticas domésticas, a difusão afeta principalmente a fase de agendamento, os estágios da ascensão à agenda governamental e, em um grau menor, afeta também a fase de formulação.

É conhecida como Curva “S” (“S-shaped”) o padrão típico de difusão no qual alguns poucos adotam uma inovação em seus estágios iniciais, o grosso da população segue os primeiros adotantes e, por fim, os poucos restantes ficam de fora. Por sua vez, segundo Rogers (2003) a frequência da distribuição dos novos adotantes em um gráfico mostrará um formato de sino (“Bell Shaped”).

A transferência de políticas públicas é o processo pelo qual os conhecimentos sobre políticas, arranjos administrativos, instituições e ideias em um sistema político são utilizados para o desenvolvimento de políticas, arranjos administrativos, instituições e ideias em outro sistema político. A difusão difere-se das transferências de políticas públicas pelo volume de ocorrências observadas ao longo do tempo. Assim, quando A inovador comunica sua inovação para B, pode se afirmar que houve uma transferência, mas ainda não se pode dizer que houve uma difusão. Apenas quando se percebe uma propagação dessa inovação para outros pontos ou sistemas pode-se afirmar a existência da difusão.

Nos casos de difusão entre países, a possibilidade de ocorrer uma difusão de uma determinada política pública aumenta se a proposta advém de um país culturalmente similar. No entanto, outros fatores também são relevantes: valores, afiliações partidárias, interesses eleitorais, opinião pública. Explica-se, assim, a difusão por três aspectos: fatores institucional, cultural e socioeconômico.

O processo de difusão pode ocorrer de quatro formas: competição (probabilidade de um governo adotar ou não uma política pública, com base no comportamento de outro governo), emulação (cópia das ideias presentes na política pública inovadora), aprendizagem (adoção de uma política pública, com base na análise do sucesso dessa inovação) e coerção (adoção de determinada política pública, em razão de condicionalidades ou imposições de terceiros)¹⁹. Richard Freeman complementa, citando Eyestone, que a propensão de um estado adotar uma política depende de três fatores: certas propriedades intrínsecas da política pública, ideologia política do estado e efeitos de emulação (interação entre as partes).

Carlos Aurélio Pimenta Faria destaca que a variável conhecimento merece lugar de destaque, por causa da interdependência assimétrica, da incerteza e da complexidade das questões que demandam uma regulação. Assim, o autor destaca cinco vertentes

¹⁹ Caramani (2014).

analíticas nas políticas públicas: 1. A institucional; 2. A interessada em perceber as formas de atuação e o impacto dos grupos e das redes; 3. As abordagens que dão ênfase aos condicionantes sociais e econômicos no processo de produção das políticas; 4. A teoria da escolha racional; 5. As abordagens que destacam o papel das ideias e do conhecimento (“*abordagem praticamente ignorada no país*”). Assim, o papel das ideias e do conhecimento é crucial para se entender a formação da agenda. Por fim, o autor registra uma divergência no entendimento sobre a abrangência do termo ideia, que poderia ser uma afirmação de valores, uma solução para problemas públicos ou, ainda, símbolos e imagens que expressam identidades públicas e privadas, concepção de mundo e ideologias.

É de Rogers a classificação dos adotantes em cinco categorias: os inovadores, os primeiros adotantes, a maioria dos adotantes, os adotantes atrasados e os retardatários ou não adotantes. Esse processo é bem percebido na emulação da Lei Rouanet pelos estados-membros. A figura 2 mostra a distribuição da adoção ao longo do tempo: no ano de 1991, o Distrito Federal adotou a inovação, embora a publicação da Lei 158 tenha sido publicada antes mesmo da legislação federal paradigma, cujo projeto de lei encontrava-se em discussão no Congresso Nacional. Entre os anos de 1992 e 1994, classificam-se como primeiros adotantes os estados do Rio de Janeiro, São Paulo, Amapá e Pernambuco. Os primeiros adotantes de leis estaduais tiveram o comportamento político influenciado pelo perfil socioeconômico dominante (concentração de produtores e comunidades culturais e de patrocinadores), e alinhamento ideológico com o governo federal: RJ (1992 PDT), depois AP e PE (1993 PFL) e depois SP (1994 PMDB).

Como maioria adotante, entre os anos de 1995 e 1999, encontram-se os estados do Pará, Ceará, Bahia, Piauí, Minas Gerais, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Mato Grosso e Rio Grande do Norte. Por fim, os últimos adotantes, Paraíba, Sergipe, Paraná, Tocantins, Acre, Goiás e Mato Grosso do Sul e, por fim, o estado do Maranhão, como retardatário. Os estados não adotantes foram Amazonas, Rondônia, Roraima, Alagoas e Espírito Santo.

Uma dúvida surgiu durante a análise dos dados das leis estaduais, em referência à qualidade da adoção da inovação pelo Estado do Espírito Santo, ou seja, se se tratava de aprendizado ou de uma nova modalidade de política pública. Isso porque a Lei 10.296, de 2014, do Espírito Santo, institui o Plano Estadual de Cultura e prevê a forma de financiamento e alocação de recursos públicos, no entanto, sem que haja previsão de renúncia fiscal. O mesmo ocorreu com o estado do Alagoas. Alagoas e Espírito Santo adotaram leis de incentivo a cultura em 2002 e 2014, respectivamente, mas que não guardam semelhança com a renúncia fiscal da Lei Rouanet. Sendo assim, decidiu-se por excluir essas leis da análise.

A Lei n. 9.437, de 2011, do Estado do Maranhão, foi a última legislação que surgiu na esteira do modelo federal. Essa lei dispõe sobre a concessão de incentivo fiscal para o contribuinte de ICMs que financiar projeto cultural. Com ela ao final da frequência, percebe-se o formato de sino no gráfico 2.

Os estados não adotantes de legislação de política cultural são Roraima, Rondônia e Amazonas. Uma variável dependente que explicaria a não adoção é o fato de que a renúncia fiscal impõe a necessidade da presença de uma burocracia estruturada para que faça frente à prestação de contas nos processos culturais de renúncia fiscal (Pronacs), possivelmente insuficiente nesses estados-membros. Outro fato relevante é o perfil socioeconômico e a baixa capacidade fiscal, com uma exígua presença de empresas que tenham interesse ou capacidade econômica de financiamento de projetos culturais.

DIFUSÃO ²⁰				
REGIÃO	ESTADO	Ano	LEGISLAÇÃO	Alinhamento Federal
1 - Norte	Rondônia - RO	não adotante	não tem	
1 - Norte	Acre - AC	2005	Lei 1288/99	PT
1 - Norte	Amazonas - AM	não adotante	não tem	
1 - Norte	Roraima - RR	não adotante	não tem	
1 - Norte	Pará - PA	1995	Lei 5885/1995	PSDB
1 - Norte	Amapá - AP	1993	Lei 105/1993	PFL
1 - Norte	Tocantins - TO	2003	Lei 1402/2003	PFL
2 - Nordeste	Maranhão - MA	2011	Lei 9437/2011	PFL
2 - Nordeste	Piauí - PI	1997	Lei 4997/1997	PMDB
2 - Nordeste	Ceará - CE	1995	Lei 12464/1995	PSDB
2 - Nordeste	Rio Grande do Norte - RN	1999	Lei 7799/1999	PMDB
2 - Nordeste	Paraíba - PB	2000	Lei 6894/2000	PMDB
2 - Nordeste	Pernambuco - PE	1993	Lei 11005/1993	PFL
2 - Nordeste	Alagoas - AL	2002		PSB

²⁰ ** no DF a Legislação foi publicada antes da Lei Federal (Lei 8313, de 23 de dezembro de 1991, Lei Rouanet)

* ES: A Lei 10296/2014 do Espírito Santo institui o Plano Estadual de Cultura e cria um sistema de financiamento distinto da lei Rouanet

* AL: A Lei 6292/2002 do Alagoas institui o Fundo de Desenvolvimento de Ações Culturais distinto da renúncia da Lei Rouanet

2 - Nordeste	Sergipe - SE	2001	Lei 4490/2001	PSDB
2 - Nordeste	Bahia - BA	1996	Lei 7015/1996	PFL
3 - Sudeste	Minas Gerais - MG	1997	Lei 12733/1997	PSDB
3 - Sudeste	Espírito Santo - ES*	2014	Lei 10296/2014	PSB
3 - Sudeste	Rio de Janeiro - RJ	1992	Lei 1954/1992	PDT
3 - Sudeste	São Paulo - SP	1994	Lei 8819/1994	PMDB
4 - Sul	Paraná - PR	2001	Lei 13133/2001	PFL
4 - Sul	Santa Catarina - SC	1998	Lei 10929/1998	PMDB
4 - Sul	Rio Grande do Sul - RS	1996	Lei 10846/1996	PMDB
5 - Centro-Oeste	Mato Grosso do Sul - MS	2001	Lei 2366/2001	PT
5 - Centro-Oeste	Mato Grosso - MT	1999	Lei 7179/1999	PSDB
5 - Centro-Oeste	Goiás - GO	2000	Lei 13613/2000	PSDB
5 - Centro-Oeste	Distrito Federal - DF **	1991	Lei 158, de 29.07.1991	PTR

Outro dado merece destaque. A Lei Rouanet foi precedida pela Lei 7.505/86, então conhecida como Lei Sarney, que também previa uma possibilidade de renúncia fiscal parcial em favor de patrocinadores de pessoas jurídicas culturais. No entanto, o mecanismo apresentado pela lei precedente era confuso, com distinção entre patrocínio, doação e investimento, sem explicar ao certo as diferenças dessas categorias. A Lei 8.313, de 23 de dezembro de 1991, restabeleceu os princípios da lei revogada, porém com uma ampla reestruturação da política de incentivo fiscal, com base na renúncia integral de até 6% do imposto de renda dos patrocinadores de projetos culturais. Essa inovação tornou atrativo o patrocínio pelas empresas por meio da renúncia fiscal.

Em resposta ao amplo debate e apoio da comunidade cultural à época, os estados-membros tomaram conhecimento dessa inovação e perceberam sua compatibilidade e consistência com as demandas e valores da comunidade cultural – reconhecidamente

uma classe social de forte influência e engajamento político. Essa seria a vantagem relativa da nova lei.

Assim, ocorreu um claro processo de emulação, uma vez que os estados-membros adotaram a inovação de forma adaptada: ao invés de renúncia de IR (imposto próprio da esfera federal), a renúncia fiscal foi em relação aos impostos de competência estadual, principalmente o ICMs. Mas também se percebem os incentivos políticos advindos pela adoção da inovação: o apoio da comunidade cultural, principalmente em períodos eleitorais, devido ao apoio e engajamento político de artistas das mais diferentes linguagens culturais.

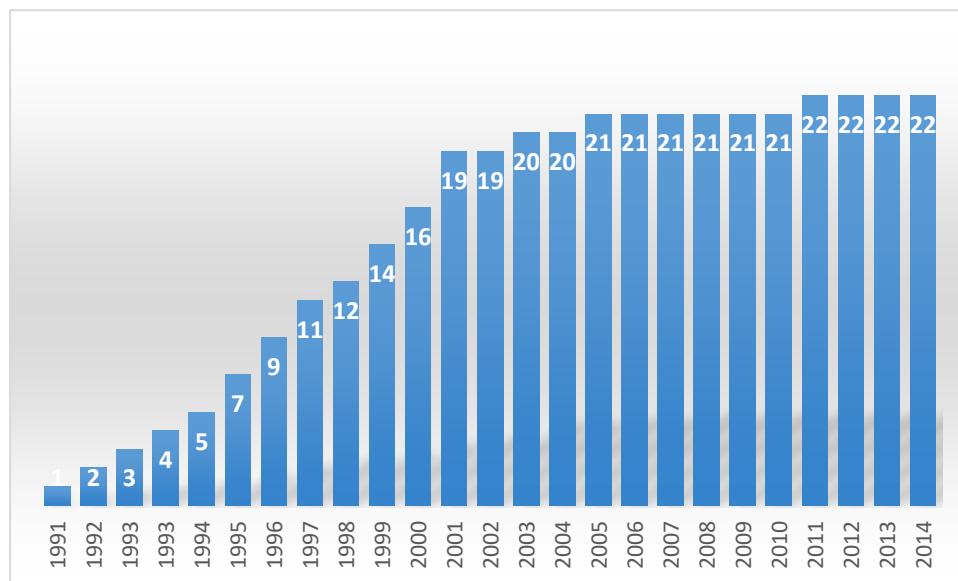


Figura 1. The S-Shaped Curve

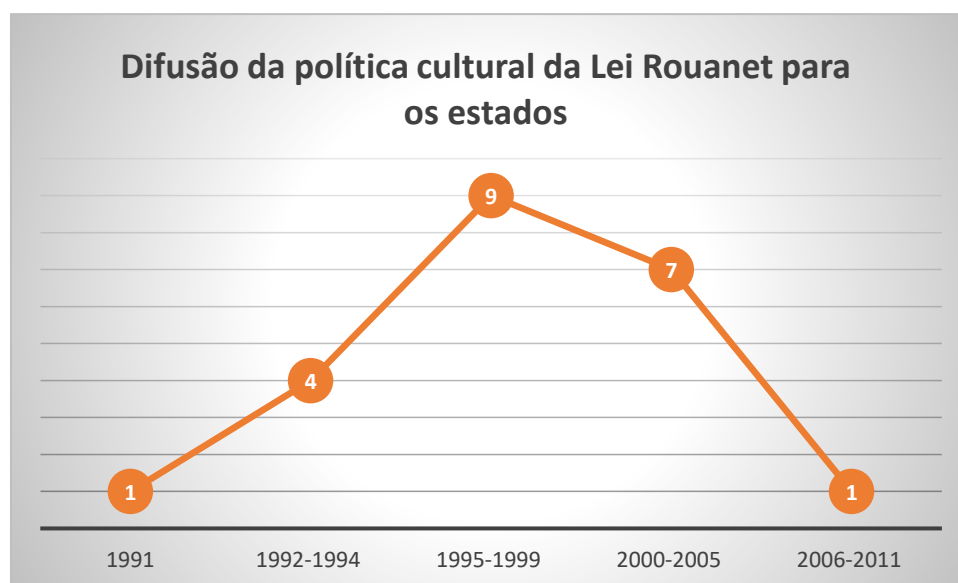


Figura 2. The Bell-Shaped Graphic

Cumpra assinalar que só foram inseridas no desenho da pesquisa as legislações comparáveis, ou seja, que guardam conformidade com a Lei 8.313/91. A adaptação para os estados-membros ocorreu principalmente na previsão estadual de renúncia fiscal de percentual dos impostos constitucionalmente estaduais, principalmente do Imposto sobre Circulação de Mercadorias - ICMS. Nesse sentido, os seguintes estados-membros emularam a lei federal com base na renúncia de parte do ICMs devido, a saber: Acre, Bahia, Ceará, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul, Pernambuco, Piauí, Pará, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo.

O estado do Amapá previu o abatimento fiscal sobre o valor devido para o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores – IPVA e Imposto sobre a Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Bens e Direitos e, ainda, o Imposto Adicional sobre a Renda, Lucros, Ganhos e Rendimentos de Capital. O Distrito Federal permitiu a renúncia de parte do valor devido a título de Imposto sobre Vendas a Varejo de Combustíveis - IVVC, Imposto sobre Serviços - ISS, Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU e Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis - ITBI. Os estados-membros do Mato Grosso, da Paraíba e do Sergipe adotaram o abatimento sobre valores devidos a título de doações, multas, loterias e bingos. Por fim, o Tocantins previu a renúncia fiscal de percentual da receita tributária líquida.

Restou claro no estudo que a maioria dos adotantes aderiu ao processo de emulação da política pública federal de renúncia fiscal em prol de projetos culturais, especialmente no que se refere a abatimento fiscal dos impostos da sua competência. Das 27 unidades federativas, 22 emularam a legislação federal, adotando o procedimento de renúncia fiscal. O estudo permitiu a confirmação do alinhamento ideológico dos estados adotantes com o governo central, com exceção do Acre e do Mato Grosso do Sul (governados pelo PT). Destarte, entre os mecanismos que são potenciais fatores explicativos da difusão do objeto estudado encontra-se a emulação, uma vez que os estados-membros adaptaram o procedimento de renúncia fiscal e, em menor grau, a aprendizagem, uma vez que os adotantes tardios parecem ter percebido o retorno político resultante do apoio da comunidade cultural.

A teoria de difusão permite também considerar que os adotantes tardios podem ter passado por um processo de aprendizagem, pela análise dos ganhos políticos advindos pela adoção da nova política de incentivo cultural por meio da renúncia fiscal. É possível que a adoção tardia tenha ocorrido pela decisão de reivindicar esse crédito político junto à comunidade cultural.

Para todos os adotantes é válida a assertiva de que há incentivo político para a adoção da inovação, não em face de uma competição entre os estados, mas em razão do engajamento político da comunidade cultural. Não raro, atores e músicos aparecem em comícios e propagandas eleitorais, ora em apoio a alguns políticos, ora em repúdio a outros, restando claro o potencial benefício político de se adotar uma política pública que fomenta os programas culturais.

Essa investigação permite concluir que a adoção dessa política não passou por um processo de consideração da política sob o prisma da eficiência, ou seja, não se considerou se os objetivos constitucionais seriam atingidos por meio desse mecanismo de incentivo cultural. De igual modo, não se observou se a norma iria promover o desenvolvimento socioeconômico e a proteção prioritária do patrimônio cultural, por meio de subsidiar a comunidade cultural hipossuficiente. A política pública adotada permitiu o investimento de recursos públicos em manifestações culturais que já possuíam retorno comercial, em detrimento de grupos e regiões sem investimento público nem privado. O Estado deixou, assim, de exercer o papel de fomentar estrategicamente a interação entre mercado e produtor cultural, de modo a estimular o setor cultural na geração de riquezas.

5. Conclusão: impacto econômico da aplicação de duas diferentes visões de Estado na renúncia fiscal nas políticas culturais no âmbito federal

Muitos juristas concordam que a Constituição Brasileira de 1988 foi concebida como uma defesa ao Estado de Bem-Estar Social, mas é certo que o Texto Constitucional concede uma ampla liberdade de organização e aplicação das políticas públicas, uma vez que traça limitações e determinações qualitativas, mas nem sempre quantitativas. Por isso, percebe-se uma inflexão sofrida pelo Estado, a depender da concepção ideológica adotada pelo governo eleito. Isso quer dizer que, por vezes, o Estado adotará medidas mais neoliberais ou mais socialistas, ainda sim respeitando os ditames constitucionais.

A Lei Rouanet, nos quase 25 anos desde sua publicação, permite observar esse fenômeno, uma vez que essa lei rege uma parte significativa das políticas culturais durante os governos de dois grupos ideologicamente distintos.

O período de observação compreende os anos de 1991 (início da Lei Rouanet) a 2015, divididos em dois períodos: o 1º período entre 1991 e 2002 e o 2º período entre 2003 e 2015. No 1º período, os governos eleitos foram de partidos políticos que adotaram, em geral, políticas mais conservadoras e dependentes da conjuntura econômica, ou seja, adotaram uma visão mais liberal de Estado. No 2º período, o governo foi conduzido por um partido político trabalhista, apoiado por outros partidos de visão socialista-marxista. Nesta seara, percebe-se no 1º período um aumento anual da renúncia fiscal até a sua estabilização. No 2º período, o aumento é exponencial, chegando a triplicar. Observe-se o quadro a seguir:

Ano	Qtde Apres.	Qtde Aprov.	Qtde Apoio.	Valor Solicitado	Valor Aprovado	Valor Apoiado
1993	19	10	2	18.710.859,87	13.969.236,77	21.212,78
1994	74	91	7	98.228.196,17	114.775.297,55	533.751,57
1995	1.378	69	153	767.885.258,48	96.043.243,26	41.668.264,65
1996	3.773	2.552	624	2.130.370.530,80	1.612.596.208,73	195.030.104,41
1997	7.535	3.011	1.299	3.694.960.473,06	1.528.013.048,41	330.880.156,33
1998	6.559	3.669	1.258	3.005.725.978,41	1.590.098.542,21	310.451.086,40
1999	8.281	3.346	1.221	3.403.419.394,93	1.495.505.214,92	311.002.975,35
2000	6.406	3.174	1.292	2.710.416.568,51	1.382.569.111,80	461.049.131,24
2001	8.393	2.840	1.540	3.352.307.615,43	1.359.242.185,05	514.264.879,32
2002	8.969	4.476	1.527	4.125.303.358,95	2.272.202.496,64	483.168.167,75
2003	7.163	4.222	1.543	3.901.944.691,33	1.937.670.619,59	461.157.590,14
2004	7.637	5.304	2.041	5.034.932.459,30	2.536.717.914,78	592.570.649,33
2005	12.553	6.739	2.476	8.171.660.147,70	3.251.761.180,95	859.574.583,84
2006	9.766	6.997	2.931	6.127.225.022,67	3.489.017.305,99	932.432.915,30
2007	11.972	6.876	3.232	7.689.261.607,32	3.491.268.734,96	1.230.277.060,63
2008	10.814	7.212	3.163	9.195.256.092,41	4.170.588.300,62	1.098.927.549,77
2009	9.183	5.078	3.041	8.899.965.529,66	3.149.814.814,55	1.137.285.420,69
2010	13.573	7.874	3.417	7.649.683.757,83	5.464.645.117,32	1.457.140.496,99
2011	14.066	7.787	3.752	6.936.703.972,04	5.457.239.672,65	1.351.713.286,78
2012	10.015	6.435	3.587	7.019.714.468,42	5.469.452.614,82	1.302.447.770,31
2013	11.556	6.464	3.480	8.451.742.387,00	5.591.129.414,77	1.331.561.531,68
2014	14.429	6.065	3.325	8.398.530.111,22	5.782.322.096,91	1.352.712.788,88
2015	11.273	5.451	3.147	6.652.075.301,18	5.242.929.694,20	1.213.432.162,69
2016 parcial	1.869	1.433	968	1.684.180.629,32	994.437.249,56	202.267.110,16
Total Geral	197.256	107.175	49.026	119.120.204.412,00	67.494.009.317,00	17.171.570.647,10
Lei Rouanet						

Fonte: Salicnet

A conclusão é a de que a teoria da difusão permitiu demonstrar que a política pública da renúncia fiscal em prol de programas culturais foi disseminada para a maioria dos estados-membros. No âmbito federal, restou clara a tensão dialética entre a teoria que defende uma maior intervenção estatal e a teoria de Estado que projeta o foco da intervenção sobre um espectro menor e pontual, de modo a viabilizar uma alocação mais acurada dos recursos financeiros. O dilema enfrentado pelo empreendedor político será resolvido de maneira diversa a depender da ideologia abraçada por seu governo.

Ademais, embora a Lei Rouanet tenha como proposta a canalização de recursos para facilitar o acesso a fontes de cultura e estimular a regionalização, é certo que esse objetivo não foi atingido. Os Projetos apoiados estão concentrados na região Sudeste, chegando a 81% dos recursos. O dinamismo econômico da região provoca movimentos de migração e de concentração de capital e investimentos, mas como contraparte provoca uma diminuição do investimento nas regiões menos avançadas, o que agrava as disparidades regionais e não atende ao conjunto das expressões culturais brasileiras.

Os recursos financeiros do Estado são dramaticamente escassos e aos agentes políticos cabe o difícil papel da alocação ótima dos recursos. Os impactos financeiros da

difusão da renúncia fiscal para projetos culturais nos estados-membros ainda merecem ser estudados, mas principalmente a legitimidade e efetividade do mecanismo da renúncia fiscal para políticas culturais, em uma perspectiva comparada com outros países.

Referências

- BERCOVICI, Gilberto, 2013, Soberania e Constituição. São Paulo, Quartier Latin, 2ª ed.
- BAGNOLI, Vicente, 2017, Direito e Poder Econômico – Editora Campus, Rio de Janeiro.
- BERTOLIN, Patrícia Tuma; SMANIO, Gianpaolo Poggio (coords.), 2013, O Direito e as Políticas Públicas no Brasil. São Paulo: Atlas.
- BIRGIT, Pfau-Effinger, 2005, Culture and Welfare State Policies: Reflections on a Complex Interrelation –Journal of Social Policy Vol. 34, Issue 1 JANUARY 2005, PP 3-20.
- BOBBIO, Norberto, 1980, A Teoria das Formas de Governo. Brasília: Editora Universidade de Brasília.
- _____, 1980, Dicionário de Política 11ª Edição Editora UnB, versão pdf.
- BORRUP, Tom, 2006, The creative community builder's handbook: How to transform communities using local assets, art, and culture. Saint Paul, MN: Fieldstone Alliance.
- BUCCI, Maria Paula Dallari, 2013, Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas, 1ª Edição, 2ª tiragem, Ed. Saraiva.
- BULOS, Uadi Lammêgo, 2017, Curso de Direito Constitucional. Ed. Saraiva.
- CAMPBELL, Mary Schmidt, 1999, "New Trends in Cultural Policy for the Twenty-First Century.
- CARNOY, Martin, 1984, The State and Political Theory. Princeton: Princeton University Press.
- DE FRANTZ, 2005, *From cultural regeneration to discursive governance: Constructing the flagship of the "MuseumsQuartier Vienna" as a plural symbol of change*. International Journal of Urban and Regional Research 29 (1): 50-66.
- DRYZEK, John S. e DUNLEAVY, Patrick, 2009, Theories of the Democratic State. London: Palgrave Macmillan.
- DUNLEAVY, Patrick e O'LEARY, Brendan, 1987, Theories of the State: The Politics of Liberal Democracy. London: Macmillan Press.
- EVANS, G., 2005, Measure for measure: Evaluating the evidence of culture's contribution to regeneration. Urban Studies 42 (5/6): 17-430.
- EVANS, G.; FOORD, J., 2008, Cultural mapping and sustainable communities: Planning

- for the arts revisited, *Cultural Trends* 17 (2): 65-96.
- FERREIRA, Pedro et al., 2013, *Desenvolvimento Econômico: uma perspectiva brasileira*. Elsevier. Rio de Janeiro.
- FREEMAN, Richard, 2007, *The Oxford Handbook of Public Policy*, Oxford University Press, cap. 17, "Learning in Public Policy"
- FURTADO, Celso, 1984, *Cultura e Desenvolvimento*, Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- GRODACH, C., 2008a., Looking beyond image and tourism: The role of flagship cultural projects in local arts development planning. *Practice and Research* 23 (4): 495-516.
- HAMNETT, C.; SHOVAL, N., 2003, Museums as flagships of urban development. In *Cities and visitors: Regulating people, markets, and city space*, ed. L. Hoffman, S. Fainstein, and D. Judd. Malden, MA and Oxford, UK: Blackwell Publishing
- HAY, Colin; LISTER, Michael; DAVID Marsh, 2006, *The State: Theories and Issues*. New York: Palgrave Macmillan.
- HILL, Michael; HUPE, Peter. *Implementing Public Policy: An Introduction to the Study of Operational Governance* 3rd Edition
- HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony, 2013 *Política pública: seus ciclos e subsistemas – uma abordagem integral*. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 304.
- KAMMEN, Michael, 1996, Culture and the State in America – *The Journal of American History*, Vol. 83, n. 3 (Dec) Oxford University Press pp 791-814
- MARKUSEN, A.; SCHROCK, G., 2006, The artistic dividend: Urban artistic specialisation and economic development implications. *Urban Studies* 43 (10): 1661-86.
- MCGUIGAN, Jim, 2004, *Rethinking Cultural Policy*. England: Open University Press
- MEDAUAR, Odete, 2001, *Direito Administrativo Moderno*, 5a Ed. São Paulo, RT.
- NAYYAR, Deepak, 2013, *A corrida pelo crescimento: Países em desenvolvimento na economia mundial*. Ed. Contraponto. Rio de Janeiro.
- O'NEIL, Patrick. *Cases in Comparative Politics (Fifth Edition)* 5th Edition
- PETERS, Guy., 2015, *The Politics of Public Sector Coordination*. Kansas Press.
- PINTO, Felipe Chiarello de Souza; SANTOS, Larissa Dias Puerta dos, 2017, A atuação estatal desempenhada para fomentar o desenvolvimento brasileiro. *Justiça do Direito (UPF)*, v. 31, p. 170-187.
- SIQUEIRA NETO, José Francisco ; MENEZES, Daniel Nagao, 2017, *Ensaio de Economia Criativa e Colaborativa e sua Regulação*. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes.
- SOUZA, Celina, 2006, *Políticas Públicas: Uma revisão da literatura*. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez, p. 20-45

- SUSDFELD, Carlos Ari, 2000, *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo, Malheiros.
- SWYNGEDOUW, E. et al., 2002, Neoliberal urbanization in Europe: Large-scale urban development projects and the new urban policy. *Antipode* 34 (3): 542-57.
- TANAKA, Sonia Yuriko (coord.), 2012, *Panorama Atual da Administração Pública no Brasil*. São Paulo: Malheiros.
- ZITTOUN, Phillippe, 2014, *The Political Process of Policymaking: A Pragmatic Approach to Public Policy (Studies in the Political Economy of Public Policy)*, Palgrave.
- LIDBLUM, Charles Edward, 2002, *Politics and Markets: The World's Political Economic Systems (Hardcover)* e *The Market System: What It Is, How It Works, and What to Make of It*.
- ROGERS, Everett, *Diffusion of Innovations*, 5th Edition, Free Press.
- SHIPAN, Charles e VOLDEN, Craig, 2008, in *The Mechanisms of Policy Diffusion*, *American Journal of Political Science*, vol. 52, n.4, Oct, pp 840-857.
- Catálogo Mecenato Cultural no Brasil – Setembro/2008 a setembro/2015
- Organização das Nações Unidas
- Tech Museum of Innovation – Statistics
- Universidade de Columbia
- Universidade de Warwick – Centre for Cultural Policy Studies
- Universidade de Chicago – Cultural Policy Center
- Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura - UNESCO
- Financing the Arts and the Culture in the European Union – Directorate General Internal Policies of the Union - November 2006 pdf
- Public Policy: Preferences and Outcomes 2nd Edition by Christopher Simon (Author)
- World Cities Culture Report (<http://www.worldcitiescultureforum.com/>)
- OCDE - Cultura e Governança no Século XXI
(<https://www.oecd.org/futures/17394484.pdf>)
- www.cultura.gov.br
- www.worldcreative.org

O ACESSO À JUSTIÇA E A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NO CPC À LUZ DO PROCESSO ELETRÔNICO NO BRASIL

Rafael Giordano Gonçalves Brito¹

1. Introdução

Ao observar o curso da história verifica que as transformações sociais, econômicas e políticas trouxeram tantos avanços quantos retrocessos para a sociedade, de tal sorte que fez a ciência jurídica evoluir para acompanhar todas estas mudanças. Entre essas evoluções, destacam-se os direitos inerentes à pessoa humana, sobremaneira após o fim da Segunda Guerra Mundial. A dignidade da pessoa humana se torna mais relevante com o surgimento dos “direitos humanos”, elevando tais direitos ao patamar positivista, no âmbito nacional e internacional.

O acesso à justiça deve ser efetivamente assegurado, segundo Annoni (2008), pois este é o principal dos direitos humanos e pelo seu exercício os demais são reconhecidos. Ressalte-se que, hodiernamente, o termo “acesso à justiça” não diz respeito somente ao fato de o cidadão confiar ao Estado a possibilidade de resolver uma lide, isto é, não se resume ao direito de petição judicial, previsto expressamente no art. 5º, inciso XXXIV, da Constituição brasileira de 1988². Em tempos de neoconstitucionalismo, o acesso à justiça está lastreado pela efetividade – capacidade do Estado assegurar a prestação jurisdicional a que se destina, incluindo aí a razoável duração do processo.

Na lição de Cintra (2015), o acesso à justiça deve permitir ao cidadão defender-se em juízo, sendo-lhe assegurada a efetividade do procedimento judicial, ou seja, todos os princípios e garantias devem ser postos em destaque a fim de traçar um caminho que conduza as partes à ordem jurídica justa. Para tanto, um dos pressupostos de ordem jurídica justa é a razoável duração do processo. No Brasil, a efetividade do acesso à justiça ganha força a partir da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, ao inserir o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição da República que assim determina: «a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação».

Essa abertura de acesso à justiça permitiu que mais pessoas buscassem o Poder Judiciário na tentativa de pleitear direitos, o que aumentou consideravelmente o número

¹ Mestrando em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos (UFT). advrafaelbrito@gmail.com.

² Constituição da República, 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: [...] 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», Brasil (1988), *on-line*.

de processos em tramitação nos últimos anos³ no Brasil. Com efeito, várias foram as inovações legislativas com objetivo de dar fôlego ao sistema de justiça. Nesse espeque, o legislador brasileiro elaborou a Lei nº 13.105, de 2015, mais conhecida como “Novo Código de Processo Civil”, tendo como um de seus objetivos tornar mais célere o trâmite processual. O anteprojeto do Novo Código de Processo Civil evidencia tal afirmação, quando trata das reformas no processo judicial como ações essenciais para a celeridade do Judiciário, que atingem o cerne dos problemas processuais, e que possibilitem uma Justiça mais rápida e, naturalmente, mais efetiva.

Ademais, o Poder Judiciário não mede esforços para ser reconhecido pela sociedade como instrumento efetivo de justiça, equidade e pacificação social. Todavia, não se verifica tais adjetivos, mormente quando considerada a razoável duração do processo. Na tentativa de reverter essa situação, o Judiciário tem se utilizado das tecnologias da informação e comunicação, sendo relevantes alguns sistemas informáticos, tais como: o processo eletrônico (Lei nº 11.419, de 2006) e a videoconferência (Lei nº 11.900, de 2009). A Lei nº 11.419, de 2006, merece destaque, pois regula a informatização do processo judicial. Nesse sentir, importa destacar que, a justiça comum do Estado do Tocantins, por exemplo, eliminou o uso do papel, uma vez que hoje todos os processos judiciais tramitam de forma eletrônica⁴.

O presente trabalho visa fazer uma releitura do acesso à justiça e a razoável duração do processo assegurado pelo (Novo) Código de Processo Civil à luz do processo judicial eletrônico. De tal sorte que na primeira seção há uma reflexão acerca do acesso à justiça. Em um segundo momento, é enfrentada a questão sobre a efetividade da prestação jurisdicional no processo civil brasileiro, seguida pela análise da razoável duração do processo e a possível responsabilização do Estado quanto à sua inefetividade. Por fim, aborda sobre o processo eletrônico no Brasil, apontando algumas qualidades e mazelas.

2. Acesso à justiça

O processo de universalização dos direitos humanos foi deflagrado no segundo grande pós-guerra, ante inúmeras atrocidades cometidas contra o ser humano. Nessa oportunidade, conforme lição de Piovesan (2013), p. 123, os direitos humanos atribuíram

³ De acordo com Conselho Nacional de Justiça (2016), p. 13, «[...] dadas as taxas de judicialização do nosso país não apenas serem das mais altas internacionalmente, como estarem crescendo contínua e incessantemente», fez com que no ano de 2015, mesmo baixando 1,2 milhão de processos a mais do que o quantitativo ingressado, o estoque aumentou em 1,9 milhão de processos, ou seja, 3% a mais em relação a 2014.

⁴ Com a implantação do sistema judicial eletrônico, e-Proc/TJTO, por determinação da Resolução TJTO nº 1, de 15 de fevereiro de 2011, nenhuma petição foi recebida em meio físico, «[...] exceto *habeas corpus* impetrado por pessoa física, não advogado, hipótese em que o Juízo a que for distribuído providenciará a inserção no sistema processual eletrônico», Tribunal de Justiça do Tocantins (2011), *on-line*. Além disso, de acordo com notícia veiculada no sítio do Tribunal de Justiça do Tocantins (2015), no mês de setembro de 2015 foi digitalizado e inserido no sistema e-Proc/TJTO o último processo físico, tornando-se 100% digital.

«[...] ao indivíduo *status* de sujeito de direito internacional, conferindo-lhe diretamente direitos e obrigações no plano internacional». No âmbito nacional, segundo Gomes (2006), encontram-se ratificados e em vigor praticamente todos os tratados internacionais significativos sobre direitos humanos pertencentes ao sistema global. Com efeito, no cenário internacional os direitos humanos garantem a efetivação dos sistemas jurídicos, no qual «a inserção do direito de acesso à justiça no rol dos direitos humanos foi, sem dúvida, uma das grandes conquistas do indivíduo no plano internacional do século XX», Annoni (2006), p. 23. Trata-se, pois, do reconhecimento do direito aos direitos.

É cediço que os direitos humanos se distinguem de direitos fundamentais, isto é, a positivação daqueles no ordenamento jurídico de um Estado, implica no reconhecimento destes. Nesse mote, Olsen (2006), p. 17, citando Robert Alexy, afirma que «direitos fundamentais são essencialmente direitos do homem transformados em direito positivo». Parte da doutrina coaduna com esse entendimento, no qual Sarlet (2015), p. 30 afirma que os direitos humanos são «[...] positivados na esfera do direito internacional», enquanto os direitos fundamentais são «[...] reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado». Há ainda quem prefira a expressão “direitos humanos fundamentais”, a exemplo de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Alexandre de Moraes e Sérgio Rezende de Barros. Nesse contexto, é possível afirmar que o acesso à justiça pertence tanto aos direitos humanos (art. 8º, 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁵) quanto aos direitos fundamentais (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República⁶).

Vale destacar que no passado, o acesso à justiça estava reduzido à possibilidade de pleitear um direito em juízo, ou seja, dizia respeito somente a possibilidade do direito de petição. Verifica-se, portanto, que a expressão “acesso à justiça” remonta à teoria imanentista da ação, para quem é permitido o direito de ação quando o indivíduo puder reagir a uma agressão ou a uma ameaça de agressão. Todavia, na “era dos direitos”⁷ esse entendimento deve ser afastado, pois se assim o fosse, na lição de Oliveira Neto (2015), p. 13, a sociedade estaria «[...] submissa às idiossincrasias de magistrados e a uma

⁵ Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 8. Garantias judiciais: 1. «Toda pessoa tem direito a 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 para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza», Brasil (1992), *on-line*.

⁶ Constituição da República, art. 5º. *Omissis*. [...] XXXV – «a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito», Brasil (1988), *on-line*.

⁷ A “Era dos direitos” é uma obra de Norberto Bobbio, cujo entendimento do autor é no sentido de que independentemente do lugar, os direitos do indivíduo serão sempre universais, porém há diferença entre proclamar e desfrutá-los efetivamente. «Não se poderia explicar a contradição entre a literatura que faz a apologia da era dos direitos e aquela que denuncia a massa dos “sem-direitos”. Mas os direitos de que fala a primeira são somente os proclamados nas instituições internacionais e nos congressos, enquanto os direitos de que fala a segunda são aqueles que a esmagadora maioria da humanidade não possui de fato (ainda que sejam solene e repetidamente proclamados)», Bobbio (1990), p. 11.

estrutura de poder que de há muito não corresponde às legítimas expectativas dos cidadãos». Em um estado social de direito, o acesso à justiça alude em instrumentos que garantam ao indivíduo a efetivação de seus direitos. Nesse esteio, na afirmação de Cappelletti (1998), p. 9, «o conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, corresponde a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. [...] Direito ao acesso à proteção judicial significa essencialmente o direito formal do indivíduo agravar ou contestar uma ação».

Watanabe (1988) tem uma visão ampla desse direito, devendo ser interpretado como *acesso à Justiça*⁸. Ainda segundo esse autor, essa garantia não deve se acanhar aos limites dos órgãos judiciais, mas viabilizar acesso à “ordem jurídica justa”, implicando não apenas em um programa de reforma, mas também em um novo método de pensamento. Para Nalini (1997), o acesso à justiça reveste de máscara retórica, estando ligado ao ônus da ação, e não direito de ação, haja vista a dificuldade de alcançá-lo. Nalini (1997), *on-line* pontua ainda três causas que «[...] representam obstáculo à ampliação do acesso à Justiça: o desconhecimento do Direito, a pobreza e uma visão singular sobre a lentidão do processo».

Em uma perspectiva socioeconômica, Santos (2011) faz uma indagação a respeito da contribuição do direito para construção de uma sociedade mais justa, no qual identifica dois grandes campos em relação ao Judiciário: hegemônico e contra-hegemônico. No tocante ao campo hegemônico, Santos (2011), p. 34 assevera que as mudanças no sistema judicial são seletivas, a fim de atender interesses econômicos, voltadas quase que exclusivamente para um sistema de justiça célere. Isto é, trata-se «[...] do campo dos negócios, dos interesses econômicos, que reclama por um sistema judiciário eficiente, rápido, que permita a previsibilidade dos negócios, dê segurança jurídica e garanta a salvaguarda dos direitos de propriedade». Em outro giro, o campo contra-hegemônico trouxe a conscientização do cidadão a partir das garantias de direitos trazidos pelas constituições. Com efeito, os cidadãos «[...] veem no direito e nos tribunais um instrumento importante para fazer reivindicar os seus direitos e as suas justas aspirações a serem incluídos no contrato social», posto que o estado social é injusto e muito iníquo, Santos (2011), p. 35.

Como se vê, o enfoque do acesso à justiça tem um número imenso de implicações, de modo que Cappelletti (1988) verifica a necessidade de um estudo crítico, bem como a reforma de todo aparelho judicial, a fim de encontrar soluções práticas. Para tanto, Cappelletti propõe três ondas evolutivas para os problemas de acesso à justiça. A primeira onda diz respeito ao “acesso à justiça para os pobres” e pode se dar de três

⁸ A expressão “acesso à Justiça” com a letra *jota* em maiúscula é mais ampla se comparada com “acesso à justiça”, pois esta última cuida somente de garantias processuais, enquanto a primeira abrange todos os direitos fundamentais, sendo para alguns autores impossível de ser alcançado.

maneiras: sistema *Judicare*⁹, advogado remunerado pelos cofres públicos¹⁰ e modelos combinados – combinação dos dois modelos anteriores, pois são complementares. A segunda onda trata da “representação dos interesses difusos”, no qual o processo não é visto como assunto entre duas partes, mas sim pertencente a um grupo, com a finalidade de assegurar a realização de “direitos públicos”. Aqui foram promovidas revoluções no processo civil visando a adequação das novas regras que atendam a esses interesses. Por fim, a terceira onda cuida do novo enfoque de acesso à justiça, cuja representação em juízo deve se tornar mais ampla, pois, embora, as duas ondas antecedentes não sejam suficientes, não devem ser abandonadas. Em outras palavras, significa que novos direitos exigem procedimentos modernos que os tornem exequíveis, de tal sorte que estes se amoldem ao caso concreto. Cappelletti (1988), p. 67-68 preceitua que essa técnica «centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas», devendo, pois, haver reformas na advocacia, no Judiciário e nas atividades extrajudiciais. No Brasil, esses procedimentos merecem análise a partir da legislação processual, especialmente, porque foi promulgada uma nova legislação processual civil.

3. Prestação jurisdicional no CPC

Processo é o meio pelo qual se efetiva o acesso à justiça, pois tal instrumento de jurisdição¹¹ permite ao indivíduo buscar a concretização de uma pretensão que não foi satisfeita, ou seja, surge a partir do “germe da discórdia”¹². O Estado deve, pois, exercer uma de suas funções, o controle jurisdicional, seja quando este for indispensável, seja «[...] quando simplesmente uma pretensão deixou de ser satisfeita por quem podia satisfazê-la, a pretensão trazida pela parte ao processo clama por uma solução *que faça justiça* a ambos os participantes do conflito e do processo», Cintra (2014), p. 55, *grifo do autor*.

⁹ «Trata-se de um sistema através do qual a assistência judiciária é estabelecida *como um direito* para todas as pessoas que se enquadram nos termos lei, *Os advogados particulares, então, são pagos pelo Estado*. A finalidade do sistema *judicare* é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teria se pudessem pagar por um advogado», Cappelletti (1988), p. 35, *grifo do autor*.

¹⁰ «Contrariamente aos sistemas *judicare* existentes, no entanto, esse sistema tende a ser caracterizado por grandes esforços no sentido de fazer as pessoas pobres conscientes de seus novos direitos e desejosas de utilizar advogados para ajudar a obtê-los» Cappelletti (1988), p. 40, *grifo do autor*.

¹¹ Embora o entendimento adotado neste trabalho seja do processo como instrumento de jurisdição, há quem discorde desse posicionamento, a exemplo de Bernardo Câmara. Segundo Câmara (2010), p. 3, os seguidores dessa doutrina consideram a teoria instrumentalista para o exercício da jurisdição, de tal modo que distinguem processo e procedimento, «ao contrário da chamada “Escola Instrumental”, o moderno entendimento sobre processo não autoriza conceituá-lo como um mero instrumento da Jurisdição mas, sim, como instrumentalizador dela».

¹² Para Cernelutti (2015), o “germe da discórdia” é o conflito de interesses, no qual podem surgir diversas situações, sendo a mais comum aquela envolvendo pessoas civis ou civilizadas. Todavia, esses indivíduos possuem ânimos (de luta) diferentes, fazendo com que um resista ao interesse do outro. Para afastar essa luta, que ainda não aconteceu, alguém deve evitá-la, sendo este o processo.

No Brasil, especialmente a partir da Carta Política de 1988, com a abertura do acesso à justiça os indivíduos se tornaram mais litigantes, de modo que pode se evidenciar um «[...] processo de judicialização, ou seja, questões de repercussão política e social que antes eram solucionadas pelo Congresso Nacional e pelo Poder Executivo, estão sendo cada vez mais decididas pelo Judiciário», conforme ensina Carvalho (2015), p. 309, trata-se de verdadeiro ativismo judicial. Porém, não é só isso, seja qual for entrevero, simples ou complexo, vivenciado pelo cidadão, este recai no Poder Judiciário para ser solucionado, implicando, além do elevado número de processos judiciais, em uma alta taxa de congestionamento¹³. Theodoro Júnior (2016), p. 14 corrobora com esse entendimento ao doutrinar que «o extraordinário número de demandas que acorreram ao Judiciário após o advento das denominadas ondas renovatórias do acesso à justiça conduziu ao abarrotamento da máquina judiciária e consequentemente à morosidade do processo, daí a necessidade da edição de um novo CPC. Esse fato – morosidade do processo – constitui uma fonte material do novo ordenamento processual que está por vir».

Nesse sentido, consoante entendimento de Theodoro Júnior (2016), o legislador brasileiro, atento a orientação de Cappelletti, renovou o ordenamento jurídico formal com ampliação da assistência judiciária, criação de novos remédios sociais e coletivos, a exemplo da ação civil pública, o mandado de segurança coletivo e os juizados especiais. Com efeito, «o direito processual civil, antes marcadamente individual, teve que adaptar-se às novas concepções que valorizam o social e a existência de direitos coletivos e difusos, até então sequer imaginados», Berardo (2015), p. 5. Ainda de acordo com Theodoro Júnior (2016), o processo moderno deve buscar o instrumentalismo e a efetividade, de modo que alcance as metas do direito substancial, isto é, o instrumento¹⁴ deve produzir o resultado almejado e, consequentemente, uma prestação jurisdicional efetiva.

¹³ Taxa de congestionamento é um indicador do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), cuja finalidade é medir a efetividade dos Tribunais em um período, «levando-se em conta o total de casos novos que ingressaram, os casos baixados e o estoque pendente ao final do período anterior ao período base. [...] Este indicador é oriundo do *Justiça em Números* e já tem série histórica de apuração nos tribunais. Ele tem analogia direta com uma caixa d'água, que quando dá vazão ao volume que entra e mantém um nível baixo, resulta numa baixa taxa de congestionamento. Ao contrário, quando não dá vazão ao que entra e ainda mantém um estoque alto resulta numa alta taxa de congestionamento», CNJ (2018), *on-line*.

¹⁴ Segundo Grinover (2015), p. 65, *grifo do autor*, a instrumentalidade possui um aspecto negativo e um positivo, no qual este último está atrelado a «[...] necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à *ordem jurídica justa*. Para tanto não só é preciso ter a consciência dos *objetivos a atingir*, como também conhecer e saber superar os *óbices* econômicos e jurídicos que se antepõem ao livre acesso à justiça».

Para Nogueira (2014), houve alterações¹⁵ pontuais de suma importância no “Código de Buzaid”, no entanto, estas foram renegadas, pois não gozaram de tempo suficiente para verificar seus resultados. Deveras, a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, surgiu a partir da «[...] preocupação em se preservar a forma sistemática das normas processuais, [...] sobretudo, a uma necessidade de caráter pragmático: obter-se um grau mais intenso de funcionalidade», Senado Federal (2015), p. 25. Pode se extrair, ainda, da Exposição de Motivos do NCPC¹⁶ que não deve haver uma ruptura com o passado, mas um avanço, ou seja, os institutos cujos resultados foram positivos devem ser preservados e acrescer outros necessários para atingir um alto grau de eficiência.

Foram várias as mudanças trazidas pelo NCPC, destacando-se a constitucionalização do processo civil¹⁷, cujos objetivos especiais são a concretização do Estado Democrático de Direito e o alcance da ordem jurídica justa. Verifica-se também que a nova legislação processual está sistematizada em Parte Geral e Parte Especial, composta de seis e três livros, respectivamente, além do livro complementar com as disposições finais e transitórias. Modificações significativas atreladas a efetiva instrumentalidade processual, agora estão dispostas expressamente, são: estímulo à solução consensual de conflitos (art. 3º, §§ 2º e 3º, NCPC)¹⁸, razoável duração do processo (art. 4º, NCPC)¹⁹ e princípio da cooperação (art. 6º, NCPC)²⁰. Para alcançar uma prestação jurisdicional efetiva e justa, o instrumento de jurisdição deve permitir a concretização do direito tutelado, de modo que os princípios não tem apenas a função integrativa do ordenamento jurídico, mas tem natureza de norma.

Embora, sejam louváveis todas essas transformações, não se pode desejar o processo civil como um Papai Noel²¹ na crise do Judiciário, especialmente no que tange

¹⁵ Entre essas reformas, Nogueira (2014), p. 11 destaca algumas que tiveram «[...] aptidão para alavancar a prestação jurisdicional, tais como a alteração do processo de execução de título extrajudicial, a fase de cumprimento de sentença, antiga execução de título judicial, o processo eletrônico, o regime do agravo e do juízo de admissibilidade dos recursos, a repercussão geral no recurso extraordinário, o julgamento de recursos repetitivos, dentre tantos outros igualmente salutaros ao incremento da tutela processual civil».

¹⁶ NCPC é a abreviatura de “Novo Código de Processo Civil”, que diz respeito à Lei nº 13.105, de 2015.

¹⁷ Há previsão expressa que o Processo Civil deve estar em consonância com os valores e normas fundamentais da Constituição (art. 1º, NCPC). Nesse diapasão, «[...] o Código de Processo Civil constitui direito constitucional aplicado. O Código deve ser interpretado de acordo com a Constituição e com os direitos fundamentais, o que significa que as dúvidas interpretativas devem ser resolvidas a favor da otimização do alcance da Constituição e do processo civil como meio para tutela dos direitos», Marinoni (2015), p. 91.

¹⁸ Código de Processo Civil, art. 3º. «Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. [...] § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º 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», Brasil (2015), *on-line*.

¹⁹ Código de Processo Civil, art. 4º. «As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa», Brasil (2015), *on-line*.

²⁰ Código de Processo Civil, art. 6º. «Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva», Brasil (2015), *on-line*.

²¹ «Precisamos convencer-nos, todos os brasileiros, de que Papai Noel não existe, que

ao tempo do processo. No mesmo contexto, Wambier (2015) pontua que o Novo Código de Processo Civil, nem outro código, não vai dar fim aos problemas de prestação jurisdicional, pois a inovação processual é coadjuvante nas mudanças sociais. Tereza Arruda Alvin Wambier corrobora com esse pensar, ao afirmar que

«De fato, o excesso de litigiosidade, que é um problema social, é indiretamente responsável pela morosidade dos processos. Isto porque, estando muitos dos nossos tribunais abarrotados de processos e recursos para julgar, é natural que não consigam dar vazão a tudo num tempo que, socialmente, se considere razoável. Mas não se consegue, com a mudança da lei, acabar com o excesso de litigiosidade, que é um fenômeno sociológico. O máximo a que se pode chegar, com o novo CPC, é ao desestímulo ao ato de recorrer em face da jurisprudência pacificada», Wambier (2015), *on-line*.

O cerne dessa reestruturação processual é a efetividade do processo a qual deve estar alicerçada na constitucionalização processual, da qual irradia preceitos fundamentais que visam salvaguardar as conquistas democráticas do cidadão. Objeto de estudo desse trabalho, a razoável duração do processo, enquanto direito humano fundamental desejado nas sociedades modernas, deve promover o acesso à justiça.

4. Razoável duração do processo

O princípio da razoável duração do processo, no plano internacional, adveio com a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950, a qual determina em seu artigo 6º, inciso I, que «qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei [...]», *European Convention on Human Rights* (2018), p. 7. No Brasil não é diferente, há igual previsão acerca da razoável duração do processo disposta no art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição da República.

Antes do reconhecimento expresso do princípio da razoável duração do processo na Magna Carta brasileira, ainda nos idos de 1921, Rui Barbosa, em famoso discurso, “Oração aos moços”, escrito aos formandos da turma de 1920 da Faculdade de Direito de São Paulo, já afirmava que «[...] justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta», Barbosa (1997), p. 40. Não por outro motivo, o Novo Código de Processo Civil estabeleceu em seu art. 4º que «as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa». Nesse escólio, à medida

será inútil colocarmos nossos sapatos na beira da cama ou no peitoril da janela, na esperança de que o bom velhinho coloque neles os mimos que desejamos. Nossos sapatos permanecerão vazios, porque só o nosso empenho, nosso engajamento, nosso trabalho e nossa organização têm condições de produzir os frutos que se farão presentes. Será inútil, portanto, e frustrante, pretendermos que o Direito seja nosso Papai Noel e com suas formulações (palavras, palavras e palavras!) coloque em nossos sapatos os presentes que não pudemos adquirir com nossa luta política» (PASSOS, 2002, *on-line*).

que o processo se prolonga no tempo, seja pela morosidade sistemática ou ativa²², sua função reparadora se esvai. A respeito dessa demora, a parte se sente prejudicada, seja qual for o resultado da decisão, tornando, pois, utópica a tutela jurisdicional de qualquer direito e, conseqüentemente, não atinge a efetividade que se busca no moderno acesso à justiça.

Marinoni (2011) leciona que o assunto sobre o tempo do processo, por um longo período, fora negligenciado pelos processualistas, pois não vislumbravam importância científica. Se ainda há quem entenda a duração do processo como de importância secundária, «não só é alheio ao mundo em que vive, como também não tem capacidade para perceber que o tempo do processo é um dos principais fundamentos dogmáticos do processo adequado ao Estado Constitucional», Marinoni (2011), p. 22. Vale destacar ainda que de acordo com autor (2011), o legislador não pode descurar de construir procedimentos adequados que viabilizem a tempestividade da tutela jurisdicional com o tempo necessário aos debates entre os litigantes. Da mesma maneira, o juiz, sempre que possível, deve aplicar técnicas que permitam a realização concreta do direito fundamental à duração razoável do processo²³.

Para o alcance da razoável duração do processo, segundo Annoni (2008), dois pressupostos devem ser analisados: segurança jurídica e efetividade²⁴. Ainda de acordo com a Annoni, embora tais pressupostos possam parecer antagônicos, mas não o são, uma vez que deve haver equilíbrio entre eles. Porém, Bueno (2014) aduz que se há uma batalha entre segurança jurídica e efetividade²⁵, no qual este último vem ganhando mais

²² A morosidade sistemática, para Santos (2011), p. 43, «[...] é aquela que decorre da burocracia, do positivismo e do legalismo». Já a morosidade ativa consiste na criação de obstáculos, por parte de magistrados, servidores, membros do Ministério Público e advogados, «para impedir que a sequência normal dos procedimentos desfeche o caso», ensejando verdadeira situação de “processo na gaveta”, «[...] de intencional não decisão em que, em decorrência do conflito de interesses em que estão envolvidos, é natural que os envolvidos e os responsáveis por encaminhar uma decisão utilizem todos os tipos de escusas protelatórias possíveis», Santos, (2011), p. 47.

²³ Nas palavras de Nery Junior (2016), p. 360-361, o princípio da razoável duração do processo «[...] possui dupla função porque, de um lado, respeita ao tempo do processo em sentido estrito [...]», desde o início até o trânsito em julgado, «[...] e, de outro, tem a ver com a adoção de meios alternativos de solução de conflitos, de sorte a aliviar a carga de trabalho da justiça ordinária, o que sem dúvida, viria a contribuir para abreviar a duração média do processo».

²⁴ «Processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material. Pretende-se aprimorar o instrumento estatal destinado a fornecer a tutela jurisdicional. Mas constitui perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de se reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo», Bedaque (2007), p. 49.

²⁵ Ainda quanto à relação entre efetividade e segurança jurídica da prestação jurisdicional, Aurelli (2013), p. 132 elucida que «[...] não se pode admitir que a tutela jurisdicional seja prestada de qualquer maneira, com desapego total à forma, deixando de lado a garantia de um processo justo apenas para obtê-la de forma célere. Muitas vezes “a pressa é inimiga da perfeição”. Justiça efetiva não significa apenas justiça rápida. Parece-me que buscar a razoável duração do processo é tarefa muito mais árdua e muito mais complexa do que simplesmente pretender obter um processo célere apenas com o enxugamento de incidentes e técnicas processuais garantidores do

espaço no processo civil. Isso não quer dizer que a segurança jurídica deve ser abandonada, pois o que «se busca, doravante, é verificar em que medida é compatível uma maior ênfase de *efetividade* na *segurança* ou de *segurança* na *efetividade* a partir do novo modelo, do novo paradigma de ordenamento jurídico», Bueno (2014), p. 263, *grifo do autor*. Por fim, importa frisar que celeridade e efetividade não se confundem, pois a efetividade não se exaure na celeridade, porquanto aquela, por ser mais complexa, deve observar o devido processo legal.

Por certo, verifica-se que o princípio da razoável duração do processo trata de direitos humanos e direitos fundamentais, conforme dito alhures. Nessa perspectiva, a garantia de celeridade processual ganhou «[...] *status* de cláusula pétrea e, portanto, merecedora de toda tutela jurídica em prol de sua efetivação, inclusive contra o próprio Estado», Annoni, (2007), p. 9.

«Todavia, torna-se impossível, a priori, fixar uma regra específica, determinante das violações o direito à tutela jurisdicional dentro de prazo razoável. E, por isso, consoante entendimento jurisprudencial do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, dadas as circunstâncias de cada caso concreto, devem ser observados três critérios para se determinar a duração razoável do processo, quais sejam: a) a complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo penal; c) a atuação do órgão jurisdicional», Annoni (2007), p. 7.

É importante, porém, destacar que os brasileiros são litigiosos, isto é, «a sociedade moderna se apresenta como uma cultura de conflitos, na qual não somente se verifica uma enorme e interminável quantidade de conflitos, como, igualmente, o hábito predominante de atribuir ao Estado a responsabilidade de proporcionar sua solução», Calmon (2007), p. 25, ou seja, tamanha litigiosidade implica no excesso de trabalho e consequentemente na maior duração dos processos. Nesse esteio, portanto, o Judiciário deveria ser a *ultima ratio* para o enfretamento das contendas entre os cidadãos. Mas enquanto não há políticas eficazes que transforme o comportamento das pessoas, a solução, ou pelo menos mitigação, dos problemas deve partir do próprio Judiciário. Outrossim, é cediço que a demora na prestação jurisdicional viola direito e acarreta prejuízos à sociedade, razão pela qual deve se indagar sobre a possibilidade de responsabilização do Estado.

a) A demora na prestação jurisdicional e a possível responsabilização do Estado

A Emenda Constitucional nº 19, de 1998, também conhecida como “Reforma Administrativa” teve como finalidade a reestruturação do Estado, haja vista a crise enfrentada por este. Conforme se depreende da Exposição de Motivos da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, a Administração Pública necessitava de revigoramento da

acesso à Justiça e do contraditório e ampla defesa. Buscar a razoável duração do processo significa primar eficiência da prestação jurisdicional, mas em função disso não se pode colocar em risco a segurança jurídica».

capacidade de gestão, serviço público de melhor qualidade e aumento da eficiência, esta última prevista a partir de então no art. 37, *caput*, da Carta Política. Todo esse revigoramento gira em torno do princípio da eficiência²⁶, de modo que cabe ao Estado produzir melhores resultados com menos recursos. Portanto, o Poder Judiciário, um dos três poderes que compõe o Estado, não pode se manter ineficiente e, assim, vilipendiar direitos da sociedade.

O destempo na prestação jurisdicional frustra o acesso à justiça, acarretando «[...] insegurança para o portador do bom direito, uma vez que proporciona à parte que não tem razão um benefício indevido, instalando-se, por conseguinte, angústia, insegurança e medo [...]», Almeida (2013), p. 262, violando o atual estágio de proteção conferido pela Constituição. Essa inobservância ao princípio da dignidade da pessoa humana deveria cominar na responsabilização do Estado, em razão de falha no serviço. Frederico Augusto Leopoldino Koehler sustenta que

«[...] “o Estado é responsável *objetivamente* pela exagerada duração do processo”, seja ela oriunda de dolo ou culpa do juiz, ou mesmo da ineficiência estrutural do Poder Judiciário, devendo haver a indenização em qualquer das hipóteses. Portanto, a responsabilização do Estado pela duração anormal do processo enquadra-se nas prescrições do § 6º do artigo 37 da Constituição da República, ou seja, a prestação jurisdicional a destempo caracteriza hipótese de responsabilidade objetiva, independentemente da aferição de culpa do servidor causador do dano ou do ente público a que pertença», Koehler (2008), p. 72, *grifo do autor*).

Logo não verificada a adequada prestação do serviço, à luz do art. 175, inciso IV da Constituição da República²⁷, o Estado deve ser responsabilizado. Porém, vale registrar a lição de Koehler (2008) que para haver a justa reparação do dano, a parte deve demonstrar o dano sofrido, seja patrimonial ou não patrimonial, em virtude da irrazoável duração do processo. Não obstante, Oliveira (2014), em análise a jurisprudência nacional, afirma que os Tribunais brasileiros não sustentam o posicionamento da responsabilização do Estado pela demora na prestação jurisdicional. Ainda de acordo com Oliveira (2014), o jurisdicionado será indenizado somente nas seguintes hipóteses: erro em condenação penal, quando o condenado ficar preso além do tempo fixado na sentença ou nos casos previstos no art. 143 do NCPC²⁸. É esse o posicionamento do

²⁶ «Vale a pena observar, entretanto, que o princípio da eficiência não alcança apenas os serviços públicos prestados diretamente à coletividade. Ao contrário, deve ser observado também em relação aos serviços administrativos internos das pessoas federativas e das pessoas a elas vinculadas. Significa que a Administração deve recorrer à moderna tecnologia e aos métodos hoje adotados para obter a qualidade total da execução das atividades a seu cargo [...]», Carvalho Filho (2016), p. 85, motivo pelo qual o Judiciário deve combater o problema da morosidade processual a fim de não ser responsabilizado.

²⁷ Constituição da República, art. 175. «Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. [...] IV – a obrigação de manter serviço adequado», Brasil (1988), *on-line*.

²⁸ Código de Processo Civil, art. 143. «O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II –

Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

«CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DANOS MORAIS. DEMORA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. ATOS DO PODER JUDICIÁRIO.

I - A orientação jurisprudencial já consolidada no âmbito de nossos tribunais é no sentido de que, em se tratando de responsabilidade objetiva (CF, art. 37, § 6º), o Estado somente responde por danos decorrentes da prestação jurisdicional em hipóteses expressamente indicadas em lei, quais sejam: a) erro judiciário em condenação penal (CF, art. 5º, LXXV); b) quando o condenado ficar preso além do tempo fixado na sentença (CF, art. 5º, LXXV); e c) nas hipóteses do art. 133, do CPC (quando o magistrado no exercício de suas funções agir com dolo ou fraude ou recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deve ordenar de ofício, a requerimento da parte), inócurrentes, no caso concreto», Tribunal Regional Federal da 1ª Região (2009), *on-line*.

Embora não seja comum nos Tribunais brasileiros a aplicação de sanções ao Estado em razão irrazoável duração do processo, há precedentes em outros países, a exemplo da Itália²⁹. Independente da responsabilização do Estado, este deve utilizar de técnicas sofisticadas para melhorar a prestação jurisdicional, destacando-se o processo judicial eletrônico, abordado do no próximo tópico.

5. Processo judicial eletrônico

A informatização do Poder Judiciário se torna mais evidente com o processo eletrônico³⁰, sobretudo com advento da Lei nº 11.419, de 2006 – Lei do Processo Eletrônico. Para Silva (2013), p. 78, o processo eletrônico se enquadra na terceira onda do movimento de acesso à justiça, uma vez que se trata de «[...] uma nova visão de processo adequada à atual realidade, possuindo regras próprias, porém adaptado aos novos anseios de celeridade, sem deixar de lado a qualidade da prestação jurisdicional,

recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte. Parágrafo único. As hipóteses previstas no inciso II somente serão verificadas depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado no prazo de 10 (dez) dias», Brasil (2015), *on-line*.

²⁹ «A Constituição Italiana, após a *riforma costituzionale de 23 de novembre de 1999, n. 2* – intitulada “inserção do princípio do justo processo no art. 111 da Constituição” –, com entrada em vigor em 07.01.2000, passou a assegurar expressamente, em seu art. 111, a duração razoável do processo. Posteriormente, surgiu a *Legge 24 marzo 2001, n. 89*, comumente designada de *Legge Pinto*, [...], com esboço de dar concretude ao citado direito, prevendo e disciplinando a propositura e o processamento das ações indenizatórias perante os tribunais italianos», Koehler (2008), p. 23, *grifo do autor*.

³⁰ De acordo com Almeida Filho (2015), há um equívoco na terminologia “processo eletrônico”, pois em verdade a lei trata de regras procedimentais, além disso, inexiste uma jurisdição especial que dispõe sobre a temática e se ainda assim houvesse na esfera estadual seria possível ajuizar ação indireta de inconstitucionalidade. Esse é também o entendimento de Archiza (2012), p. 65, para quem «[...] a Lei nº 11.419/2006, que trata do processo eletrônico, disciplina a sucessão ordenada de atos desencadeados numa relação jurídico-processual, o que se tem de fato é procedimento, já que cuida de aspectos externos, enquanto o processo constitui uma relação jurídica processual, como meio de solução da lide, na lição de Francesco Carnelutti».

com a utilização dos mecanismos oferecidos pela tecnologia da informação». Nesse diapasão, é possível afirmar que a efetividade da prestação jurisdicional, especialmente no que diz respeito a razoável duração do processo, resulta de diversos elementos, tais como magistrados, partes, legislação de regência procedimental e até mesmo informatização do Poder Judiciário.

O emprego do processo eletrônico trouxe vantagens expressivas quanto à melhoria da prestação jurisdicional, da transparência e da gestão de recursos, sendo enumerada por Ruschel (2014) da seguinte forma: facilita o acesso à justiça; agiliza os processos e combate a morosidade do Judiciário; permite maior interação do Poder Judiciário com a sociedade; automatiza os procedimentos; e ajuda a preservar o meio ambiente. Porém, para Almeida Filho (2015), a utilização parcial dos meios informáticos para o processo eletrônico é um retardo³¹ sem precedente. Esse entendimento de Almeida Filho (2015) deve-se ao fato de faltar coragem ao legislador brasileiro ao permitir inúmeras faculdades e possibilidades na implantação de um sistema, de tal modo que é contraproducente operar processos eletrônicos e físicos, simultaneamente. Da mesma forma, é dificultoso para os operadores do Direito trabalhar em diferentes sistemas, considerando que cada Tribunal adota o seu processo judicial eletrônico.

Flávio Luiz Yarshell elucida benefícios acerca desses sistemas:

«[...] o processo eletrônico é pensado como meio para redução de custos e aumento da celeridade dos processos, quando atinge tais resultados, sua justificação é inteiramente satisfatória àqueles que limitam sua crítica ao acesso a uma justiça de qualidade à morosidade e onerosidade da prestação jurisdicional no Brasil. De modo análogo, aqueles que valorizam exclusivamente os aspectos objetivos do processo civil satisfazem-se com a implantação do processo eletrônico na medida em que este depura toda subjetividade presente na relação do jurisdicionado e do operador do direito com o Poder Judiciário [...]», Yarshell (2014), p. 284.

Para que haja efetivo acesso à justiça, o órgão judiciário ao adotar um sistema de processo judicial eletrônico deve observar a realidade da sociedade a fim de não ampliar a exclusão digital. Nesse sentido, vale destacar o contraponto trazido por Zamur Filho

³¹ Não se pode olvidar do fato que o processo eletrônico também trouxe alguns males, por isso é válida a seguinte reflexão: «Mas será que só temos a comemorar com o aumento do uso da tecnologia em nossas atividades cotidianas? Certamente não. Nem tudo são flores. Houve o aumento do *apartheid* digital, ou seja, as pessoas com necessidades especiais ainda são segregadas no acesso à justiça digital, pois os *sites* dos tribunais não se encontram adaptados para prestar serviços a elas com isonomia. [...] a exemplo dos advogados e certamente outras categorias de usuários dos sistemas e práticas processuais, suplicam por mais governança dos tribunais até como meio de preservar a sua saúde. Tanto isto é verdade, que no mês de outubro de 2014, o jornal *Valor Econômico* destacou em reportagem cujo título é *Volume de processos tem aumentado número de licenças médicas de juízes*, foi constatado que os magistrados trabalhistas vem sofrendo do mesmo problema, ou seja, cansaço, *stress* e até mesmo depressão com a implantação do processo eletrônico. Segundo o jornal, a adoção de metas e a implantação do processo eletrônico no Judiciário têm gerado mais do que *stress* e cansaço a juízes e servidores. Segundo pesquisas recentes, o aumento de trabalho tem repercutido negativamente na saúde física e mental desses profissionais», Atheniense (2014), *on-line*.

(2011), p. 64 quanto à relação acesso à justiça e processo eletrônico, haja vista que «[...] os brasileiros ainda sofrem por falta de políticas públicas inclusivas, pois há uma grande parcela da população que não tem acesso à Internet e nem conhecimentos básicos para conseguir usar um computador».

Para maioria dos autores, a celeridade é o apanágio do processo eletrônico, embora entenda que não seja a panaceia do problema relativo da inefetividade do Poder Judiciário quanto ao princípio da razoável duração do processo. Marcani (2015) em tradução a um trecho do livro *Secrets and Lies: Digital security in a networked world*, de Bruce Schneier, aduz que se há quem acredite na tecnologia como forma de resolver os problemas de segurança, porém quem assim entende, não entende de problemas tampouco de tecnologia.

Para o Conselho Nacional de Justiça (2017), a informatização do Judiciário é uma tendência, como se observa ao analisar seus 11 macroprocessos³², os quais estão direcionados, especialmente, para promoção da cidadania, do acesso à Justiça e da modernização do Judiciário. Além disso, os Tribunais têm gasto cada vez mais com contratação de bens e serviços de tecnologia da informação e comunicação³³. Nessa toada, verifica-se que o NCPC segue a tendência de modernização do Judiciário, uma vez que a expressão “meio eletrônico” se repete por 38 vezes e o radical “eletrôníc” 101 vezes por toda norma processual. Outrossim, nos últimos anos, o Conselho Nacional de Justiça tem feito campanha para que os Tribunais adotem o seu sistema judicial de processo eletrônico, qual seja, o Processo Judicial Eletrônico (PJe). A imagem a seguir demonstra a série histórica do índice de processos eletrônicos no Judiciário brasileiro.

Como se verifica na Figura 1, a utilização do processo eletrônico cresceu bastante, sobremaneira a partir de 2012. O mais recente relatório do CNJ – Justiça em Número 2017 – revela que:

«O destaque está na Justiça do Trabalho, segmento com maior índice de virtualização com 100% dos casos novos eletrônicos no TST e de 99% dos processos de 1º grau, com apenas cinco tribunais abaixo do índice de 100%. [...] Na Justiça Estadual o percentual de ingressos eletrônicos é de 74% no 1º grau e de 42% no 2º grau. Quatro tribunais se destacaram por possuir 100% de processos eletrônicos nos dois graus de jurisdição: TJ de Alagoas, TJ do Amazonas, TJ do Mato Grosso do Sul e TJ de Tocantins. Enquanto nos tribunais

³² Os 11 macroprocessos do Conselho Nacional de Justiça são: julgar processos disciplinares e realizar o controle dos atos administrativos do Judiciário; expedir atos normativos que promovam os princípios da Administração Pública; promover estudos e diagnóstico sobre o Poder Judiciário; promover a comunicação institucional e a interlocução entre os órgãos do Poder Judiciário; contribuir para o aperfeiçoamento dos recursos humanos do Judiciário; gerir a estratégia do Judiciário; promover iniciativas de modernização do Judiciário; promover ações de acesso à justiça e à cidadania; realizar controle orçamentário, financeiro e de pessoal do Judiciário; realizar correições, inspeções e sindicâncias em órgãos judiciais; acompanhar e fiscalizar o sistema carcerário e de execução de penas alternativas.

³³ De acordo com o Relatório “Justiça em Número 2017”, do Conselho Nacional de Justiça, o Poder Judiciário aumentou suas despesas com informática de R\$ 1,02 bilhões (um bilhão e vinte milhões de reais), em 2009, para R\$ 2,25 bilhões (dois bilhões e duzentos e cinquenta milhões de reais), em 2016. «A série histórica de gastos com informática apresenta tendência de crescimento, com aumento de 10,7% no último ano e de 17,1% ao ano desde 2009», CNJ (2017), p. 55.

superiores são 85,3% de ingressos eletrônicos», CNJ (2017), p. 7.

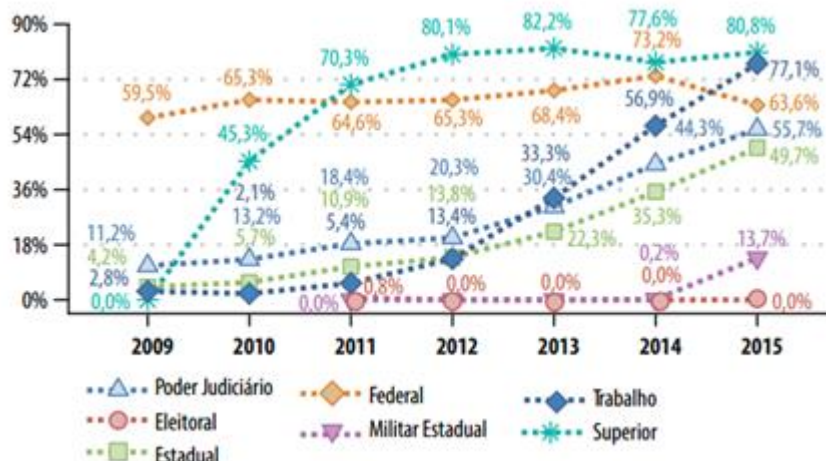


Figura 1: Processos eletrônicos por justiça (Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2016), *Justiça em Número* 2016, p. 50).

A implantação do processo eletrônico não deve ser analisada de forma isolada, mas em consonância com outros índices, a exemplo da taxa de congestionamento e Índice de Atendimento à Demanda (IAD), conforme Figura 2³⁴, pois do contrário existe a possibilidade de se chegar a conclusões precipitadas.

Como se observa em toda a série histórica da Figura 2, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário se manteve em altos patamares, ou seja, sempre acima de 70%, mesmo com a elevação do índice de processos eletrônicos. Embora a taxa de congestionamento não tenha se alterado muito, não se pode negar que houve celeridade na tramitação dos processos. De acordo com o relatório do CNJ (2017), no ano de 2016, “somente” 29,9% do total de processos novos ingressaram fisicamente, isto é, 18,6 milhões de processos novos eletrônicos em apenas um ano. De todo modo, em um exame crítico percebe-se que apesar da celeridade nos tramites processuais advindas com processo eletrônico, essa qualidade não foi suficiente para baixar consideravelmente os quase 80 milhões de processos judiciais físicos e digitais que existem hoje no Brasil.

³⁴ «[...]são apresentados os indicadores de desempenho do Poder Judiciário, incluindo a de taxa de congestionamento e o Índice de Atendimento à Demanda (IAD), além do percentual de processos eletrônicos nos tribunais. A taxa de congestionamento mede o percentual de processos que ficaram represados sem solução, comparativamente ao total tramitado no período de um ano. Quanto maior o índice, maior a dificuldade do tribunal em lidar com seu estoque de processos. A taxa de congestionamento líquida, por sua vez, é calculada retirando do acervo os processos suspensos ou sobrestados ou em arquivo provisório. O IAD, por sua vez, reflete a capacidade das cortes em dar vazão ao volume de casos ingressados. Quando o índice é inferior ao patamar de 100%, há aumento no número de casos pendentes. Por fim, o nível de informatização dos tribunais na tramitação processual é calculado considerando o total de casos novos ingressados eletronicamente em relação ao total de casos novos físicos e eletrônicos, desconsideradas as execuções judiciais iniciadas», CNJ (2017), p. 78.



Figura 2: Série histórica da taxa de congestionamento, do índice de atendimento à demanda e do percentual de processos eletrônicos (Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2017), *Justiça em Número 2017*, p. 79)

6. Considerações finais

Verifica-se que o acesso à justiça não diz respeito somente aos aspectos processuais, mas envolve garantias fundamentais. Em verdade, o acesso à justiça é um dos principais direitos fundamentais, pois a partir dele há possibilidade de pleitear outros direitos, daí classificá-lo como direito humano fundamental. Para elevar esse direito há muito que ser feito, não basta implementar as ondas renovatórias propostas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, devendo, portanto, descortinar a máscara retórica de direito de ação que hoje existe no Brasil.

Observa que o Estado brasileiro tem buscado novas maneiras de resolver a crise do Judiciário, a fim de alcançar a ordem jurídica justa, podendo citar as várias reformas no Código de Buzaid, a promulgação do Novo Código de Processo Civil, a informatização do Poder Judiciário, entre outras. Embora esteja vigente há mais de um ano, acredita-se que o Código de Processo Civil não será suficiente para assegurar a razoável duração processo. Esse entendimento deve-se ao fato de que nenhuma legislação foi ou será o Papai Noel para solução da crise que assola a Justiça em *terrae brasilis*.

A razoável duração do processo não é um fim em si mesmo, de tal modo que não pode se olvidar da segurança jurídica e efetividade, dando maior concretude ao princípio do devido processo legal. Porém, arrisca-se afirmar que não é esse o posicionamento do Conselho Nacional de Justiça, pois algumas das metas estabelecidas por tal órgão parecem ter como única preocupação a celeridade, sem se analisar a complexidade do caso concreto.

O destempo do processo gera angústia, insegurança e medo ao portador do direito, além disso, sua ocorrência evidencia inobservância ao princípio da efetividade, violando o art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987, de 1995: «serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas», Brasil (1995), *on-line*. Dessa forma, o Estado incorre em falha na adequada prestação do serviço, logo pode ser objetivamente responsabilizado. Nota que são raros os casos em que o Estado brasileiro foi responsabilizado, embora haja precedentes em outros países.

A utilização de sistemas de processo eletrônico proporcionou ganhos significativos no que concerne à prestação jurisdicional, a transparência e a gestão de recursos. Ademais, houve maior celeridade na tramitação dos processos. Porém, esse recurso informático não foi capaz de proporcionar efetivo acesso à justiça, pois muitos brasileiros ainda não possuem acesso à rede mundial de computadores. Não bastasse isso, durante a implantação dos sistemas de processo eletrônico não foram observados os princípios básicos da governança em tecnologia da informação, de modo que não se obteve os resultados esperados com a idealização da Lei nº 11.419, de 2006. Com efeito, por mais que o processo judicial eletrônico seja uma tendência sem volta, este, nem outra ferramenta de informática vai solucionar os problemas de ordem jurídica justa.

Constata que houve um custo alto para implantar os sistemas de processo eletrônico. Certo de que esse custo não é somente relacionado com o erário público, mas também com a saúde dos profissionais que trabalham com tais sistemas. Entende-se que o problema da ineficácia de prestação jurisdicional não é somente estrutural, mas principalmente cultural. Por essa razão, é necessário mudar a ideia de judicialização arraigada na sociedade e nos operadores do Direito. O Poder Judiciário deve ser visto como *ultima ratio* na solução de conflitos, sendo imprescindível a prática de políticas públicas quanto o uso de conciliação, mediação e, até mesmo, arbitragem. Por fim, o Poder Público deve aproveitar a oportunidade trazida pelo CPC, a fim de promover os meios alternativos de resolução de conflitos durante e, especialmente, antes da instrução.

Referências

- ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo, 2015, *Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico: informatização judicial no Brasil*, 5.º ed., Forense, Rio de Janeiro.
- ALMEIDA, Regina Wanderley Leite de, jan./jun., 2013, “Responsabilidade civil do Estado pela inobservância do princípio da razoável duração do processo”, in *Boletim Científico ESMPU*, ano 12, n. 40, pp. 245-271, in http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-40-janeiro-junho-de-2013/at_download/file (17.02.2018).
- ANNONI, Danielle, 2006, *O direito humano de acesso à justiça em um prazo razoável*, Tese (doutorado), Universidade Federal de Santa Catarina.

- _____, 2008, “Acesso à justiça e Direitos Humanos: a EC 45/2004 e a garantia à razoável duração do processo”, in *Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI (Recurso Eletrônico)*, vol. 1, pp. 6682-6693, in http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/danielle_annoni.pdf (17.02.2018).
- ARCHIZA, Ana Carolina Fonseca Aguiar Martinez Perez, 2012, *Processo eletrônico como instrumento de acesso à justiça*, Dissertação (mestrado), Universidade Federal Paulista.
- ATHENIENSE, Alexandre (2014), *Direito sem papel: O processo judicial eletrônico causa efeitos colaterais à saúde*, in <https://www.conjur.com.br/2014-nov-07/direito-papel-processo-judicial-eletronico-causa-efeitos-colaterais-saude> (17.02.2018).
- AURELLI, Arlete Inês, 2013, “A função social do processo e da jurisdição”, in *40 anos da teoria geral do processo no Brasil*, Camilo Zufelato, Flávio Luiz Yarshell (org.), Malheiros, São Paulo.
- BARBOSA, Rui, 1997, *Oração aos moços*, 5.º ed., Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos, 2007, *Efetividade do processo e técnica processual*, 2.º ed., Malheiros, São Paulo.
- BERARDO, Maria Lúcia da Matta, MELLIM, Silvia Helena Rodrigues, 2015, “Direito fundamental à duração razoável do processo na materialização da cidadania”, in *Anais do III Congresso brasileiro de processo coletivo e cidadania Universidade de Ribeirão Preto: Novas Perspectivas dos Direitos Coletivos*, Juvêncio Borges Silva Silveira, Ricardo dos Reis Silveira (org.), Ribeirão Preto, in <http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/cbpcc/article/download/538/619> (19.02.2017), pp. 420-431.
- BOBBIO, Norberto, 2004, *A Era dos Direitos*, 7.º reimpressão, tradução de Carlos Nelson Coutinho, Elsevier, Rio de Janeiro, in <https://direitofma2010.files.wordpress.com/2010/05/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf> (17.02.2017).
- Brasil (1988), *Constituição da República Federativa do Brasil*, in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm (19.02.2018).
- Brasil (1992), *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*, in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf (19.02.2018).
- Brasil (1995), *Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*, in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987compilada.htm

(19.02.2018).

Brasil (2015), *Código de Processo Civil*, in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm (19.02.2018).

BUENO, Cássio Scarpinella, 2014, *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, vol. 1, 8.º ed., (arquivo ePUB), Saraiva, São Paulo.

CALMON, Petrônio, 2007, *Fundamentos da mediação e da conciliação*, Forense, Rio de Janeiro.

CÂMARA, Bernardo, 2010, “A instrumentalidade técnica do processo”, in *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n. 15 (jan./jun. 2010), pp. 1-13, in http://npa.newtonpaiva.br/direito/?page_id=76 (19.02.2018).

CAPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant, 1988, *Acesso à Justiça*, tradução de Ellen Gracie Northfleet, Fabris, Porto Alegre.

CARNELUTTI, Francesco, 2015, *Como se faz um processo*, tradução de Roger Vinícius da Costa Silva, Pillares, São Paulo-SP.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, 2016, *Manual de Direito Administrativo*, 30.º ed., Atlas, São Paulo.

CARVALHO, Ana Terra Teles de, DIAS, Clara Angélica Gonçalves, 2015, “Concretização do direito fundamental de acesso à justiça: novas vias para um antigo problema”, in *Acesso à justiça, organização CONPEDI/UFS*, José Querino Tavares Neto, Flávia de Ávila, Paulo Roberto Lyrio Pimenta (coord.), CONPEDI - Florianópolis, 2015, pp. 304-303, in <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178hotg/tvzbjiq9/Aiov70RmxvhD94qO.pdf> (17.02.2018).

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, 2015, *Teoria geral do processo*, 31.º ed., Malheiros, São Paulo.

Conselho Nacional de Justiça (2016), *Justiça em números 2016: ano-base 2015*, in <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf> (17.02.2018).

_____ (2017), *Justiça em números 2017: ano-base 2017*, in <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf> (16.02.2018).

_____ (2017), *Justiça em números 2017: destaques*, in <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/e5b5789fe59c137d43506b2e4ec4ed67.pdf> (16.02.2018).

- _____, *Indicadores: Taxa de congestionamento*, in <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/gestao-e-planejamento-do-judiciario/indicadores/486-gestao-planejamento-e-pesquisa/indicadores/13659-03-taxa-de-congestionamento> (17.02.2018).
- _____, *Macroprocessos do CNJ classificados por linha de atuação*, in <http://cnj.jus.br/images/dge/macroprocessos.pdf> (17.02.2018).
- European Convention on Human Rights (2018), *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, in http://echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf (18.2.2018).
- GOMES, Luiz Flávio, MAZZUOLI, Valério de Oliveira, 2006, “O Brasil e o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos”, in *Novos rumos do direito penal contemporâneo: livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt*, Andrei Zenkner Schmidt (coord.), Lumen Júris Publishing, Rio de Janeiro, pp. 427-437.
- KOELHER, Frederico Augusto Leopoldino, 2008, *O princípio da razoável duração do processo: propostas para a sua concretização nas demandas cíveis*, Dissertação (mestrado), Universidade Federal de Pernambuco.
- MARCACINI, Augusto Tavares Rosa, 2014, “Processo judicial eletrônico, acesso à justiça e efetividade do processo”, in *Processual Judicial Eletrônico: OAB*, Marcus Vinicius Furtado Coêlho e Luiz Cláudio Allemand (coord.), Comissão Especial de Direito da Tecnologia e Informação, Brasília, pp. 131-146.
- MARINONI, Luiz Guilherme, 2011, *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*, 2.º ed., Revista dos Tribunais, São Paulo.
- NALINI, José Renato, 1997, “Novas perspectivas no acesso à justiça”, *Revista CEJ*, vol. 1, n. 1 (1997), in <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/114/157> (19.02.2018).
- NERY JUNIOR, Nelson, 2016, *Princípios do Processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*, 12.º ed., Revista dos Tribunais, São Paulo.
- NOGUEIRA, André Murilo Parente, NOGUEIRA, Janaína Régis da Fonseca, 2014, “25 anos de Constituição Federal e o Novo Código de Processo Civil: garantia de acesso à justiça?”, in *Acesso à justiça I*, Mônica Bonetti Couto, Angela Araújo da Silveira Espindola, Maria dos Remédios Fontes Silva (coord.), CONPEDI/UFSC, Florianópolis, in <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=172> (19.02.2018), pp. 7-23.
- OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de, 2015, *Acesso à justiça: a insuficiência da via judicial para a sua efetivação*, Dissertação (mestrado), Universidade Federal do Ceará.

- OLIVEIRA, Ana Carolina Victalino de Oliveira, 2014, *Tempo e processo: o ativismo judicial na concretização do direito fundamental à razoável duração do processo*, Dissertação (mestrado), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes, 2006, *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*, Dissertação (mestrado), Universidade Federal do Paraná.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de, 2002, “A constitucionalização dos direitos sociais”, in *Revista Jus Navigandi*, ano 7, nº 58, 1 ago, on-line, in <https://jus.com.br/artigos/3197> (19.02.2018).
- RUSCHEL, Aírton José; LAZZARI, João Batista; ROVER, Aires José, 2014, “O processo judicial eletrônico no Brasil: uma visão geral”, in *Processual Judicial Eletrônico: OAB*, Marcus Vinicius Furtado Coêlho e Luiz Cláudio Allemand (coord.), Comissão Especial de Direito da Tecnologia e Informação, Brasília, pp. 13-28.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, 2011, *Para uma revolução democrática da justiça*, 3.º ed., Cortez, São Paulo.
- SARLET, Ingo Wolfgang, 2015, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 12.º ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre.
- Senado Federal (2015), *Código de processo civil e normas correlatas*, 7.º ed., in <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf?sequence=1> (19.02.2018).
- SILVA, Queli Cristiane Schiefelbein da, 2013, *O acesso à justiça como direito humano fundamental e o papel do processo eletrônico como forma de efetivá-lo*, Dissertação (mestrado), Universidade Federal do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul.
- THEODORO JÚNIOR. Humberto, 2016, *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum*, vol. 1, 57.º ed., Forense, Rio de Janeiro.
- Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins (2011), *Resolução nº 1, de 15 de fevereiro de 2011, do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins*, in <http://www.tjto.jus.br/elegis/Home/Imprimir/365> (16.02.2018).
- _____, *Fim do papel: Presidente anuncia, Judiciário do Tocantins é 100% digital*, in <http://www.tjto.jus.br/index.php/listagem-noticias/3695-fim-do-papel-presidente-anuncia-judiciario-do-tocantins-e-100-digital> (16.02.2018).
- Tribunal Regional Federal da 1ª Região, REO nº 5134/MA 0005134-35.1999.4.01.3700, Relator: Desembargador Federal Souza Prudente, Data de Julgamento: 12/03/2012, Quinta Turma, Data de Publicação: e-DJF1 p.865 de 23/03/2012, in http://arquivo.trf1.gov.br/AGText/1999/0005100/00051343519994013700_3.doc (19.02.2018).

- WAMBIER, Tereza Arruda Alvin (2014), *Novo Código não vai resolver todos os problemas da prestação jurisdicional no Brasil*, in <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI195045,61044-Sobre+o+projeto+para+um+novo+CPC> (16.02.2018).
- WATANABE, Kazuo, 1998, “Acesso à Justiça e Sociedade Moderna”, in *Participação e Processo*, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe, (coords.), Revista dos Tribunais, São Paulo, pp.130-132.
- YARSHELL, Flávio Luiz; GOMES, Adriano Camargo, 2014, “Processo judicial eletrônico e acesso à justiça”, in *Processual Judicial Eletrônico: OAB*, Marcus Vinicius Furtado Coêlho e Luiz Cláudio Allemand (coord.), Comissão Especial de Direito da Tecnologia e Informação, Brasília, pp. 279-295.
- ZAMUR FILHO, Jamil, 2011, *Processo judicial eletrônico: alcance e efetividade sob a égide da Lei nº 11.419, de 19.12.2006*, Dissertação (mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

A OBRIGAÇÃO DE RECUPERAÇÃO DOS AUXÍLIOS DE ESTADO DE NATUREZA FISCAL DECLARADOS ILEGAIS NA UNIÃO EUROPEIA

Liliana Ivone da Silva Pereira¹

1. Introdução: o regime dos auxílios de Estado na União Europeia

Num contexto internacional de forte globalização das relações económicas e consequente transformação do comércio mundial, o desenvolvimento de novas políticas económicas e fiscais por parte dos Estados e das organizações internacionais assume um lugar de destaque, colocando a prioridade em desafios que se iniciam com a preocupação em reduzir obstáculos aduaneiros e evoluem para a criação de uniões económicas e políticas, como no caso da União Europeia (UE).

Aceitar pertencer a uma organização internacional significa aceitar desafios e submeter-se a uma nova ordem jurídica que passa a ser determinante nas escolhas adotadas pelos Estados-membros. Assim acontece com Portugal e Espanha desde 1986, altura em que se tornaram membros de pleno direito da UE. Pertencer à UE condiciona de alguma maneira o poder dos Estados-membros que cedem parte da sua soberania, em alguns domínios mais do que noutros.

A intervenção dos Estados na economia tem sido, ao longo dos anos, uma realidade incontornável, e continua a sê-lo nos dias de hoje, principalmente marcada pela crise económica e financeira que tem afetado a UE e grande parte dos seus Estados-membros. Mas esta competência para intervir na economia tem, para os Estados-membros, fortes limitações, na medida em que está sujeita aos princípios e normas do quadro jurídico da UE e, desse modo, submetida ao controlo por parte das instituições desta organização internacional.

Um dos objetivos da integração europeia é o estabelecimento de um mercado interno regido pelo princípio da livre concorrência, consagrado como um dos princípios básicos do funcionamento da UE. Esta situação ideal de concorrência pode, contudo, ser distorcida pelas práticas adotadas pelas empresas participantes no mercado ou pelas condutas dos Estados-membros. Nesse sentido, a atuação dos Estados-membros assume uma importância particularmente elevada na medida em que pode traduzir-se em medidas de auxílios a determinadas empresas, colocando-as numa situação mais favorável que os seus concorrentes, libertando-as da sujeição às regras do mercado e à pressão da concorrência. Por isso, as normas da UE relativas ao Direito da concorrência pretendem evitar que as ações dos Estados-membros se traduzam em auxílios públicos que podem afetar o bom funcionamento do mercado interno.

Os auxílios estatais constituem um dos únicos meios de protecionismo a que os Estados-membros poderão ser tentados a recorrer para auxiliarem as suas empresas e produções, tentação intensificada em alturas de crise, muitas vezes protegendo empresas

¹ Professora-adjunta da Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave.

ineficientes e promovendo artificialmente a sobrevivência de empresas em rutura, procurando que estas adquiram uma posição dominante no alargado mercado europeu.

Os Estados-membros revelam-se cada vez mais criativos na hora de levar a cabo a sua intervenção na economia, recorrendo a diversos tipos de auxílios, desde os mais clássicos e diretos (como os subsídios) a formas mais inovadoras e indiretas (por via de privatizações, garantias, compras ou vendas através de empresas públicas,...).

Uma das mais tradicionais formas de intervenção e que continua a ter destaque atualmente é o recurso a políticas de incentivos fiscais.

Dentro do mercado interno, cada um dos Estados-membros da UE continua a ser em larga medida soberano no que diz respeito à Fiscalidade. Neste contexto, não pode haver dúvida de que cabe aos Estados-membros tomar decisões sobre o aumento ou diminuição da carga fiscal global dentro da sua jurisdição.

No entanto, o Direito Financeiro e Fiscal hoje não pode ser analisado sem ser no contexto da integração na UE, condicionado pelas quatro liberdades de circulação fundamentais que configuram o mercado interno e pelas decisões jurídicas e políticas das instituições da União que estreitam a margem de autonomia dos Estados na hora de configurar o seu próprio sistema fiscal.

Os auxílios de Estado, quer os que consistem em tratamentos mais favoráveis, designadamente de natureza fiscal (isenções, reduções, bonificações), quer os que se traduzem na atribuição de subsídios ou realização de transferências com diversos objetivos, a favor de empresas, são sinónimo de protecionismo do Estado e, como tal, colocam em causa a realização dos princípios da livre concorrência e da livre circulação de mercadorias, pessoas e capitais.

Os sistemas fiscais dos Estados-membros podem ser utilizados como instrumento de concorrência fiscal desleal com o objetivo de atrair e localizar investimentos nos seus territórios. O atual contexto de crise pode também ser propício à utilização dos sistemas fiscais com vista a captar investimentos e a auxiliar políticas de desenvolvimento económico e de combate aos défices nacionais, através da concessão de benefícios fiscais e do desenho de medidas fiscais que podem nem sempre assentar numa postura ética e de boa governação fiscal.

E nesse sentido, ao estabelecer no n.º 1 do artigo 107.º do Tratado sobre o Funcionamento da UE (TFUE) que «Salvo disposição em contrário dos Tratados, são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções», está a ser reconhecido no Direito da UE originário o papel fundamental do regime jurídico dos auxílios de Estado como forma de corrigir, pelo menos em certa medida, a intervenção dos Estados-membros, nomeadamente aquela que é levada a cabo através da concessão de benefícios e incentivos seletivos, de qualquer natureza, incluindo os de natureza fiscal. E a verdade é que o exercício

da soberania fiscal que os Estados-membros conservam, essencialmente no âmbito da fiscalidade direta, pode ser incompatível com o mercado interno.

Nesse sentido, quando se coloca a questão da adequação dos auxílios de Estado ao Direito da UE, não podemos deixar de fazer referência à adequação das medidas de natureza fiscal, uma vez que tal natureza não impede que um auxílio possa ser afetado pela incompatibilidade prevista no artigo 107.º do TFUE.

Por isso, num espaço de integração como a UE, surge a necessidade de fiscalizar a intervenção dos Estados-membros na economia, nomeadamente a intervenção que resulta da aplicação de medidas de natureza fiscal. Desta forma, as medidas fiscais nacionais estão correntemente sob escrutínio da Comissão Europeia. A par do Código de Conduta sobre a Fiscalidade Direta das Empresas, as regras relativas aos auxílios de Estado refletem a preocupação da UE relativamente à possibilidade dos sistemas fiscais nacionais manterem regimes “encapotados” de auxílios às empresas que ponham em causa a construção do mercado interno, pilar fundamental da construção europeia.

No entanto, garantir que a configuração dos sistemas fiscais nacionais não cria distorções às condições de bom funcionamento do mercado interno e da livre concorrência não implica, nem pode implicar, uma incidência de tal maneira forte que conduza à ausência de qualquer intervenção pública dos Estados no seu ordenamento ou o desaparecimento da toda a atividade financeira própria de cada Estado. Trata-se de um instrumento que deve ser utilizado de forma equilibrada e articulado com os mecanismos previstos no próprio Tratado e tendo em vista o seu carácter instrumental.

As dificuldades para encontrar a correta eliminação das distorções fiscais mediante uma harmonização fiscal, têm conduzido a Comissão Europeia a procurar alcançar esse objetivo mediante o recurso ao regime dos auxílios de Estado na UE, aproveitando a competência exclusiva de que goza nesse domínio.

O regime de proibição dos auxílios de Estado é um dos pilares essenciais da política da concorrência da UE e um instrumento ao serviço do correto funcionamento do mercado interno, constituindo um dos campos do regime jurídico da UE que mais repercussão tem no Direito nacional dos Estados-membros, particularmente no âmbito do Direito Tributário nacional, traduzindo-se num instrumento importante para evitar as intervenções estatais que possam prejudicar a livre concorrência por impedirem a eficiente afetação de recursos².

A solução comunitária definida no Tratado para adequar os auxílios de Estado à concorrência foi a adoção do princípio da proibição, nos termos do n.º 1 do artigo 107.º do TFUE.

Como características básicas dos auxílios de Estado nas quais há acordo doutrinal, e que decorrem do âmbito de aplicação da proibição prevista no n.º 1 do artigo 107.º do TFUE,

² SANTOS (2003) conclui que a principal função do instituto dos auxílios de Estado é a de fiscalizar a intervenção do Estado, contendo os seus efeitos nefastos e incrementando os seus efeitos benéficos, permitindo o controlo da atribuição de vantagens específicas atribuídas pelos poderes públicos a certas empresas ou sectores e a definição de uma política comunitária de viabilização das medidas estaduais que sejam conformes com os interesses da União.

são incompatíveis com o mercado interno aquelas medidas, independentemente da forma que assumam, que através de fundos públicos provoquem uma vantagem económica em determinadas empresas/produções (seletividade), cujo resultado falseie ou ameace falsear a concorrência e afete o comércio intracomunitário.

Esses requisitos devem reunir-se da mesma forma para verificarmos quando estamos perante um auxílio de Estado de natureza fiscal na medida em que resulta do próprio Tratado e também da jurisprudência um princípio de irrelevância conceptual da forma que o auxílio de Estado pode revestir, compreendendo «(...) não só prestações positivas tais como as próprias subvenções, mas igualmente intervenções que, sob formas diversas, atenuam os encargos que normalmente oneram o orçamento de uma empresa e que, por isso, sem serem subvenções no sentido estrito do termo, têm a mesma natureza e têm efeitos»³. Desta forma, a proibição dos auxílios de Estado converte-se num instrumento através do qual se observam os sistemas tributários nacionais, de forma a impedir que os mesmos sejam utilizados para favorecer determinadas empresas, pondo em causa o equilíbrio concorrencial⁴.

Para que o princípio geral de proibição seja eficaz, a Comissão tem que garantir que nenhum auxílio de Estado contrário ao princípio geral de proibição seja aplicado. Caso tal se venha a verificar, é necessário atuar de forma a repor a situação de concorrência que se verificava antes da concessão do auxílio, o que apenas se conseguirá por via da obrigação do beneficiário restituir o auxílio recebido. Desta forma, consideramos que o regime dos auxílios de Estado na UE assenta em 3 pilares fundamentais: a proibição, como princípio geral; a notificação, a que estão obrigados os Estados-membros, antes de aplicarem qualquer auxílio de Estado; e a recuperação dos auxílios declarados ilegais e incompatíveis com o mercado interno.

Neste trabalho procuramos fazer um breve enquadramento da obrigação de recuperação dos auxílios de Estado declarados ilegais e dos principais problemas que se levantam em torno da sua execução. Para tal recorreremos a uma metodologia que se baseia na análise da regulamentação da UE sobre a matéria, da jurisprudência mais relevante e da doutrina nacional e internacional. Em todo o trabalho daremos particular relevo à aplicação desta temática aos auxílios de Estado de natureza fiscal.

³ Ac. do TJUE de 23/02/1961, proc.30/59, §1.

⁴ Como refere SOLER ROCH (2006), p. 13 «el principio general de prohibición de las ayudas de Estado ilegítimas se proyecta sobre los ordenamientos tributarios de los Estados miembros, constituyendo de este modo, una importante limitación a tener en cuenta en el ejercicio del poder tributario y por ende, un elemento condicionante de las políticas fiscales (...)».

2. A declaração de ilegalidade e a obrigação de recuperação dos auxílios declarados ilegais

O Tratado não faz nenhuma referência expressa a auxílios ilegais. Estes surgem como uma consequência da violação da obrigação de notificação dos auxílios novos e a primeira referência a este tipo de auxílios surge através de construção jurisprudencial⁵.

São dois os fundamentos que permitem qualificar um auxílio de Estado como ilegal, como salienta BURLADA ECHEVESTE (2007), pp. 32-33

«(...) una ayuda de Estado es ilegal cuando se ha concedido u otorgado en un momento previo a su notificación (aunque existiesen dudas sobre su naturaleza como ayuda) o cuando se ha concedido después de haber sido notificada pero antes de que la Comisión haya adoptado una Decisión final al respecto. Es decir, una ayuda se considera otorgada de manera ilegal cuando no sea respetada la cláusula de efecto suspensivo del artículo 3 del Reglamento (“standstill clause”).».

Assim, nos termos da alínea f) do artigo 1.º do Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho, são auxílios ilegais os novos auxílios executados em violação do previsto no n.º 3 do artigo 108.º do TFUE, isto é, os auxílios executados sem que tenham sido notificados ou, quando notificados, que tenham sido executados antes que a Comissão se tenha pronunciado sobre o mesmo. Note-se que o carácter ilegal de um auxílio não pressupõe a sua incompatibilidade; ou seja, ilegalidade não é a mesma coisa que incompatibilidade de um auxílio⁶.

Como forma de permitir o controlo dos auxílios que são concedidos pelos Estados-membros, o regime dos auxílios de Estado na UE assenta, para além do princípio geral de proibição, num outro pilar: o da notificação⁷. O procedimento aplicável aos auxílios notificados parte do disposto no n.º 3 do artigo 108.º do TFUE, do qual decorre a obrigação de «(...) a Comissão ser informada atempadamente dos projetos relativos à instituição ou alteração de quaisquer auxílios (...)» e encontra-se concretizado no capítulo II do Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho. Trata-se do procedimento mais habitual, de natureza preventiva, e que serve de eixo central do controlo dos auxílios de Estado⁸ pelo

⁵ Ac. do TJUE de 02/07/1974, proc. 173/73, § 14-16.

⁶ «A noção de ilegalidade não se confunde com a de incompatibilidade. A ilegalidade (por vezes, designada irregularidade) do auxílio é uma noção processual, a incompatibilidade uma noção substancial. A primeira reenvia para a questão de saber de, independentemente dos seus efeitos sobre a concorrência, a concessão de um auxílio ao beneficiário foi efectuada ou não de acordo com as regras processuais previstas no artigo 88.º (a. n. 93.º) [actual artigo 108.º do TFUE] do Tratado. A segunda implica a análise dos efeitos do auxílio sobre a concorrência e do seu contributo para o desenvolvimento da Comunidade.» cfr. SANTOS (2003), p. 60. O autor assinala ainda a independência entre os dois conceitos, um não implica necessariamente o outro, e as consequências importantes da distinção: na apreciação da primeira verifica-se uma partilha de competências entre a Comissão e os Tribunais nacionais dos Estados-membros enquanto que a apreciação da segunda é da exclusiva competência da Comissão [p. 261].

Vejam-se, designadamente os acórdãos do TJUE de 14/02/1990, proc. 301/87, § 11 e de 21/03/1990, proc. 142/87, § 20.

⁷ MORENO GONZÁLEZ (2015) considera que a recuperação dos auxílios ilegais e incompatíveis constitui a pedra angular de todo o sistema de controlo dos auxílios de Estado na UE.

⁸ PÉREZ BERNABEU (2008), p. 163.

qual as autoridades nacionais estão obrigadas a notificar, atempadamente, todos os auxílios de Estado que pretendam conceder às empresas, verificando-se a impossibilidade de efetivarem qualquer auxílio antes que a Comissão o autorize, expressa ou tacitamente. Trata-se de um sistema baseado numa estreita cooperação entre a Comissão e as Administrações nacionais dos Estados-membros, que se tem revelado relativamente aceitável no seu funcionamento⁹. GYSELEN (1993), p. 417 salienta que do n.º 3 do artigo 108.º do TFUE decorre uma tripla exigência de transparência para as autoridades de qualquer Estado-membro que pretenda outorgar um auxílio de Estado:

«(...) a) celle de permettre à la Commission d'entamer son appréciation en pleine connaissance de cause (art. 93, § 3, [actual art. 108.º, n.º 3 do TFUE] première phrase); b) celle d'alerter l'entreprise bénéficiaire du caractère précaire de l'aide projetée tant que la Commission ne l'a pas autorisée (art. 93, § 3, [actual art. 108.º, n.º 3 do TFUE] dernière phrase) et c) celle de garantir aux autres tiers qu'aucune distortion de concurrence ne se produira tant que la Commission n'a pas pris sa décision finale (art. 93, § 3, [actual art. 108.º, n.º 3 do TFUE] dernière phrase)».

Conforme salienta PEREIRA (2015), p. 4, estamos perante auxílios ilegais quando a execução de algum auxílio não foi previamente notificado à Comissão e, assim, não foi objeto de análise por parte desta, ou também nos casos em que o auxílio foi notificado mas foi executado antes da decisão da Comissão. O auxílio é considerado ilegal porque foi executado em violação de uma obrigação do Estado-membro: seja a violação da obrigação de notificação, seja a violação da obrigação de espera (cláusula de efeito suspensivo (*stand still*)).

Quando se trate de auxílios que não foram notificados pelo respetivo Estado-membro, para que a Comissão tenha conhecimento da sua existência há-de recorrer a outras fontes, sob o exercício da sua atividade de controlo dos auxílios de Estado, conforme previsto no artigo 108.º do TFUE, e do cumprimento do seu dever de vigilância que decorre do n.º 1 do artigo 17.º do TFUE «(...) A Comissão vela pela aplicação dos Tratados, bem como das medidas adotadas pelas instituições por força destes. Controla a aplicação do direito da União, sob a fiscalização do Tribunal de Justiça da União Europeia. (...)». Nestes casos, a informação chega ao conhecimento da Comissão, regra geral, através de terceiros: sejam concorrentes da empresa beneficiária do auxílio, que representam os principais afetados pela concessão do auxílio e, como tal, são os maiores interessados em que a Comissão possa agir relativamente ao auxílio em questão¹⁰; sejam as autoridades dos outros

⁹ PORTO & NOGUEIRA DE ALMEIDA (2006), p. 181 onde os autores fazem uma análise resumida da evolução deste procedimento no período 2003-2005.

¹⁰ Tomem-se os seguintes exemplos: denúncia apresentada por diversos produtores franceses de adubos azotados contra um sistema de tarifas preferencial aplicado pelos Países Baixos, em favor dos produtores neerlandeses de adubos azotados, para os fornecimentos de gás natural destinado ao fabrico de amoníaco [ac. do TJUE de 12/07/1990, proc. 169/84]; denúncia apresentada pela SIC — Sociedade Independente de Comunicação, SA (empresa de televisão privada portuguesa) contra as formas de financiamento dos canais explorados pela RTP (Radiotelevisão Portuguesa, SA, empresa pública de televisão portuguesa) [ac. do TGUE de 10/05/2000, proc. T-46/97]; a Comissão tomou conhecimento por um artigo na imprensa que reproduzia uma declaração de um diretor do grupo a que pertence a Siemens que esta última empresa projetava realizar um investimento de 4 563,7 milhões de ATS em Villach, em consequência de o Governo federal austríaco, o Land de

Estados-membros, os quais também são visados pela concessão de auxílios não autorizados e que, como tal, podem pôr em causa a concorrência dentro do espaço da UE, afetando a sua economia e as suas empresas, principalmente as que são concorrentes da empresa beneficiária da medida; seja de qualquer outra forma, como por exemplo através de informações veiculadas pela imprensa acerca de um auxílio concedido por determinado Estado-membro¹¹.

A consequência lógica da declaração de ilegalidade de um auxílio de Estado é a sua recuperação como forma de restaurar as condições de concorrência existentes antes da sua concessão. Como salienta ORENA DOMÍNGUEZ (2013), p. 1

«Si las ayudas de Estado ilegales e incompatibles están prohibidas es porque distorsionan la competencia en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros. Por ello, resulta necesario que, una vez que determinadas medidas hayan sido calificadas como ayudas de Estado, sean objeto de recuperación, puesto que lo contrario supondría que la situación de distorsión de competencia entre las empresas se perpetúe en el tiempo. Es decir, de nada serviría su calificación como ayudas de Estado si no se exige su recuperación porque precisamente lo que el TUE pretende es que en ningún momento se produzcan situaciones que distorsionen el marco de competitividad».

De facto, conforme resulta da primeira jurisprudência sobre esta matéria «(...) ao verificar a incompatibilidade de um auxílio com o mercado comum, a Comissão é competente para decidir se o Estado interessado deve suprimi-la ou modificá-la. Para produzir um efeito útil, esta supressão ou modificação deve incluir a obrigação de exigir o reembolso de auxílios concedidos em violação do Tratado, de modo que, na ausência de tais medidas, a Comissão pode recorrer ao Tribunal»¹².

Relativamente aos novos projetos de auxílios notificados verificamos a existência de uma cláusula suspensiva (*standstill* – artigo 3.º do Regulamento (CE) n.º 659/99 do Conselho) que visa que o auxílio não seja executado enquanto não for objeto de uma decisão por parte da Comissão.

Caríntia e a comuna de Villach terem enviado à Siemens uma promessa escrita de auxílio de 371 milhões de ATS. Aliás, um diário publicara já, em 5 de Abril de 1995, a informação de que o chanceler austríaco «fizera uma promessa de princípio» relativamente à concessão desse auxílio à Siemens [ac. do TJUE de 15/02/2001, proc. C-99/98].

¹¹ Veja-se o caso português dos auxílios decorrentes da aplicação do regime que adapta o sistema fiscal português às especificidades da Região Autónoma dos Açores no que se refere às reduções das taxas do imposto sobre o rendimento. Neste caso, o governo português apenas notificou este regime à Comissão em Janeiro de 2000, depois de para tal ter sido interpelado pela Comissão, em resposta a um pedido de informações desta, datado de Dezembro de 1999. A Comissão dirigiu este pedido ao governo português na medida em que teve conhecimento da aplicação daquele regime fiscal através de artigos que surgiram na imprensa, e, por esse conhecimento, inscreveu o auxílio em causa no registo dos auxílios não notificados [COMISSÃO EUROPEIA: Decisão n.º 2003/442/CE, de 11/12/2002, **relativa à parte do regime que adapta o sistema fiscal nacional às especificidades da Região Autónoma dos Açores referente à vertente das reduções das taxas do imposto sobre o rendimento**, notificada com o número C(2002) 4487, JO n.º L 150, de 18/06/2003].

¹² Veja-se o ac. do TJUE de 12/07/1973, proc. 70/72, § 13.

Ora, tal não será possível relativamente aos auxílios ilegais na medida em que o que os caracteriza é, efetivamente, o facto de terem sido executados sem serem notificados ou, quando notificados, que tenham sido executados antes que a Comissão se tenha pronunciado sobre os mesmos.

No entanto, de forma análoga àquela cláusula suspensiva, está previsto, para os auxílios ilegais, a possibilidade de o suspender até que haja uma decisão. Assim, decorre do número 1 do artigo 11.º do Regulamento (CE) n.º 659/99 do Conselho que, depois da Comissão ter dado ao Estado-membro a oportunidade de apresentar as suas observações no sentido de ser efetuada a análise do auxílio em causa, a Comissão pode decidir, como medida de natureza preventiva, ordenar ao Estado-membro implicado a suspensão da execução de qualquer auxílio ilegal até que sobre o mesmo haja uma decisão quanto à sua compatibilidade com o mercado interno. Esta decisão é denominada de “injunção de suspensão”¹³.

Nos termos do número 2 do mesmo artigo, a Comissão pode ainda decidir ordenar ao Estado-membro, através de uma “injunção de recuperação”¹⁴, que recupere provisoriamente qualquer auxílio ilegal até que relativamente ao mesmo tome uma decisão quanto à sua compatibilidade com o mercado interno. Para que tal aconteça têm que estar reunidas determinadas condições: não haver dúvidas sobre o carácter de auxílio da medida em causa; haver urgência na ação; e haver sério risco de prejuízos substanciais e irreparáveis a um concorrente. Nestes casos, a recuperação deverá ser realizada de acordo com o previsto para o procedimento de recuperação de auxílios (números 2 e 3 do artigo 14.º daquele Regulamento), procedimento que analisaremos com maior detalhe no ponto seguinte. Verificando-se a efetiva recuperação do auxílio, será adotada uma decisão por parte da Comissão, dentro dos mesmos prazos aplicáveis no âmbito do procedimento aplicável aos projetos de auxílios notificados.

No caso de incumprimento, por parte de um Estado-membro, de uma injunção de suspensão ou de uma injunção de recuperação do auxílio, a Comissão pode, sem prejuízo de continuar com o exame da medida com base nas informações disponíveis, recorrer ao Tribunal de Justiça, através de um recurso por incumprimento, para que declare que tal incumprimento resulta numa violação do Tratado, conforme resulta do artigo 12.º do

¹³ Mesmo antes da aplicação do Regulamento (CE) n.º 659/99 do Conselho, o TJUE já tinha previsto a possibilidade de a Comissão declarar, como medida cautelar, a suspensão da outorga de auxílios considerados ilegais «Por conseguinte, a Comissão, quando verifica que um auxílio foi instituído ou alterado sem ter sido notificado, pode, após ter dado ao Estado-membro em causa a possibilidade de apresentar observações, intimá-lo, através de uma decisão provisória e enquanto aguarda o resultado do exame do auxílio, a que suspenda imediatamente o pagamento deste e que forneça à Comissão, no prazo por ela fixado, todos os documentos, informações e dados necessários à análise da compatibilidade do auxílio com o mercado comum.» [Cfr. ac. do TJUE de 14/02/1990, proc. 301/87, § 19 – trata-se do acórdão relativo ao caso Boussac, daí esta injunção ter ficado conhecida como *injunção Boussac*].

¹⁴ Esta teve origem numa Comunicação da Comissão de 1995 [COMISSÃO EUROPEIA: Comunicação da Comissão aos Estados-membros, 95/C 156/05, JO n.º C 156 de 22/06/1995] e que nunca chegou a ser usada por haver dúvidas quanto à sua conformidade com algumas decisões jurisprudenciais, designadamente com o caso Boussac (proc. 301/87) e SFEI (proc. C-39/94).

Regulamento (CE) n.º 659/99 do Conselho.

O TJUE reconheceu efeito direto à última frase do n.º 3 do artigo 108.º do TFUE. Em geral o regime jurídico dos auxílios de Estado na UE não goza de efeito direto. No entanto, nesta situação em particular, quando um Estado-membro não notifique um projeto de auxílio ou, tendo-o notificado, não respeite a cláusula de efeito suspensivo, executando o auxílio antes de o mesmo ter sido autorizado pela Comissão, os particulares têm direito a, junto dos tribunais nacionais, solicitar a declaração, com base no Direito interno do respetivo Estado-membro, da invalidade das medidas que consubstanciam a execução do auxílio e a recuperação do mesmo¹⁵. Não se trata, no entanto, de conceder aos tribunais nacionais competência para decidir sobre a compatibilidade ou não de um auxílio de Estado ilegal. Tal competência pertence exclusivamente à Comissão. Ao Tribunal nacional cabe apenas evitar a execução das medidas até que a Comissão se pronuncie sobre as mesmas¹⁶. Nestes casos, se a medida vier a ser declarada compatível pela Comissão, esta declaração de compatibilidade não anula as eventuais decisões dos Tribunais nacionais sobre aquele auxílio. Cabe a estes atuar no sentido de regularizar a situação de forma a permitir a execução dos auxílios ilegais declarados compatíveis pela Comissão¹⁷.

O artigo 14.º do do Regulamento (CE) n.º 659/99 do Conselho prevê o enquadramento essencial relativo ao sistema de recuperação dos auxílios de Estado ilegais, consagrando, nesse âmbito, o princípio da autonomia procedimental e institucional, isto é, deverá ser o Estado afetado a tomar as medidas necessárias para levar a cabo a efetiva recuperação do auxílio junto dos seus beneficiários, de acordo com a legislação nacional. A obrigação de recuperação assenta, pois, no princípio do efeito útil, isto é, a declaração de incumprimento por aplicação de um auxílio em violação do Tratado de nada serviria se não fosse acompanhada da possibilidade de recuperar esse auxílio¹⁸.

A este respeito, PEREIRA (2015), p. 6 salienta a importância da matéria relacionada com a recuperação dos auxílios de Estado declarados ilegais tem vindo a crescer nos últimos anos e, na prática, a efetividade da execução das resoluções relativas à recuperação dos

¹⁵ Cfr, entre outros, os acórdãos do TJUE de 15/07/1964, proc. 6-64; de 11/12/1973, proc. 120/73, § 8; de 09/10/1984, proc. acum. 91 e 127/83, § 11; e de 21/11/1991, proc. C-354/90, § 11-12.

¹⁶ Ac. do TJUE de 21/11/1991, proc. C-354/90, § 14.

¹⁷ Ac. do TJUE de 21/11/1991, proc. C-354/90, § 16-17 e de 21/10/2003, proc. acum. C-261/01 e C-262/01, § 63-64.

¹⁸ Como assinala o advogado-geral Walter Van Gerven «Observarei a este respeito que o reembolso do auxílio ilegalmente concedido não constitui uma sanção do meu ponto de vista, e sim uma dívida de direito civil que provém do pagamento ilegal, e portanto indevido, do auxílio (...) e que, enquanto tal, esta dívida pode ser cedida (...). E por isso que considero também que, contrariamente ao que afirma o Governo italiano, não tem qualquer importância que a distorção da concorrência e das trocas comunitárias provocada pela concessão do auxílio não possa ser reparada pela restituição dos montantes pagos ou que o auxílio concedido não possa ter já qualquer efeito no sector automóvel. Como o Tribunal admitiu, o reembolso do auxílio é a consequência lógica da declaração do seu carácter ilegal, e isso, parece, independentemente das consequências que a repetição ou a não repetição possa ainda ter.» [cfr. conclusões daquele advogado-geral no caso C-305/89, apresentadas em 10/01/1989, § 21]. E o mesmo advogado-geral, no proc. 303/88, «(...) Com efeito, quando esteja provado que o auxílio concedido afectou o mecanismo da concorrência e o comércio interestatal, esse auxílio, efetivamente pago, teve um efeito incompatível com o Tratado e a sua recuperação pode ser exigida, independentemente de quaisquer circunstâncias posteriores (...)» [cfr. conclusões daquele advogado-geral no caso 303/88, apresentadas em 11/10/1990, § 23].

auxílios ilegais reveste-se de grandes dificuldades. PÉREZ BERNABEU (2013), p. 15, reforça que se trata de um âmbito do direito que ainda não encontrou um equilíbrio satisfatório, equilíbrio esse entre princípios nem sempre fáceis de conjugar: o princípio da efetividade na garantia do cumprimento da proibição estabelecida no TFUE para os auxílios ilegais e a confiança legítima dos beneficiários dos auxílios.

Como assinala o TJUE, «(...) o principal objetivo visado pelo reembolso de um auxílio de Estado pago ilegalmente é eliminar a distorção da concorrência provocada pela vantagem concorrencial proporcionada pelo auxílio ilegal.»¹⁹ procurando «(...) o restabelecimento da situação anterior (...)»²⁰. Na medida em que se pretende restabelecer a situação anterior, concordamos que a obrigação de reembolso não possa considerar-se também como uma sanção à empresa beneficiária do auxílio²¹. No entanto, a não recuperação de auxílios declarados incompatíveis pode condicionar o exame de futuros auxílios [LINARES GIL (2001), p. 48)].

PEREIRA (2015), p. 7 reforça que nos últimos anos é assinalável a importância que a Comissão tem vindo a dar à supervisão dos procedimentos de recuperação dos auxílios ilegais, motivado, certamente, em parte, pela crescente sofisticação dos mecanismos utilizados pelas autoridades nacionais para outorgar auxílios públicos, sofisticação esta que, necessariamente, se manifesta também nos procedimentos de recuperação de auxílios ilegais.

Apesar da importância que assume a recuperação dos auxílios ilegais, na medida em que traduz o instrumento que permite o restabelecimento da situação anterior à sua concessão, não foi definido no Direito da UE um procedimento através do qual deva ser executada esta recuperação²².

Não podendo desenvolver esta temática aprofundadamente neste trabalho, não queremos, no entanto, deixar de realçar que, apesar da obrigatoriedade de recuperação dos auxílios de Estado declarados ilegais, existem exceções a esta obrigação. Em que situações poderá não ocorrer o reembolso do auxílio? Hoje, a obrigação de exigir a restituição dos auxílios ilegais encontra duas únicas exceções em que poderá justificar-se a não recuperação

¹⁹ Cfr. ac. do TJUE de 29/04/2004, proc. C-277/00, § 76. No caso Tubemeuse, o TJUE assinalou que «Convém sublinhar, a este respeito, que decorre da jurisprudência do Tribunal (...) que a supressão de um auxílio ilegal mediante recuperação é a consequência lógica da verificação da sua ilegalidade. Por conseguinte, a recuperação de um auxílio estatal ilegalmente concedido, com vista ao restabelecimento da situação anterior, não pode, em princípio, ser considerada como uma medida desproporcionada relativamente aos objectivos das disposições do Tratado em matéria de auxílios de Estado.» [cfr. ac. do TJUE de 21/03/1990, proc. 142/87, § 66. E no mesmo sentido o ac. do TJUE de 14/01/1997, proc. C-169/95, § 47].

²⁰ Cfr. ac. do TJUE de 04/04/1995, proc. C-348/93, § 26.

²¹ Nesse sentido os acórdãos do TJUE de 17/06/1999, proc. C-75/97, § 65, de 29/04/2004, proc. C-277/00, § 81 e de 29/06/2004, proc. C-110/02, § 41-43.

²² MARCOS MARTÍN (2004), p. 113 assinala a incerteza que continua a existir, ao nível da UE, derivada da inexistência de um procedimento único de reembolso dos auxílios ilegais, na medida em que, mesmo com a aprovação do Regulamento (CE) n.º 659/99 do Conselho, continua a remeter-se, a esse nível, para as normas internas de cada Estado-membro. A autora defende a aprovação daquele Regulamento teria sido o momento oportuno para essa definição e que se perdeu uma oportunidade para o estabelecimento desse procedimento único que constituiria, indubitavelmente, um contributo para a segurança jurídica nesta matéria.

do auxílio: no caso em que, embora tratando-se de um auxílio ilegal, já tenham decorrido mais de 10 anos a contar da data em que o mesmo tenha sido concedido ao beneficiário, uma vez que este é o prazo de prescrição previsto no art. 15.º do Regulamento (CE) n.º 659/99 do Conselho, como faremos referência a seguir; nas situações em que a recuperação do auxílio seja contrária a um princípio geral de Direito da UE. Os princípios gerais de direito da UE mais frequentemente invocados neste contexto são os princípios da boa fé²³, da proteção das expectativas legítimas²⁴ e da certeza jurídica²⁵ e da proporcionalidade²⁶. No entanto, no âmbito da recuperação de auxílios ilegais, o TJUE tem aplicado uma interpretação muito restritiva destes princípios. Existindo efetivamente problemas substanciais, imprevistos e imprevisíveis, que dificultem a recuperação de um auxílio por parte de um Estado-membro, o dever deste é apelar à colaboração da Comissão no sentido de, em conjunto, definirem e decidirem qual o melhor caminho a seguir no sentido de encontrar uma solução ajustada e adequada a cada situação em concreto. Ou seja, exige uma conduta ativa por parte do Estado-membro e não apenas que este leve à Comissão as suas dificuldades esperando que esta atue sozinha no sentido de encontrar uma solução²⁷. O Estado-membro, quando comunica à Comissão as suas dificuldades, deve logo levar propostas de atuação, nomeadamente modificações que possam ser introduzidas na decisão da Comissão no sentido de, face às dificuldades, técnicas, jurídicas ou de qualquer outra natureza, encontradas pelo Estado-membro, tornar a decisão exequível²⁸. Esta colaboração entre os Estados-membros e a Comissão é fundamental e um dos princípios chave para o bom funcionamento do controlo dos auxílios de Estado e para um funcionamento, com clareza e transparência, dos procedimentos de recuperação dos auxílios ilegais.

²³ ORENA DOMÍNGUEZ (2013), p. 3.

²⁴ No que se refere a este princípio no âmbito da obrigação de recuperação, vejam-se, entre outros, os acórdãos do TJUE de 24/11/1987, proc. C-223/85, § 17; de 20/09/1990, proc. C-5/89, § 13-14 ; e de 20/03/1997, proc. C-24/95, § 25 ;

²⁵ No que se refere a este princípio no âmbito da obrigação de recuperação, vejam-se, entre outros, os acórdãos do TJUE de 24/09/2002, proc. acum. C-74/00 P e C-75/00 P., § 140 e 29/04/2004, proc. C-372/97, § 116-118.

²⁶ No âmbito do n.º 4 do artigo 5.º do TUE, «(...) o conteúdo e a forma da ação da União não devem exceder o necessário para alcançar os objetivos dos Tratados». Assim, os Estados-membros podem apresentar outras alternativas menos graves que a recuperação dos auxílios, desde que com as mesmas se possa restabelecer a situação anterior. ORENA DOMÍNGUEZ (2013), p. 4 refere, por exemplo, «(...) una aplicación retroactiva de una norma controvertida que permitiera ofrecer a todas las empresas la posibilidad de acogerse a las medidas calificadas como ayudas, habiéndose eliminado el carácter selectivo o discrecional de las ayudas».

²⁷ O papel da Comissão na fase de recuperação dos auxílios ilegais é limitado e a jurisprudência tem assinalado que, quando chamada a colaborar com algum Estado-membro na recuperação, a Comissão «(...) apenas exprime a opinião (...) quanto à aceitabilidade dessa execução, do ponto de vista comunitário, face às dificuldades de execução com que esse Estado-membro se deparou, mas em nada altera a responsabilidade do Estado-membro em causa quanto à identificação e à forma de resolução dessas dificuldades.» [cf. ac. do TJUE de 31/05/2006, proc. T-354/99, § 69].

²⁸ Ac. do TJUE de 21/03/1991, proc. 303/88, § 58 e ac. do TJUE de 03/07/2003, proc. C-457/00, § 99.

3. O princípio da autonomia nacional institucional e procedimental na recuperação dos auxílios de Estado de natureza ilegal

No sentido do que expressa PEREIRA (2015), p. 84, as decisões pelas quais a Comissão ordena a recuperação de auxílios de Estado são obrigatórias em todos os seus aspetos para o Estado-membro afetado por tal decisão embora não constituam um título executivo diretamente no ordenamento do Estado-membro afetado. Esta decisão titula um crédito a favor do Estado-membro recaindo a obrigação de efetuar o pagamento da dívida sobre um particular [o(s) beneficiário(s) do auxílio a recuperar].

Quanto ao procedimento a seguir para o reembolso do auxílio ilegal, e de acordo com o previsto no n.º 3 do artigo 14.º do Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho, na medida em que não se encontra definido um procedimento próprio a nível da UE, o legislador faz uma remissão para as normas de direito interno de cada Estado-membro, estabelecendo que «(...) a recuperação será efetuada imediatamente e segundo as formalidades do direito nacional do Estado-membro em causa, desde que estas permitam uma execução imediata e efetiva da decisão da Comissão. Para o efeito e na eventualidade de um processo nos tribunais nacionais, os Estados-membros interessados tomarão as medidas necessárias previstas no seu sistema jurídico, incluindo medidas provisórias, sem prejuízo da legislação comunitária.».

Ou seja, na medida em que a Comissão não tem poderes de execução, cabe aos Estados-membros executar e tornar efetiva a decisão de recuperação do auxílio ilegal, fazendo-o de acordo com a sua legislação interna na medida em que a Comissão apenas está vinculada ao Direito da UE. Está, pois, consagrado, neste domínio, o princípio da autonomia nacional²⁹ que implica a liberdade de atuação para os Estados-membros no que respeita à aplicação do Direito da UE numa dupla vertente: por um lado, no aspeto institucional, no que respeita à faculdade dos Estados determinarem a quem corresponde a execução do ordenamento da UE; por outro, na componente procedimental, uma vez que cabe ao Estado-membro eleger o procedimento mais apropriado para a execução da decisão de recuperação de um auxílio de Estado ilegal.

No entanto, embora os Estados-membros possam escolher, em conformidade com o respetivo direito nacional, os meios que utilizam para aplicar as decisões de recuperação, as medidas adotadas devem permitir o pleno cumprimento da decisão de recuperação. Por conseguinte, é necessário que as medidas nacionais tomadas pelos Estados-membros permitam uma execução imediata e efetiva da decisão da Comissão³⁰.

²⁹ O princípio da autonomia nacional institucional e procedimental é uma consequência da obrigação dos Estados-membros garantirem o cumprimento dos deveres resultantes do ordenamento jurídico da UE, conforme já salientou o TJUE (vejam-se, designadamente, os acórdãos de 11/02/1971, proc. C-39/70; de 27/10/1971, proc. C-6/71; de 15/12/1971, proc. acum. C-51 a 54/71). PÉREZ BERNABEU (2013), p. 26 considera que este princípio não deve ser entendido como absoluto na medida em que é necessário respeitar os princípios da primazia do ordenamento da UE sobre o ordenamento interno e de eficácia direta daquele ordenamento sobre os ordenamentos nacionais.

³⁰ COMISSÃO EUROPEIA: Comunicação da Comissão - Para uma aplicação efectiva das decisões da Comissão que exigem que os Estados-Membros procedam à recuperação de auxílios estatais ilegais e incompatíveis, 2007/C 272/05, JO n.º C 272, de 15/11/2007.

CROIZIER (1993), p. 81 evidencia que se trata de uma situação complicada na medida em que «O Estado condenado deve, ele próprio, executar a sua pena» o que poderá conduzir a maiores dificuldades na efetivação da ordem de recuperação, sendo frequente verificar que os Estados-membros resistem ou não dão prioridade à recuperação³¹.

ORTEGA GUÍO (2012), p. 109, realça que no domínio fiscal é frequente que uma medida não seja considerada como auxílio de Estado pelo Estado-membro que, como tal, a aplica sem prévia notificação, vindo posteriormente a ser catalogada como auxílio ilegal após um procedimento de investigação formal, quando já está a ser efetivamente aplicada. Assim, «En consecuencia, la problemática de las ayudas de estado a través de medidas fiscales gira entorno a cuestiones relacionadas con las ayudas ilegales y la recuperación de la deuda».

PEREIRA (2015), p. 9 realça que este regime tem como protagonistas os Estados-membros mas, no entanto, no caso de se verificar a declaração de um auxílio de Estado ilegal e incompatível com o mercado interno, poucos efeitos tem para o Estado-membro projetando-se esses efeitos maioritariamente nas empresas beneficiárias de benefícios fiscais declarados ilegais e incompatíveis e que se verão, salvo casos excecionais, submetidas à ordem de devolução dos benefícios de que usufruíram³².

NAVARRO FAURE (2010), p. 1087 reforça que, no caso dos auxílios de Estado de natureza fiscal, a recuperação assume a particularidade de não dizer respeito a uma saída de fundos públicos (como no caso de subvenções) mas sim a exigibilidade de receitas fiscais que, por via do auxílio concedido, não chegaram a ser cobradas. Poderá, assim, no plano fiscal, a recuperação dos auxílios de Estado declarados ilegais, pressupor a retificação de liquidações já realizadas ou então a exigência de novas obrigações fiscais. SOLER ROCH (2006), p. 20 considera que falar de devolução no caso de medidas fiscais seletivas pode ser, em princípio, paradoxal, na medida em que não houve uma transferência de fundos públicos no sentido que essa transferência pressupõe quando se fala, por exemplo, da atribuição de subvenções. Assim, continua a autora, no caso de medidas fiscais selectivas,

«(...) la «devolución de la ayuda ilegítima» consiste en el devengo de las obligaciones tributarias no exigidas en su momento o exigibles en menor cuantía por efecto del beneficio o ventaja fiscal correspondiente en cada caso; por ello, creo preferible hablar, en estos casos de recuperación de la ayuda ilegítima,

³¹ Em 2007, a Comissão (2007) sublinhava que «As informações recolhidas pela Comissão nos últimos anos revelam que existem motivos para considerar a situação verdadeiramente preocupante. A experiência revela que não existe praticamente nenhum caso em que a recuperação tenha sido concluída dentro do prazo fixado na respetiva decisão. As recentes edições do Painel dos Auxílios Estatais demonstram que 45% das decisões de recuperação adotadas em 2000 e 2001 não tinham ainda sido executadas em Junho de 2006».

³² Como salientam GARCÍA NOVOA & LÓPEZ GÓMEZ (2014), p. 8, a propósito da recuperação dos auxílios ilegais no âmbito do regime conhecido como Tax Lease espanhol, «Los destinatarios de la Decisión son los Estados, pero la orden de recuperación se ejecutará, obviamente, sobre los declarados por la Decisión como beneficiarios de las ayudas, y singularmente, sobre los inversores. Sin embargo estos no tienen una obligación per se de calcular su impacto sino que este importe será calculado por la AEAT dentro de un procedimiento de comprobación e inspección tributaria, como así está siendo».

recuperación que, en la práctica, presenta problemas y perfiles específicos distintos de los que implica el reintegro de subvenciones».

A descentralização do procedimento de recuperação, através das distintas normas nacionais dos Estados-membros, com as divergências existentes e a ampla margem de manobra que confere aos Estados-membros tem um risco na medida em que pode desvirtuar o objetivo superior de reestabelecer a situação de concorrência no Mercado interno e, desta forma, colocar em causa a eficácia da política de controlo dos auxílios de Estado na UE³³.

PÉREZ BERNABEU (2013), pp. 26,34-42 fala de duas possíveis vias para resolver o problema da heterogeneidade das normas nacionais de procedimento e as dificuldades que dela resultam: uma via harmonizadora ou uma via que reconheça a aplicação direta da norma da UE de forma a que as normas nacionais apenas sejam aplicáveis nos casos em que não se oponham à norma da UE. No que respeita à primeira, como qualquer intento de harmonização, as suas consequências ao nível da perda de soberania por parte dos Estados-membros pode torná-la uma solução difícil de levar à prática³⁴. Assim, a autora defende a segunda via, no sentido de uma manifestação do princípio da subsidiariedade no âmbito do controlo dos auxílios estatais. No entanto, tal exige a existência de uma norma procedimental aplicável à recuperação dos auxílios de Estado ilegais no âmbito da UE e a mesma não existe³⁵.

Conforme já destacamos, em nada ajuda, quanto à efetiva recuperação dos auxílios ilegais, a inexistência de um procedimento uniforme, definido a nível da UE, com vista a tal recuperação. Mesmo internamente, em cada Estado-membro, na maior parte dos casos não existe um procedimento definido e estruturado nesse sentido mas apenas atos *ad hoc* adotados quando necessário e em função das circunstâncias³⁶.

Não podemos deixar de notar que, recentemente, o Estado espanhol adotou um procedimento interno de recuperação dos auxílios de Estado de natureza tributária. Trata-se da Ley 34/2015, de 21 de setembro, que modificou parcialmente a Ley 58/2003, de 17 de dezembro (Ley General Tributária espanhola), através da introdução de um novo título VII (artigos 260 a 271) que regula este novo procedimento interno. Desta forma, como explica a exposição de motivos da alteração, o Estado espanhol pretendeu por fim ao vazio legal existente, uma vez que a legislação interna espanhola não previa até àquele momento,

³³ Nesse sentido, MARAÑÓN HERMOSO (2003).

³⁴ PÉREZ BERNABEU (2013), p. 26.

³⁵ Neste sentido, a autora considera que a Comissão, consciente das dificuldades inerentes à heterogeneidade de normas nacionais e à concretização de uma harmonização por via legislativa, poderá estar a levar a cabo uma harmonização encoberta mediante o recurso a instrumentos de *soft law* (Comunicações da Comissão, por exemplo).

³⁶ Como salienta LUJA (2005), p. 569 «In order to stimulate prompt compliance, the author submits that consideration should be given to introducing a directive that requires every Member State to have an effective State aid recovery procedure in place instead of implementing ad hoc measures after the receipt of an order to recover State aid. An existing procedure could reduce the time required to comply with a recovery decision, whilst, in the meantime, providing some safeguards for the recipient of the State aid by, for instance, establishing a framework to determine the exact amount to be recovered (if not already determined by the Commission)».

nenhum procedimento que servisse esse efeito³⁷.

4. Outros problemas que se levantam na recuperação de auxílios de Estado de natureza fiscal declarados ilegais

a) A identificação do beneficiário

Para a efetiva e imediata recuperação do auxílio ilegal, o Estado-membro tem que começar por identificar o beneficiário do auxílio pois é este, no final, quem deve proceder à restituição do auxílio recebido. Não esqueçamos que, como salienta SOLER ROCH (2013), p. 12

«(...) el ámbito de relaciones generado por una ayuda de Estado y, por ello mismo, el marco en que se desarrolla su recuperación cuando es declarada ilegal, aunque responde formalmente a un conflicto entre dos partes (Estado miembro y Comisión Europea), en el escenario de la recuperación se pone de manifestó su auténtico perfil triangular en el que se incluyen los beneficiarios de la ayuda que además, en este caso, se revelan como los principales afectados por los efectos de aquella declaración».

Conforme resulta da jurisprudência, os auxílios ilegais e incompatíveis devem ser recuperados junto das empresas que deles beneficiaram efetivamente³⁸.

A identificação dos beneficiários nem sempre é fácil e não vem referida na decisão da Comissão que ordena a recuperação pois esta, por regra, não está em condições de proceder a essa identificação, cabendo essa tarefa ao Estado-membro destinatário da decisão³⁹. Trata-se da entidade que usufruiu efetivamente da vantagem económica resultante da concessão do auxílio e a sua identificação pode, por exemplo, revestir contornos complexos⁴⁰. Neste sentido, a Decisão da Comissão nem sempre incluirá toda a

³⁷ Vejam-se, sobre este novo procedimento adotado pelo Estado Espanhol, o seu funcionamento, méritos e dificuldades, entre outros ÁLVAREZ ARROYO (2016), PÉREZ BERNABEU (2016) e PRÓSPER ALMAGRO (2016).

³⁸ Ac. do TJUE de 21/03/1991, proc. C-303/88, § 57 e ac. do TJUE de 29/04/2004, proc. C-277/00, § 75.

³⁹ Ac. do TJUE de 07/03/2002, proc. C-310/99, § 91.

⁴⁰ Veja-se, a título de exemplo, a decisão da Comissão de 31/05/1989 relativa a auxílios concedidos pelo Governo italiano, através das sociedades públicas de controlo IRI e Finmeccanica, ao Grupo Alfa Romeo, grupo este posteriormente vendido à Fiat. Aquando da decisão de recuperação dos auxílios ilegais, a Comissão salientou: «(...) é necessário retirar o auxílio incompatível concedido ao grupo Alfa Romeo sob a forma de injeções de capital (...). Em princípio o auxílio deveria ser reembolsado pelo beneficiário, isto é, pela Alfa Romeo, que, contudo, nos termos das informações fornecidas pelo Governo italiano através de ofício de 21 de Julho de 1988, foi liquidada em 31 de Dezembro de 1987, sendo transferidas para a Finmeccanica todas as actividades residuais e nomeadamente os créditos e débitos financeiros agora existentes (...). Deve considerar-se que a Fiat não adquiriu a totalidade dos activos da Alfa Romeo e restringiu a sua responsabilidade financeira em relação às dívidas financeiras líquidas da Alfa Romeo a um montante de 700 biliões de liras italianas. Por conseguinte, a Fiat não é responsável pelo reembolso do auxílio, dado também o facto de que pagou um preço equitativo pelos activos adquiridos da Alfa Romeo. O auxílio deveria ser reembolsado pela entidade jurídica que permaneceu responsável por todas as obrigações do anterior grupo Alfa Romeo para além do montante de 700 biliões de liras italianas assumidos pela Fiat e que agiu como vendedor do grupo Alfa Romeo, ou seja, a Finmeccanica. Assim sendo, a Finmeccanica é responsável pelo reembolso dos auxílios em questão.(...) Por conseguinte, a Comissão decidiu que o

informação sobre a identidade dos beneficiários nem sobre a quantia que deve recuperar-se. Nestes casos, o Estado-membro deve identificar sem dilação as empresas afetadas pela Decisão da Comissão e quantificar a quantia exata que deve ser recuperada de cada uma delas [CASTILLO DE LA TORRE (2012), p. 4].

Se na fase de execução da decisão se afigurar que o auxílio foi transferido para outras entidades, o Estado-membro poderá ter de tornar a recuperação extensível a todos os beneficiários efetivos, a fim de evitar que a obrigação de recuperação seja contornada⁴¹. É preciso também ter em atenção, neste casos, as situações em que a empresa beneficiária do auxílio a recuperar tenha entretanto sido vendida (seja por meio da compra e venda de ações seja através da compra e venda de ativos), devido às implicações que possam daí decorrer, em particular para a parte compradora. No caso de beneficiários insolventes ou objeto de um processo de falência/insolvência, o Tribunal de Justiça já determinou que esse facto não tem qualquer incidência sobre a sua obrigação de reembolsar auxílios ilegais e incompatíveis⁴².

No entanto, é preciso sublinhar que, na maioria dos casos que envolvem um beneficiário insolvente, não é possível recuperar a totalidade do montante do auxílio ilegal e incompatível (incluindo juros), uma vez que os ativos do beneficiário são insuficientes para satisfazer todos os montantes reclamados pelos credores [ORTEGA GUÍO (2012), p. 112. Por conseguinte, não será possível restabelecer plenamente e de forma tradicional a situação que existia anteriormente no mercado. Desta forma, nestes casos, a Comissão considera que

«(...) uma decisão que ordene ao Estado-membro a recuperação do auxílio ilegal e incompatível junto de um beneficiário insolvente foi correctamente executada quando estiver concluída a recuperação integral ou quando, no caso de recuperação parcial, a empresa tiver sido liquidada e os seus activos vendidos em condições de mercado. Ao executar decisões de recuperação respeitantes a beneficiários insolventes, as autoridades dos Estados-membros devem garantir que, durante o processo de insolvência, é devidamente tomado em consideração o interesse da Comunidade e, em especial, a necessidade de pôr imediatamente termo à distorção da concorrência causada pela concessão do auxílio ilegal e incompatível»⁴³.

Governo italiano deveria ordenar à Finmeccanica o reembolso dos auxílios em questão.» [cfr. COMISSÃO EUROPEIA: Decisão n.º 89/661/CEE, de 31 de Maio de 1989, relativa ao auxílio concedido pelo Governo italiano ao grupo Alfa Romeo, um produtor de veículos a motor, JO n.º L 394, de 30/12/1989, pp. 9-10].

⁴¹ Casos típicos em que a obrigação de recuperação é contornada são os casos em que a transferência não reflecte nenhuma outra lógica económica a não ser a invalidação da ordem de recuperação [situações que podemos encontrar nos acórdãos do TJUE de 08/05/2003, proc. acum. C-328/99 e C-399/00; de 29/04/2004, proc. C-277/00; de 12/05/2005, proc. C-415/03].

⁴² Ac. do TJUE de 21/03/1990, proc. C-142/87, § 59-64 e de 14/09/1994, proc. C-42/93, § 33.

⁴³ cfr. COMISSÃO EUROPEIA: Comunicação da Comissão - Para uma aplicação efectiva das decisões da Comissão que exigem que os Estados-Membros procedam à recuperação de auxílios estatais ilegais e incompatíveis, 2007/C 272/05, JO n.º C 272, de 15/11/2007, pontos 61-62.

b) A quantia a recuperar

Como já vimos, o objetivo da recuperação dos auxílios ilegais é restabelecer a situação anterior (*o statu quo ante*), colocando o beneficiário na mesma situação que estaria caso não tivesse recebido o auxílio. O Regulamento (CE) n.º 659/99 do Conselho, assim como o Tratado, não preveem que a Comissão, na decisão pela qual ordena a recuperação de um auxílio ilegal, quantifique o montante exato do auxílio a recuperar, fazendo-se, no n.º 3 do artigo 14.º daquele Regulamento uma remissão para as normas de direito nacional de cada Estado-membro. Como tal, a Comissão salienta que «[n]o caso de um regime de auxílios ilegal e incompatível, a Comissão não pode quantificar o montante de auxílio incompatível que deve ser recuperado junto de cada beneficiário. Tal implica uma análise pormenorizada, por parte do Estado-membro, dos auxílios concedidos em cada caso individual, no âmbito do regime em questão»⁴⁴. CASTILLO DE LA TORRE (2012), p. 4 acrescenta que, tratando-se de um regime de auxílios declarado ilegal e incompatível, a quantificação da quantia a recuperar requer, por parte do Estado-membro, uma análise detalhada de cada auxílio individual concedido ao abrigo do regime de auxílios em questão pois,

«Para cuantificar la cantidad exacta de ayuda que debe recuperarse de cada beneficiario individual del régimen, deberá determinar en qué medida la ayuda se há concedido a um proyecto específico, que, en el momento de su concesión, cumplía todas las condiciones de los reglamentos de exención por categorías o de un régimen de ayudas aprobado por la Comisión. En esos casos, el Estado miembro puede también aplicar los criterios sustantivos de mínimos aplicables en el momento de la concesión de la ayuda ilegal e incompatible que es objeto de la Decisión de recuperación.»

LUJA (2005), p. 569 defende que

«If the purpose of recovery is merely to restore the status quo, then what is the legal basis for going beyond this? What is the legal basis for recovering the gross amount of the state aid received if, in order to restore the status quo, the extraordinary costs incurred by the recipient of the aid are not taken into account in determining the actual financial advantage? In comparison with a competitor who did not receive unlawful state aid, it is the net advantage that affects competition, which may be either greater or less than the face value of the state aid. For instance, if an enterprise incurred extraordinary costs to be eligible for a tax benefit (for example, having a special accountant's statement drawn up or an environmental expertise report drafted), the costs should reduce the recoverable amount if it can reasonably be argued that the reports would not have been required in the normal line of business».

Nesse sentido, para este autor, se o benefício financeiro líquido é menor do que o valor bruto, a recuperação de auxílios estatais deve ser limitada a uma quantia igual ao

⁴⁴ cfr. COMISSÃO EUROPEIA: Comunicação da Comissão - Para uma aplicação efectiva das decisões da Comissão que exigem que os Estados-Membros procedam à recuperação de auxílios estatais ilegais e incompatíveis, 2007/C 272/05, JO n.º C 272, de 15/11/2007, ponto 38. Vejam-se, nesse sentido, os acórdãos do TJUE de 07/03/2002, proc. C-310/99, § 89-91 e do TGUE de 31/05/2006, proc. T-354/99, § 67.

benefício líquido, incluindo os juros. No mesmo sentido defende PÉREZ BERNABEU (2013), p. 55, sendo partidária da ideia de que deve ser recuperado o montante líquido do auxílio, determinado a partir do montante bruto diminuído dos gastos em que o beneficiário tenha incorrido para poder obter o auxílio, em todos aqueles casos em que se verifique o beneficiário incorreu num gasto como requisito prévio indispensável ou como consequência direta da receção do auxílio em causa. Esta ideia sustenta o principal objetivo da recuperação que é eliminar a distorção de concorrência provocada pela vantagem competitiva resultante do auxílio ilegal, não constituindo a devolução qualquer tipo de sanção. Desta forma, a quantia a recuperar pode não coincidir exatamente com o montante do auxílio (bruto) recebido.

Note-se que os principais problemas que se colocam em matéria fiscal com os auxílios estatais centra-se, precisamente, na recuperação de auxílios ilegais e na determinação do montante e da forma para exercer essa recuperação⁴⁵. A recuperação de auxílios de Estado de natureza fiscal assenta em determinadas especificidades a que é necessário atender. De acordo com GARCÍA NOVOA (2006), p. 22

«La recuperación de la ayuda presenta en el caso de medidas fiscales consistentes en exenciones y bonificaciones, singularidades especiales, pues va a suponer el surgimiento de una obligación tributaria específica del contribuyente beneficiario, por el importe de los beneficios ilegítimamente disfrutados. Lo mismo cabría decir de aquellas ayudas que consistieran (si se admite) en un tipo de gravamen reducido. Para ello habrá que rectificar liquidaciones, lo que exigirá tener en cuenta la posible firmeza de las mismas».

A Comissão (98/C) esclarece que, no caso dos auxílios de natureza fiscal efetivamente pagos, «(...) o montante a recuperar é calculado com base numa comparação entre o imposto efetivamente pago e aquele que deveria ter sido pago se tivesse sido aplicada a regra geral. A este montante de base são acrescidos juros. A taxa a aplicar corresponde à taxa de referência utilizada para o cálculo do equivalente subvenção no quadro dos auxílios regionais.». No fundo, nada de novo neste domínio, na medida em que, como já vimos, o objetivo da recuperação dos auxílios ilegais e da aplicação de juros nessa recuperação, não é mais do que repor a situação inicial. Desta forma, no plano fiscal, e quando estão em causa benefícios que se traduzam em isenções totais ou parciais, assim como em deduções majoradas ao rendimento ou à coleta, há que refazer o cálculo do imposto devido pelo sujeito passivo beneficiário do auxílio, na situação de não se aplicar a medida em causa.

c) Prazo para o Estado-membro aplicar a decisão de recuperação

Durante muito tempo, as decisões da Comissão relativas à recuperação de auxílios de Estado declarados ilegais ou incompatíveis especificavam um prazo único de dois meses. Dentro desse prazo, o Estado-membro implicado devia comunicar à Comissão as medidas

⁴⁵ Conforme salienta PEREIRA (2015), p. 10. ORTEGA GUÍO (2012), p. 123 realça, por exemplo, que às vezes a eliminação do benefício fiscal não implica a cobrança de um determinado montante de imposto mais elevado a receber mas sim uma diminuição de um prejuízo fiscal pelo que, nestes casos, a atuação das autoridades fiscais em cumprimento da decisão de recuperação da Comissão não implica uma receita imediata de imposto.

que tinha adotado para dar cumprimento a uma determinada decisão e, de acordo com a jurisprudência do TJUE, dentro do mesmo prazo deveria executar a decisão⁴⁶.

É fácil perceber, até por tudo o que já referimos até agora acerca das dificuldades que rodeiam todo o processo de recuperação por parte dos Estados-membros, que este prazo era manifestamente reduzido para aquilo que era exigido aos Estados-membros.

Através da sua Comunicação 2007/C 272/05, a Comissão reconheceu que o prazo de dois meses para execução das decisões da Comissão era, na maioria dos casos, demasiado curto. Desta forma, decidiu aumentar para quatro meses o prazo de execução das decisões de recuperação, passando a especificar, nas suas decisões, dois prazos: um primeiro prazo de dois meses a contar da data de entrada em vigor da decisão, dentro do qual os Estados-membros devem informar a Comissão das medidas previstas ou adotadas; um segundo prazo de quatro meses a contar da data de entrada em vigor da decisão, dentro do qual a decisão da Comissão deve ser executada.

De salientar que o TJUE tem vindo a reforçar que os contactos e negociações entre a Comissão e o Estado-membro em causa, no contexto da execução da decisão da Comissão, não dispensam os Estados-membros da obrigação de efetuarem todas as diligências possíveis para executar a decisão dentro do prazo estabelecido⁴⁷. Se um Estado-membro se deparar com dificuldades graves que o impeçam de respeitar qualquer um destes prazos, deve informar a Comissão desse facto, fornecendo uma justificação adequada e, ao abrigo do princípio da cooperação leal, a Comissão pode prorrogar o prazo⁴⁸.

5. O incumprimento da obrigação de recuperação

Conforme decorre do exposto nos pontos anteriores, a recuperação dos auxílios de Estado declarados ilegais é um elemento essencial para que seja restabelecida a concorrência no mercado interno, anulando a vantagem que, de forma ilegal, foi atribuída ao(s) seu(s) beneficiário(s). A decisão de recuperação é obrigatória, em todos os seus elementos, para o Estado-membro destinatário da mesma⁴⁹ e, a não ser que consiga demonstrar a impossibilidade absoluta para a sua execução⁵⁰, considera-se que um Estado-membro incorreu no incumprimento de uma decisão de recuperação do auxílio quando não tiver recuperado a totalidade do montante a devolver dentro do prazo concedido para a execução⁵¹.

⁴⁶ Vejam-se, designadamente, os acórdãos do TJUE de 03/07/2001, C-378/98, § 28; de 01/06/2006, proc. C-207/05, § 31-36; e de 05/10/2006, proc. C-232/05, § 44.

⁴⁷ Ac. do TJUE de 09/04/1987, proc. C-5/86, § 9 e 11.

⁴⁸ Ac. do TJUE de 01/06/2006, proc. C-207/05, § 31-35.

⁴⁹ Artigo 288.º do TFUE do qual decorre que «(...) A decisão é obrigatória em todos os seus elementos. Quando designa destinatários, só é obrigatória para estes».

⁵⁰ Veja-se, por todos, o ac. do TJUE de 14/12/2006, proc. C-485/03, § 72.

⁵¹ Conforme já assinalamos, no caso de devolução exigida a um beneficiário insolvente, a decisão considera-se executada quando a empresa seja liquidada em condições normais de mercado.

ORDÓÑEZ SOLÍS (2012) sublinha que

«La relación fundamental en el procedimiento de control de las ayudas se entabla en el contexto de la Unión Europea entre las autoridades nacionales, destinatarias del régimen de control, y la Comisión Europea, y, por tanto, la legalidad de la actuación de la Comisión al decidir qué ayuda de Estado es o no compatible con el mercado interior corresponde dilucidarla al Tribunal de Justicia de la Unión Europea; del mismo modo, la eventual responsabilidad en que pueda incurrir la Comisión Europea es exigible en exclusiva ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea».

De acordo com o n.º 1 do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 659/99, quando o Estado-membro em causa não der cumprimento às decisões condicionais ou negativas, e em especial nos casos de recuperação de auxílios ilegais, a Comissão pode recorrer diretamente ao Tribunal de Justiça da UE nos termos do segundo parágrafo do n.º 2 do artigo 108.º do TFUE. Recorde-se que o segundo parágrafo do n.º 2 do artigo 108.º do TFUE prevê que «Se o Estado em causa não der cumprimento a esta decisão no prazo fixado, a Comissão ou qualquer outro Estado interessado podem recorrer diretamente ao Tribunal de Justiça da União Europeia, em derrogação do disposto nos artigos 258.º e 259.º». Assim, caso um Estado-membro não cumpra a decisão de recuperação e não tenha conseguido demonstrar a existência de uma impossibilidade absoluta, a Comissão poderá atuar contra esse Estado-membro através de um procedimento de infração⁵².

Para que tal aconteça, é necessário que exista uma decisão da Comissão a ordenar a recuperação, que seja considerada válida, isto é, caso o Estado-membro recorra ao TJUE para solicitar a impugnação da decisão da Comissão, é necessário contar com esse período de tempo até que finalmente a decisão se torne definitiva e inatacável e, só a partir desse momento, se poderá falar do incumprimento da decisão. O incumprimento verifica-se a partir do momento que termine o prazo fixado pela Comissão na própria decisão (ou outra data posterior, se tiver sido concedida alguma prorrogação), sem que a recuperação tenha sido efetuada⁵³. Isto porque, conforme lemos do n.º 2 do artigo 108.º, é dispensada qualquer fase administrativa prévia.

Note-se que, como já realçamos, o destinatário das decisões da Comissão é o Estado-membro e a ele cabe proceder à recuperação pelo que não poderá ser invocado pelo Estado-membro qualquer responsabilidade ou atraso imputável a qualquer entidade intraestatal para justificar a não recuperação atempada. As relações internas e eventuais ações com vista

⁵² À margem desta medida e, mediante determinadas condições, a Comissão poderá solicitar ao Estado-membro afectado que suspenda o pagamento de um novo auxílio compatível ao beneficiário ou beneficiários afectados, no sentido da jurisprudência *Deggendorf*, [DÍAZ GÓMEZ (2014), p. 38].

⁵³ Conforme resulta da jurisprudência «A este respeito, importa recordar que a data pertinente para a apreciação de um incumprimento, nos termos do artigo 88.º, n.º 2, [actual artigo 108.º, n.º 2 do TFUE] segundo parágrafo, CE, só pode ser, ao contrário das alegações da República da Polónia, a que foi prevista na decisão cuja inexecução é contestada ou, eventualmente, aquela que a Comissão fixou posteriormente, pelo facto de aquela disposição não prever uma fase pré-contenciosa» [cfr. ac. do TJUE de 14/04/2011, proc. C-331/09, § 50]. No mesmo sentido o ac. do TJUE de 03/07/2001, C-378/98, § 26; de 02/07/2002, proc. C-499/99, § 28 ; de 01/06/2006, proc. C-207/05, § 31; de 05/10/2006, proc. C-232/05, § 32; e de 14/12/2006, proc. C-485/03, § 53.

a imputar responsabilidades dentro da organização administrativa de cada Estado-membro não são relevantes no que respeita à execução da decisão da Comissão [SERRANO GAZTELUURUTIA (2011), p. 148]⁵⁴.

Este procedimento é declarativo e terminará com uma sentença do TJUE a declarar o incumprimento por parte do Estado-membro. Proferida esta sentença, se o Estado-membro continuar a incumprir com a decisão da Comissão, esta poderá iniciar um novo procedimento com vista à aplicação de uma multa coercitiva ao Estado-membro incumpridor.

A segunda fase do procedimento de infração por incumprimento da obrigação de recuperação de um auxílio ilegal é, pois, a fase executiva, já não no sentido de declarar o incumprimento mas sim de forçar o Estado-membro incumpridor a executar a recuperação dos auxílios ilegais. A base legal para esta segunda fase enquadra-se no previsto no número 2 do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 659/99, segundo o qual «Se a Comissão considerar que o Estado-membro em causa não deu cumprimento a um acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, pode actuar nos termos do artigo 171.º do Tratado [actual n.º 2 do artigo 260.º do TFUE]». Neste caso, e de acordo com a referida disposição do TFUE, a Comissão pode submeter o caso ao TJUE depois de ter dado ao Estado-membro em causa a possibilidade de apresentar as suas observações. Recebidas as observações, a Comissão emitirá um parecer fundamentado especificando os aspetos em que se verificou o incumprimento por parte do Estado-membro e concedendo um prazo ao Estado-membro para efetivar a recuperação. Findo este prazo sem que a recuperação do auxílio tenha sido executada, a Comissão pode então recorrer ao TJUE para forçar a execução e ser aplicada uma multa. A Comissão deve indicar o montante da quantia fixa ou da sanção pecuniária compulsória, a pagar pelo Estado-membro, que considerar adequado às circunstâncias⁵⁵. Se o Tribunal declarar verificado que o Estado-membro em causa não deu cumprimento ao seu acórdão, pode condená-lo ao pagamento de uma quantia fixa ou progressiva correspondente a uma sanção pecuniária⁵⁶.

⁵⁴ Como recorda a autora, «la UE y sus instituciones se relacionan únicamente con los Estados, por lo que los litigios, aún causados por entes subestatales, se dirigen contra los Estados que son los responsables y garantes del cumplimiento de la legalidad comunitaria en su territorio. En el caso que nos ocupa, al ser los Territorios Históricos quienes ejercen la competencia fiscal y tributaria (cada uno en su respectivo territorio) y por tanto responsables de las normas declaradas ilegales y sancionadas con su devolución, el Estado responde ante la UE pero insta a las instituciones forales a cumplir con los requerimientos europeos. Supuestamente, en caso de que éstas últimas no acatasen la sentencia del TJUE, respondería el Estado y después habría que ver como lo repercutiría a las instituciones forales».

⁵⁵ A Comissão considera que a determinação da sanção deve basear-se em três critérios fundamentais: 1) a gravidade da infração; 2) a duração da mesma; 3) a necessidade de garantir o efeito dissuasório da sanção para evitar a reincidência [ORENA DOMÍNGUEZ (2013), pp. 19-20].

⁵⁶ A este respeito o Tribunal de Justiça salienta que «Se é certo que a condenação no pagamento de uma sanção pecuniária compulsória, que reveste uma natureza essencialmente coerciva em relação ao incumprimento em curso, só se impõe, como resulta do n.º 27 do presente acórdão, na medida em que persista a não execução do acórdão que declarou esse incumprimento, nada exige, em contrapartida, que se adopte a mesma abordagem no que respeita à imposição de uma quantia fixa. Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que o processo previsto no artigo 228.º, n.º 2, CE tem por objectivo incitar um Estado-membro inadimplente a executar um acórdão que declara um incumprimento e, desse modo, assegurar a aplicação efectiva do direito comunitário,

Conforme já salientamos *supra*, a não recuperação de auxílios declarados incompatíveis pode condicionar o exame de futuros auxílios [LINARES GIL (2001), p. 48]. Na medida em que se pretende restabelecer a situação anterior, a obrigação de reembolso não se considera como uma sanção à empresa beneficiária do auxílio. A Comissão pode, no entanto, como já reconheceu o Tribunal de Justiça, bloquear a atribuição de novos auxílios compatíveis com o direito da UE enquanto aguarda que seja efetivada uma decisão de recuperação. No caso TWD, a Comissão, na análise das notificações apresentadas pelo Governo alemão quanto à concessão de novos auxílios à empresa *Deggendorf*, declarou que os mesmos auxílios eram compatíveis com o mercado comum, no entanto, as autoridades alemãs deveriam suspender o seu pagamento até que fossem recuperados anteriores auxílios ilegais concedidos àquela empresa. O TGUE deu razão à Comissão, tendo o TJUE confirmado essa decisão, não deixando de admitir que desta forma a Comissão fazia pressão sobre aquela empresa através da proibição de pagamento de novos auxílios enquanto os antigos auxílios não fossem reembolsados⁵⁷⁻⁵⁸. Este princípio veio a ser confirmado no processo C-480/09 em que o TJUE assinalou, invocando a jurisprudência anterior, que

«(...) há que lembrar que resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a necessidade de evitar o efeito cumulativo de auxílios não reembolsados e de auxílios considerados é a mesma, quer se trate de auxílios individuais ou de auxílios que se insiram num regime de auxílios, e que a jurisprudência TWD/Comissão permite à Comissão sujeitar a compatibilidade de um auxílio com a restituição prévia de auxílios anteriores ilegais (...). Com efeito, por um lado, a Comissão deve, sendo o caso, tomar em consideração o eventual efeito cumulativo dos auxílios anteriores ilegais não restituídos e de novos auxílios (...) e, por outro, não pode constatar a compatibilidade com o mercado comum de novos auxílios a não ser quando os elementos à sua disposição lhe permitam concluir nesse sentido»⁵⁹.

Note-se que, numa Comunicação de 1983, a Comissão assinalava que

«C'est pourquoi la Commission a décidé de mettre en oeuvre tous les moyens à sa disposition pour que les obligations incombant aux États membres en vertu de l'article 93 paragraphe 3 [actual artigo 108.º, n.º 3 do TFUE] soient respectées, y compris demander aux États membres (...) de procéder à la récupération auprès des bénéficiaires d'aides octroyées illégalement, et dans le secteur agricole de

e que as medidas previstas por essa disposição, ou seja, a quantia fixa e a sanção pecuniária compulsória, têm ambas esse mesmo objectivo (...). Se a aplicação de uma sanção pecuniária compulsória se afigura especialmente adaptada para incitar um Estado-membro a pôr termo, o mais rapidamente possível, a um incumprimento que, na falta de tal medida, teria tendência para persistir, a aplicação de uma quantia fixa resulta sobretudo da apreciação das consequências da não execução das obrigações do Estado-membro em causa para os interesses privados e públicos, designadamente quando o incumprimento tiver persistido por um longo período desde o acórdão que inicialmente o declarou (...)» [cfr. ac. do TJUE de 09/12/2008, proc. C-121/07, § 56-58].

⁵⁷ Ac. do TJUE de 15/05/1997, proc. C-355/95, § 24-30 e do TGUE de 13/09/1995, proc. acum. T-244/93 e T-486/93, § 42-74.

⁵⁸ Sobre a jurisprudência *Deggendorf* veja-se ESTOA PÉREZ (2008). Neste sentido, alguns Estados-membros, como por exemplo, Itália e Espanha, já acolheram a jurisprudência *Deggendorf* nos seus ordenamentos internos estabelecendo normas segundo as quais os beneficiários de um novo auxílio estatal devem declarar que não têm à sua disposição nenhum auxílio de Estado ilegal ou incompatível [PÉREZ BERNABEU (2013)].

⁵⁹ Cfr. ac. do TJUE de 16/10/2010, proc. C-480/09 P, § 96-97.

refuser de verser les avances du FEOGA, ou d'imputer au budget du FEOGA la dépense relative aux mesures nationales qui affectent directement les mesures communautaires.»⁶⁰.

Ou seja, a Comissão defendia, nesta Comunicação, a possibilidade de recorrer à dedução parcial das ajudas da UE relativas a sectores cobertos pelas políticas comuns (designadamente da agricultura) como forma de sancionar a aplicação de auxílios de Estado ilegais. É claro que, a levar por diante esta possibilidade, que seria sem dúvida uma solução mais eficaz para a recuperação dos auxílios de Estado ilegais, a Comissão estaria a prejudicar outras empresas ou entidades que, não tendo sido beneficiadas pelo auxílio ilegal, mas sendo beneficiárias das ajudas da UE, veriam ser reduzida a sua dotação de ajudas, o que se traduziria em situações de grave injustiça material.

6. Conclusões

O regime dos auxílios de Estado na UE assenta em três pilares: proibição, notificação e recuperação. Por uma questão de princípio, as regras da UE em matéria de auxílios estatais exigem a recuperação de auxílios estatais incompatíveis, a fim de eliminar a distorção da concorrência criada pelos auxílios. Não há sanções ao abrigo das regras da UE em matéria de auxílios estatais e a recuperação não penaliza a empresa em questão. Trata-se simplesmente de restabelecer a igualdade de tratamento com outras empresas.

Um Estado-membro que, por força de uma decisão da Comissão, é obrigado a recuperar auxílios ilegais, pode escolher os meios através dos quais cumprirá essa obrigação, desde que as medidas escolhidas não ponham em causa o alcance e a eficácia do direito da UE⁶¹. E conforme já salientou o TJUE, «(...) um Estado-membro só cumpre essa obrigação de recuperação se as medidas que adoptar forem adequadas ao restabelecimento das condições normais de concorrência, falseadas pela concessão do auxílio ilegal cuja recuperação foi ordenada por uma decisão da Comissão»⁶².

No entanto, é a própria Comissão Europeia que assinala as dificuldades de fazer com que as administrações nacionais cumpram a obrigação de recuperação de auxílios ilegais. A Comissão assinala que «El hecho de que las decisiones de la Comisión se ejecuten através de los Estados miembros, de conformidad con sus procedimientos nacionales, constituye un punto débil del sistema de aplicación. Debido al inherente conflicto de intereses (al ser el Estado el donante de la ayuda y la institución encargada de la recaudación) es frecuente que con frecuencia las órdenes de recuperación no gocen de gran prioridad en los Estados miembros.» [COMISSÃO EUROPEIA, COM(2004) 256 final, p. 44]⁶³. A Comissão assinala

⁶⁰ cfr. COMISSÃO EUROPEIA: Comunicação de 24/11/1983, JO n.º C 318, de 24/11/1983, pp. 3-4 (texto não disponível em língua portuguesa nem espanhola).

⁶¹ Ac. do TJUE de 12/12/2002, proc. C-209/00, § 34; 20/05/2010, proc. C-210/09, § 21; de 22/10/2010, proc. C-507/08, § 51; e de 14/04/2011, proc. C-331/09, § 57.

⁶² Cfr. ac. do TJUE de 14/04/2011, proc. C-331/09, § 58.

⁶³ COMISSÃO EUROPEIA: Informe Marcador de ayudas estatales, actualización primavera 2004, COM(2004) 256 final, Bruxelas, 20/04/2004, documento acedido em http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/archive/2004_es.pdf.

também que «A eficácia e credibilidade do controlo dos auxílios estatais pressupõe uma aplicação correta das decisões da Comissão, nomeadamente no que diz respeito à recuperação dos auxílios estatais ilegais e incompatíveis. A experiência recente revelou que os Estados-Membros nem sempre aplicavam de forma satisfatória as decisões de recuperação, assim como as decisões condicionais ou positivas.» [COMISSÃO EUROPEIA, SEC(2005) 795, p. 15] ⁶⁴. Por isso, a Comissão, no Plano de Ação referido, salienta a importância da participação ativa de todos os interessados na defesa da concorrência e no fazer cumprir as regras relativas aos auxílios de Estado, apelando à consciencialização das empresas de auditoria, dos organismos nacionais de regulação dos mercados e dos Tribunais de Contas nacionais.

O principal problema associado à recuperação dos auxílios de Estado de natureza fiscal declarados ilegais prende-se com a dificuldade e insuficiência dos Estados-membros em definir o procedimento que deverá servir de base à execução da decisão de recuperação. Nesse domínio, não podemos deixar de salientar como muito positiva a decisão do Estado espanhol de, em 2015, introduzir na sua Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de dezembro modificada parcialmente pela Ley 34/2015, de 21 de setembro) um procedimento interno destinado à recuperação dos auxílios de Estado de natureza fiscal declarados ilegais. Outros Estados, nomeadamente Portugal, deveriam seguir o mesmo caminho, permitindo desta forma uma maior clareza e rapidez na execução das decisões da Comissão. Note-se que a matéria relacionada com os auxílios de Estado e, particularmente, os de carácter fiscal tem sido alvo de atuações atentas por parte da Comissão, muitas das quais vêm a terminar com a declaração de ilegalidade e a obrigatoriedade de recuperação. Assinale-se, nesse contexto, a recente decisão da Comissão relativa às vantagens fiscais ilegais concedidas pela Irlanda à Apple, que permitiram a esta empresa pagar substancialmente menos impostos do que outras empresas estabelecidas na Irlanda⁶⁵.

O regime dos auxílios de Estado assume um carácter instrumental mas muito relevante no que respeita à salvaguarda da criação e bom funcionamento do mercado interno. A sua aplicação no domínio fiscal é inevitável. No entanto, tem que ser objeto de uma aplicação equilibrada em que cada um cumpra o seu papel. Por um lado, os Estados-membros não podem ignorar que, apesar de preservarem ainda uma parte significativa da sua soberania fiscal, esta não pode ser exercida sem observância pelo Direito da UE⁶⁶.

⁶⁴ COMISSÃO EUROPEIA: Plano de acção no domínio dos auxílios estatais - menos auxílios estatais e mais orientados: um roteiro para a reforma dos auxílios estatais 2005-2009, documento de consulta, SEC(2005) 795, Bruxelas, 07/06/2005, COM(2005) 107 final, acedido em http://ec.europa.eu/competition/state_aid/reform/saap_pt.pdf.

⁶⁵ Sobre este caso veja-se MAITROT DE LA MOTTE (2017).

⁶⁶ A adesão de um Estado à UE, no que respeita à aplicação do regime dos auxílios de Estado, deve levar a uma preocupação acrescida no que respeita à adoção de medidas internas que permitam uma efetiva observância das decisões comunitárias [FERNÁNDEZ FARRERES (2016)].

Referências

- ÁLVAREZ ARROYO, F (2016): “Presentación y reflexiones sobre el nuevo procedimiento de recuperación de ayudas de Estado que afecten al ámbito tributario”. *Nueva fiscalidad*, nº 5.
- BURLADA ECHEVESTE, José Luís; BURLADA ECHEVESTE, Inés María (2007): “La recuperación de las ayudas de Estado ilegales”, *Nueva Fiscalidad*, May/2007, nº 5, pp. 32-33.
- CASTILLO DE LA TORRE, F. (2012): “La identificación del beneficiario de la ayuda: una panorámica jurisprudencial”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 324.
- CROIZIER, I. (1993). *L'offensive de la CEE contre les aides nationales : la récupération des aides nationales octroyées en violation du traité CEE*, Publication du Centre de Recherche européennes (CEDRE) université Rennes 1.
- DÍAZ GÓMEZ, Maria Angustias (2014): “El control comunitario de las ayudas públicas y la aplicación de la normativa comunitaria sobre ayudas por los órganos jurisdiccionales nacionales como mecanismo para evitar la distorsión de la competencia y favorecer el funcionamiento eficiente de los mercados”, in BLASCO DELGADO, Carolina; MATA SIERRA, Maria Teresa (Coord.): *Alternativas de financiación en época de crisis*, Monografías (Lex Nova), Editorial Aranzadi, acedido em www.westlaw.es.
- ESTOA PÉREZ, Abel (2008): “La jurisprudencia Degendorf como medio de forzar la recuperación de las ayudas ilegales”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 12, nº 29, pp. 193-211.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2016): “El régimen de las ayudas de Estado y su impacto en el derecho español”. *Revista de administración pública*, nº 200.
- GARCÍA NOVOA, C. & LÓPEZ GÓMEZ, A. (2014). “Reflexiones sobre el Tax Lease. A propósito de la jornada desarrollada en Santiago de Compostela en 21/11/2013”, documento de trabalho, Universidade de Santiago de Compostela, Fevereiro 2014.
- GARCÍA NOVOA, C. (2006). “La sentencia del Caso Azores y su influencia en el poder normativo de las Comunidades Autónomas en España”, *Revista Dereito* nº 15/2006.
- GYSELEN, L. (1993): “La transparence en matière d'aides d'etat: les droits des tiers”, *Cahiers de droit européen*, vol. 29, nº 3-4.
- LINARES GIL, M. (2001): “La devolución de las ayudas de Estado en el marco del Derecho Comunitario Europeo”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 196.
- LUJA, R. (2005): “State Aid Reform 2005/09: Regional Fiscal Autonomy and Effective Recovery”, *European Taxation*, December 2005.
- MAITROT DE LA MOTTE, A. (2017): “The Recovery of the Illegal Fiscal State Aids: Tax Less to Tax More”. *EC tax review*, Vol. 26, nº 2.
- MARAÑÓN HERMOSO (2003), Marta: “Problemas que pueden surgir en el procedimiento

- de recuperación de ayudas de estado”, in ORTIZ BLANCO, Luís; RAMOS GÓMEZ, Álvaro (edit.): *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*. V. 4, Dykinson, Madrid.
- MARCOS MARTÍN, M. T. (2004). “Comentario al reglamento de procedimiento en materia de ayudas de estado a los cinco años de su adopción”, *Boletín europeo de la Universidad de La Rioja*, n.º 12-13.
- MORENO GONZÁLEZ, S. (2015): “La recuperación de las ayudas de estado de carácter tributario, panorama actual y propuestas de futuro”. *Quincena fiscal*, nº 6.
- NAVARRO FAURE, A. (2010). “Los procedimientos de revisión de oficio en la LGT y la recuperación de las ayudas del Estado”, in BÁEZ MORENO; JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS; MARTÍNEZ DE PISÓN (dir.); COLLADO YURRITA (dir.); ZORNOZA PÉREZ (dir.): *Tratado sobre la Ley General Tributaria: Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*, Vol. 2, 2010 (Tomo II).
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David (2012): “Jueces nacionales y ayudas de Estado en la Unión Europea: nulidad, responsabilidad y reclamación de daños”, Materiales de trabajo-Cursos de la REFJ/EJTN, curso “Daños antitrust, derecho europeo de la competencia y jueces: acciones públicas y privadas en aplicación de los artículos 101, 102 y 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por los jueces nacionales (REFJ1224)”, Barcelona, 20, 21 e 22 de Junho de 2012, acedido em <http://www5.poderjudicial.es/CDA2012/CDA2012-04-ESP.pdf>.
- ORENA DOMÍNGUEZ, A. (2013). “Recuperación de ayudas de estado: procedimiento”, *Quincena Fiscal Aranzadi*, n.º 19/2013, acedido em www.westlaw.es.
- ORTEGA GUÍO, A. (2012). “La problemática de las ayudas de Estado en la fiscalidad: revisión de algunas decisiones de la Comisión Europea contra España”, *Cuadernos de Formación*, Instituto de Estudios Fiscales, colaboración 11/12, Vol. 15/2012.
- PEREIRA, L. (2015). “A recuperação de auxílios de Estado de natureza fiscal declarados ilegais e o papel dos contabilistas e consultores fiscais”. In *Livro de Comunicações do V Congresso dos TOC*. Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, Setembro de 2015, Lisboa, ISBN 978-972-9171-86-4.
- PÉREZ BERNABEU, B. (2008). *Ayudas del estado en la jurisprudencia comunitaria: concepto y tratamiento*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- _____. (2013). *La recuperación de las ayudas de Estado. Principios y procedimiento*. Instituto de Estudios Fiscales, Estudios Jurídicos, Madrid.
- _____. (2016): “Análisis de algunas cuestiones controvertidas en relación con los procedimientos de recuperación de ayudas de Estado”. *Documentos Instituto de Estudios Fiscales*, nº 13/2016.
- PORTO, M. & NOGUEIRA DE ALMEIDA, J. (2006): “State Aids in Portugal”. *Temas de Integração*, nº 22/2006.

PRÓSPER ALMAGRO, A. B. (2016): “El nuevo procedimiento tributario de recuperación de ayudas de Estado”. *Documentos Instituto de Estudios Fiscales*, nº 13/2016.

SANTOS, A. C. (2003). *Auxílios de Estado e Fiscalidade*. Coimbra: Almedina.

SERRANO GAZTELUURRUTIA, Susana (2011): “La incidencia de las ayudas de Estado en las cooperativas vascas”, *Revista Vasca de Economía Social - GEZKI*, n.º 7, pp. 111-153

SOLER ROCH, M. T. (2006). “Las medidas fiscales selectivas en la jurisprudencia del TJCE sobre ayudas de Estado”, *Quincena Fiscal*, n.º 14.

DA SUCESSÃO LEGITIMÁRIA E DA PROIBIÇÃO DOS PACTOS SUCESSÓRIOS – A NECESSÁRIA FLEXIBILIZAÇÃO

Cristina Dias¹

1. Introdução

A existência da sucessão legitimária visa salvaguardar o interesse da família, reconhecendo a certos familiares mais próximos do autor da sucessão o direito de participarem do seu património, “ou porque ajudaram a produzi-lo, conservá-lo e desenvolvê-lo, ou por se entender que, mesmo após a sua morte, persiste um dever moral de prestar assistência a essas pessoas”².

Visando a proteção de certos familiares (cônjuge, descendentes e ascendentes) e garantindo a manutenção do património dentro da família, justificar-se-á a existência da sucessão legitimária, ou seja, é legítimo limitar o poder de disposição do titular dos bens para acautelar que tais familiares recebam os mesmos, sem qualquer esforço, no momento da morte do seu titular?

Por outro lado, a existência da sucessão legitimária, tal como a conhecemos no ordenamento jurídico português, a par da proibição de disposição *mortis causa* por contrato em vida do autor da sucessão (v., artigo 1728.º do Código Civil)³, estimula a existência de outro tipo de disposição dos bens por morte.

De facto, o Direito das Sucessões português, centrado na transmissão patrimonial assente na propriedade imobiliária, “não atende a manifestações modernas e frequentes de atribuição patrimonial *post mortem*”⁴, não estando previsto no seu âmbito original um tipo de riqueza “objecto de transmissão ou atribuição célere e simplificada segundo regras de Direito Comercial, Bancário ou dos Seguros”^{5/6}. Há, por isso, um conjunto de bens e valores que fica à margem das regras sucessórias, estando sujeitos a um “regime jurídico “paralelo” ao sucessório”⁷.

Procuraremos, assim, analisar neste texto algumas das matérias do direito sucessório que exigem a necessária modernização e flexibilização à luz da realidade social atual.

¹ Professora Associada com Agregação da Escola de Direito da Universidade do Minho.

² Leal (2004), p. 93.

³ Sempre que sejam citados artigos, sem indicação expressa do diploma a que pertencem, a menção reporta-se ao Código Civil.

⁴ PINHEIRO (2017), p. 28.

⁵ Pinheiro, *ibidem*.

⁶ Além de restringir a liberdade individual ao prever uma sucessão legitimária onde não se atende ao mérito ou às necessidades dos beneficiários e às relações que têm com o *de cuius*.

⁷ CORTE-REAL (1993), p. 194.

2. Da sucessão legítima – análise crítica

a) Noção, natureza jurídica e herdeiros legítimos

A sucessão legítima é deferida por lei e não pode ser afastada pela vontade do autor da sucessão. Diz respeito à porção de bens de que o *de cuius* não pode dispor por estar destinada por lei aos herdeiros legítimos (artigo 2157.º). Podemos distinguir, no conjunto dos bens do *de cuius*, duas porções de bens: a quota indisponível ou legítima (a porção de bens, que varia nos termos dos artigos 2158.º a 2161.º, de que o autor da sucessão não pode dispor por estar destinada ao cônjuge, descendentes ou ascendentes, como herdeiros legítimos) e a quota disponível (a porção de bens que o autor da sucessão pode dispor a favor de quem entender). Havendo herdeiros legítimos, os poderes de disposição (*mortis causa* e até entre vivos, nos casos previstos no n.º 2 do artigo 242.º) do autor da sucessão estão limitados, dado que não pode afetar a porção de bens que caberá a tais herdeiros.

A natureza jurídica da legítima, da quota da herança legalmente destinada aos herdeiros legítimos, tem sido uma das matérias objeto de discussão. Apresentam-se duas concepções possíveis: uma que vê no direito à legítima um direito a uma parte dos bens da herança (*pars hereditatis*); e outra que o vê como um direito a uma parte do valor dos bens (*pars bonorum*)⁸.

Os argumentos utilizados pela nossa doutrina para a defesa da teoria da *pars hereditatis* (legítima como parte dos bens da herança) resultam, desde logo, de o próprio artigo 2156.º definir a legítima como “porção de bens”. Invoca-se também o princípio da intangibilidade da legítima (artigo 2163.º) e o facto de a redução das liberalidades inoficiosas se fazer em espécie, o que não se justificaria se o direito à legítima fosse simplesmente um direito a um valor abstrato (artigo 2174.º, n.º 1)⁹.

Dispõe o artigo 2157.º que são herdeiros legítimos o cônjuge, os descendentes e os ascendentes, pela ordem e segundo as regras estabelecidas para a sucessão legítima.

Assim, há que respeitar, desde logo, os artigos 2134.º a 2136.º que estabelecem os princípios gerais da sucessão legítima, ou seja, o princípio da preferência de classes (artigo 2134.º), o princípio da preferência de graus de parentesco dentro de cada classe (artigo 2135.º), e o princípio da sucessão por cabeça (artigo 2136.º)^{10/11}.

⁸ PINHEIRO (2017), p. 313, refere ainda uma outra concepção, que se verifica no direito alemão: a legítima como *pars valoris*. Isto é, a legítima será parte de um valor, não sendo os herdeiros legítimos sucessíveis em sentido estrito, mas apenas credores de um direito pecuniário a cuja satisfação estão obrigados os herdeiros legais ou instituídos.

⁹ V., COELHO (1992), pp. 314 e 315, Corte-REAL (1993), p. 336, e (2012), p. 335, PITÃO (2005), p. 30, BARBOSA (2008), p. 81, FERNANDES (2012), pp. 401 e 402, e DIAS (2017), p. 200.

¹⁰ Os parentes de cada classe sucedem por cabeça ou em partes iguais, salvas as exceções previstas no código. Uma das exceções opera no domínio do direito de representação, onde a partilha é feita por estirpes (artigos 2044.º e 2138.º). Outras exceções ocorrem no caso de concurso de cônjuge e descendentes (artigo 2139.º, n.º 1), de cônjuge e ascendentes (artigo 2142.º, n.º 1), e de irmãos germanos e unilaterais (artigo 2146.º). V., SOUSA (2000), p. 243.

¹¹ Assim, de acordo com tal ordem e regras da sucessão legítima, se existir cônjuge e descendentes não são chamados como herdeiros legítimos os ascendentes. Por outro lado,

Por outro lado, importa também ter em consideração as classes de sucessíveis do artigo 2133.º e as regras dos artigos 2139.º a 2144.º. Assim, e em caso de concurso do cônjuge com descendentes (ou adotados), a partilha entre o cônjuge e os filhos faz-se por cabeça, dividindo-se a quota indisponível do autor da sucessão em tantas partes quantos forem os herdeiros legítimos. Mas, a quota do cônjuge não pode ser inferior a uma quarta parte da legítima global (artigo 2139.º, n.º 1)¹².

Se os filhos não puderem ou não quiserem aceitar a sua legítima, o cônjuge concorre com os descendentes deles (artigo 2140.º), ou seja, os descendentes de segundo grau e seguintes sucedem por direito de representação, cabendo a cada estirpe aquilo em que sucederia o ascendente respetivo.

Por outro lado, se algum ou alguns dos descendentes, e não existindo direito de representação (artigos 2138.º, 2140.º e 2042.º), não quiserem ou não puderem aceitar, o cônjuge tem, juntamente com os descendentes que aceitaram, direito de acrescer (artigo 2137.º, n.º 2)¹³.

Se o autor da sucessão não deixar cônjuge sobrevivente, a quota indisponível divide-se pelos filhos em partes iguais (artigo 2139.º, n.º 2).

Também aqui se os filhos não puderem ou não quiserem aceitar são chamados à sucessão, por direito de representação, os respetivos descendentes (artigo 2140.º).

Na falta de descendentes e ascendentes o cônjuge é chamado à totalidade da legítima global (artigos 2141.º e 2144.º).

Se existirem ascendentes o cônjuge concorre com eles, integrando a segunda classe de sucessíveis (artigo 2133.º, n.º 1, al. b), e n.º 2). Nesta situação, ao cônjuge pertencerão duas terças partes e aos ascendentes uma terça parte da legítima global (artigo 2142.º, n.º 1).

Na falta de cônjuge, os ascendentes são chamados à totalidade da quota indisponível (artigo 2142.º, n.º 2).

dentro de cada classe, os parentes de grau mais próximo excluem os de grau mais afastado, sem prejuízo do direito de representação: se existir um filho não será chamado o neto.

¹² Esta regra só tem relevo quando o cônjuge concorra à sucessão legítima com quatro ou mais filhos. Como escreve COELHO (1992), p. 306, “a lei terá querido evitar que a quota hereditária do cônjuge fosse excessivamente pequena, justamente nos casos em que, por a família ser muito numerosa, lhe tivessem sido pedidos maiores sacrifícios; e terá acreditado que, normalmente, os filhos sempre virão a receber a totalidade dos bens à morte do segundo progenitor”. Manifestando-se contra este tratamento preferencial do cônjuge previsto no artigo 2139.º, n.º 1, v., NOGUEIRA (1980), pp. 684 e 685. Refere este autor que se “a prole é numerosa, tanta razão há para pensar que o cônjuge sobrevivente está carecido de meios económicos de subsistência como para pensar que os filhos do *de cujus* também não vivem desafogadamente. O que parece justo é que o cônjuge seja tratado de forma rigorosamente igual a qualquer dos filhos do autor da sucessão e não mais do que isso”.

¹³ O artigo 2137.º, n.º 2, apenas exceciona o previsto no artigo 2143.º, no caso de sucessão do cônjuge e ascendentes. Não há motivos para aplicar o mesmo no caso da sucessão do cônjuge com descendentes, pelo que, neste caso, o cônjuge também beneficia do direito de acrescer com os restantes descendentes. Neste sentido também se pronuncia SOUSA (2000), p. 247 e nota 621, e ASCENSÃO (2000), pp. 345 e 346. Contra, v., NOGUEIRA (1980), pp. 685-687.

Quer no caso de concorrerem com o cônjuge quer no caso de receberem a totalidade da quota indisponível, a partilha entre os ascendentes faz-se de acordo com os princípios da preferência de graus de parentesco dentro de cada classe (artigo 2135.º) e da sucessão por cabeça (artigo 2136.º), conforme dispõe o artigo 2142.º, n.º 3, não existindo direito de representação.

Na falta de descendentes e ascendentes, o cônjuge é chamado à totalidade da quota indisponível, como já referimos (artigo 2144.º).

Repare-se ainda no artigo 2143.º. Se os ascendentes forem chamados à quota indisponível em concurso com o cônjuge, e algum ou alguns dos ascendentes não puderem ou não quiserem aceitar, a sua parte acresce à dos outros ascendentes que concorram à sucessão. Só se estes não existirem é que acrescerá à parte do cônjuge sobrevivente.

Ora, os referidos herdeiros legítimos têm direito a uma porção de bens (a legítima objetiva ou global). O apuramento da legítima varia em função da classe e tipo de herdeiro legítimo e do número de herdeiros legítimos. Só depois de determinada a legítima global ($2/3$, $1/2$...) ¹⁴ é que será possível apurar a legítima que cabe a cada um dos herdeiros legítimos, o seu quinhão legítimo (legítima subjetiva).

Há várias hipóteses a ponderar.

No caso de concurso do cônjuge com descendentes, a legítima do cônjuge e dos filhos, é de dois terços da herança (artigo 2159.º, n.º 1).

No caso de um filho não poder ou não querer aceitar a herança há direito de representação a favor dos seus descendentes que terão direito à legítima que caberia ao seu ascendente (artigo 2160.º).

Não havendo cônjuge sobrevivente, a legítima dos filhos é de metade ou dois terços da herança, conforme exista um só filho ou existam dois ou mais (artigo 2159.º, n.º 2).

Uma questão que pode colocar-se é a de saber se, neste caso em que a legítima varia consoante exista um ou mais filhos, os sucessíveis legítimos que repudiam a sua parte contam para efeitos do cálculo da porção da legítima global. Se existirem dois filhos e um repudia, se este contar para o referido cálculo a legítima será de dois terços; caso contrário, será de metade.

¹⁴ É interessante notar que, e seguindo COSTA (1997), pp. 19 e 20, a quota disponível do autor da sucessão manteve-se, durante séculos, limitada a um terço dos bens. A quota disponível (“terça”) surgiu da influência muçulmana na Península e transitou para a versão originária do Código Civil de 1867, no caso de o *de cuius* deixar descendentes. Só no caso de o autor da sucessão deixar ascendentes que não os pais é que a quota disponível era de metade (artigo 1787.º do Código Civil de 1867). Só com o Decreto de 31 de outubro de 1910, cujas normas foram integradas no Código Civil com a Reforma de 1930 (pelo Decreto n.º 19126, de 16 de dezembro de 1930), se alargou para metade a quota disponível, nas situações gerais, e para dois terços, se os sucessíveis fossem ascendentes de segundo grau ou superior. No Código Civil de 1966, a legítima e a quota disponível são variáveis tendo em conta o número e o grau de herdeiros legítimos, como resulta do texto.

Ora, e em primeiro lugar, a solução que inclui o herdeiro legítimo repudiante para efeitos do cálculo da legítima releva em matéria do direito de representação, de transmissão do direito de aceitar e do direito de acrescer (onde a posição do designado sucessório com posição prevalente influencia a do que efetivamente sucede). Depois, tal entendimento é o que melhor se articula com a solução do n.º 2 do artigo 2114.º. Aí se determina que, em caso de repúdio do herdeiro legítimo descendente sem representantes mas sujeito à colação por doação em vida do autor da sucessão, o montante da legítima subjetiva desse repudiante deve preencher a respetiva doação, ou seja, imputa-se na quota indisponível o valor da doação. Isto significa que tal herdeiro repudiante tem de contar para efeitos do cálculo da legítima para que possa depois imputar-se no seu quinhão hereditário o valor da doação¹⁵.

Os descendentes de segundo grau e seguintes têm direito à legítima que caberia ao seu ascendente, sendo a parte de cada um fixada nos termos prescritos para a sucessão legítima (artigo 2160.º).

Na falta de descendentes, a legítima do cônjuge, se não concorrer com ascendentes, é de metade da herança (artigo 2158.º).

Não havendo descendentes, mas concorrendo o cônjuge com ascendentes, a legítima do cônjuge e dos ascendentes é de dois terços da herança (artigo 2161.º, n.º 1).

Se o autor da sucessão não deixar descendentes nem cônjuge sobrevivente, a legítima dos ascendentes é de metade ou de um terço da herança, conforme forem chamados os pais ou os ascendentes do segundo grau e seguintes (artigo 2161.º, n.º 2).

b) Cálculo da legítima

O cálculo da herança para efeitos do apuramento da legítima deve efetuar-se nos termos previstos no artigo 2162.º. Para o cálculo da legítima deve atender-se ao valor dos bens existentes no património do autor da sucessão à data da sua morte, ao valor dos bens doados, às despesas sujeitas a colação e às dívidas da herança (n.º 1 do artigo 2162.º)¹⁶. Deve, assim, ter-se em consideração o património existente no momento da morte (*relictum*), mas também os bens de que o *de cuius* dispôs em vida (as doações e despesas – *donatum*).

A principal questão que se coloca é a de saber a ordem das operações, isto é, o artigo 2162.º, n.º 1, apresenta os elementos para o cálculo da herança, mas não determina a sua ordem¹⁷.

¹⁵ Neste sentido, v., COELHO (1992), p. 316.

¹⁶ Como diz COELHO (1992), p. 318, a legítima será de metade, de dois terços ou de um terço “de uma massa de cálculo assim obtida”.

¹⁷ Debatem-se duas doutrinas opostas nesta matéria. Para uma, os bens doados não respondem pelo passivo da herança. Assim, primeiro abate-se o passivo aos bens deixados no património do autor da sucessão e, de seguida, soma-se o *donatum*. Solução semelhante apresenta o artigo 818.º do Código Civil espanhol. Era esta também a ordem que o artigo 1790.º, 1.º, do nosso Código Civil de 1867, estabelecia para o cálculo da quota disponível (“somar-se-á o valor de todos os bens que o autor da herança houver deixado, feita a dedução das dívidas da herança; ajuntar-se-á à soma restante o valor dos bens que o falecido houver doado, e a quota

Em primeiro lugar deve proceder-se à avaliação dos bens existentes no património do autor da sucessão à data da sua morte.

Em segundo lugar proceder-se-á à dedução das dívidas. O pagamento do passivo deve ser à custa dos bens deixados e não à custa da soma dos bens deixados com os bens doados. Os credores não podem pagar-se à custa destes últimos.

Deve somar-se depois o valor dos bens doados e as despesas sujeitas a colação. Para efeitos do cálculo da legítima, a herança é, assim, composta não só pelos bens deixados no património do autor da sucessão mas também pelos bens doados¹⁸. Trata-se de uma restituição fictícia de todos os bens doados (aos presumíveis herdeiros do autor da sucessão ou a outras pessoas).

Uma vez realizadas estas operações obtém-se o valor da herança a partir do qual se poderá calcular a quota da legítima global. Apurada esta, estaremos em condições de determinar a legítima subjetiva, ou seja, o quinhão legítimo que cabe a cada um dos herdeiros legítimos. Mas, para isso, e se o *de cuius* fez liberalidades a um ou mais herdeiros legítimos, teremos ainda de saber onde imputar o valor de tais doações (imputação na quota indisponível ou na quota disponível).

Podemos dizer que a imputação é a atribuição de uma liberalidade realizada pelo autor da sucessão a uma das duas quotas em que se divide a herança havendo herdeiros legítimos¹⁹. A abertura da sucessão legítima implica sempre que se apurem as quotas disponível e indisponível (a legítima) do autor da sucessão. É evidente que o problema da imputação coloca-se em geral em relação a quaisquer sucessíveis, mas, para efeitos de cálculo da legítima, importa ter em conta a imputação de liberalidades feitas aos herdeiros legítimos.

Uma vez realizadas as operações referidas para o cálculo da legítima (global) resta, assim, para determinar a legítima a que cada herdeiro legítimo tem direito (o seu quinhão legítimo), imputar na legítima de cada herdeiro as liberalidades que o autor da sucessão lhe tenha feito. Se existir excesso (a diferença entre o valor que se imputou na legítima e o montante desta) recebê-lo-á.

disponível será calculada em relação a esta soma total”).

Para a outra doutrina, os bens doados também respondem pelo passivo da herança. Assim, primeiro soma-se o *donatum* ao *relictum* e só depois se abatem as dívidas.

A diferença das teorias tem relevo prático sobretudo no caso de herança deficitária, em que, para esta última teoria, os herdeiros legítimos podem ficar sem legítima, mesmo que, ainda que o passivo da herança seja superior ao ativo, o *de cuius* tenha feito várias liberalidades.

¹⁸ Estes continuam a ser administrados pelos donatários, nos termos do artigo 2087.º, n.º 2.

¹⁹ Escreve CORTE-REAL (1989), pp. 90 e 91, que a imputação, no âmbito da sucessão legítima, surge “como uma operação de enquadramento, “de encaixe” [Jorge Leite], na quota indisponível ou na quota disponível, de certa liberalidade em vida ou por morte; ou como operação de preenchimento da própria quota legítima (...); ou, ainda, como operação de salvaguarda da quota disponível, ou mesmo das legítimas dos não beneficiados, através da dedução contabilística da liberalidade, *mortis causa* ou *inter vivos*, feita a um legítimo, no montante da respectiva legítima (imputação *ex se*)”.

c) Razão de ser – justifica-se a sucessão legítima?

Atendendo às modalidades de sucessão, o nosso sistema jurídico sucessório é um sistema misto, com características do sistema capitalista ou individualista e do sistema familiar. É na sucessão legítima que a preocupação de que os bens sejam atribuídos a certos familiares é mais marcada.

Na verdade, a relevância dada à família na sucessão legítima, de carácter supletivo, não assegura que os bens permaneçam na mesma família, dado que o autor da sucessão pode dispor dos seus bens em sentido contrário (por testamento ou, nos casos admitidos, por pacto sucessório). Esta finalidade é atingida pela sucessão legítima, cujo fundamento reside, assim, na proteção da família mais próxima: cônjuge, descendentes e ascendentes (artigo 2157.º). A estes sucessíveis é reservada uma parte dos bens do *de cuius* sobre a qual não pode ele exercer a sua liberdade de disposição.

De facto, o autor da sucessão tem plena liberdade de testar e de deixar os seus bens a quem quiser, sejam ou não seus familiares. Mas não pode afetar a quota indisponível reservada por lei aos herdeiros legítimos, sob pena de redução por inoficiosidade das liberalidades em vida ou por morte que o autor da sucessão tenha feito que ofendam tal legítima.

A existência de uma quota indisponível do autor da sucessão corresponde a uma tradição profundamente enraizada nas nossas leis, mesmo desde tempos anteriores às Ordenações²⁰. Tradicionalmente, e à luz do Código de Seabra, que contemplava como herdeiros legítimos os descendentes e os ascendentes, entendia-se que a legítima dos descendentes resultava da obrigação natural que os pais têm de não deixar desamparados socialmente os seus filhos, e a legítima dos ascendentes assentava na compensação dos sacrifícios feitos com a educação dos descendentes. Era a exigência de um auxílio mútuo, como dever familiar, que justificava a sucessão legítima²¹.

A existência da sucessão legítima visa salvaguardar o interesse da família, reconhecendo a certos familiares mais próximos do autor da sucessão o direito de participarem do seu património, “ou porque ajudaram a produzi-lo, conservá-lo e desenvolvê-lo, ou por se entender que, mesmo após a sua morte, persiste um dever moral de prestar assistência a essas pessoas”²².

Visando a proteção de certos familiares (cônjuge, descendentes e ascendentes) e garantindo a manutenção do património dentro da família, justificar-se-á a existência da

²⁰ Como refere FERREIRA (1898), p. 332, já nos antigos forais, onde o direito de testar era largamente admitido, se encontravam vestígios “das legítimas”.

Refere o autor, na mesma obra, p. 331, que em Roma chegou a ser consagrado o princípio absoluto da liberdade de testar. Começou, porém, a levantar-se forte reação contra a crueldade dos pais que privavam sem qualquer razão os seus filhos da herança. Tal originou, inicialmente, a existência de ações de inoficiosidade e de deserdação formal, e, numa outra fase, à introdução das legítimas. V., também, BASTOS (1982), p. 78, e CORTE-REAL (1989), pp. 99 e segs. Com uma resenha evolutiva do fenómeno sucessório, v., SOUSA (1999), pp. 26 e segs.

²¹ Ferreira, *ibidem*.

²² Leal (2004), p. 93.

sucessão legítima, ou seja, é legítimo limitar o poder de disposição do titular dos bens para acautelar que tais familiares recebam os mesmos, sem qualquer esforço, no momento da morte do seu titular?

Há autores que consideram, atendendo às suas consequências negativas, desaconselhável a existência da sucessão legítima²³. De facto, a sucessão legítima pode conduzir, atendendo à partilha entre os vários herdeiros legítimos, à divisão e pulverização de unidades produtivas, e pode levar a que os herdeiros legítimos, na expectativa de receber os bens da herança e de viver à custa da mesma, não tenham qualquer estímulo para o trabalho. Se o autor da sucessão puder dispor livremente dos seus bens poderá assegurar a continuidade das suas unidades produtivas e seleccionar os mais aptos ao exercício de uma dada atividade²⁴.

É verdade que a família e a proteção da família estão constitucionalmente consagradas (artigos 36.º e 67.º da Constituição da República Portuguesa), mas também a liberdade de disposição, enquanto tradução do direito à propriedade privada (artigo 62.º da Constituição). A existência de uma quota indisponível do autor da sucessão pode implicar uma limitação exagerada do direito de propriedade que deve abranger a liberdade de testar de todos os bens de que se é titular. “Por que razão uma pessoa está impedida de determinar, de forma relativamente incondicionada, o destino da generalidade dos bens que lhe pertencem? Por que motivo certas pessoas, em regra, adquirem forçosamente o direito a adquirirem um património, independentemente do mérito e graças a um vínculo familiar (de parentesco ou conjugal) que têm com o *de cuius*?”²⁵.

A limitação do poder de disposição do autor da sucessão, que está forçado a respeitar a legítima dos seus herdeiros legítimos, que na maioria dos casos atinge dois terços da herança, demonstra a prevalência da conexão família e a proteção desta, garantindo que os bens do *de cuius* não saem da sua família, conjugal ou de parentesco, sobre a autonomia privada e a liberdade de disposição. O próprio direito tem formas de

²³ De referir que ela não existe nos ordenamentos jurídicos anglo-americanos. Os sistemas da *Common Law* não têm uma limitação à liberdade de disposição do autor da sucessão imposta por uma quota indisponível.

²⁴ FERNANDES (2012), p. 29. Acrescenta o autor que as razões sociais que justificam a sucessão legítima suplantam aqueles inconvenientes. Além disso, considera haver alguns meios que os atenuam como a partilha em vida (artigo 2029.º), o legado por conta da legítima (artigo 2163.º) e o legado em substituição da legítima (artigo 2165.º). Não podemos, porém, esquecer que tais mecanismos exigem uma atuação por parte do autor da sucessão, além de que se mantém a limitação do poder de disposição do titular dos bens, já que tais institutos exigem o consentimento dos herdeiros legítimos que podem até afastá-los se pretenderem receber a sua legítima subjetiva nos termos gerais.

²⁵ PINHEIRO (2017), p. 232. Entende o autor que, numa altura em que a riqueza é sobretudo fruto do trabalho e de aplicação de capital, perdendo a família a sua antiga função de unidade de produção, não parece poder mais entender-se a sucessão *mortis causa* como uma contrapartida justa da colaboração prestada pelos familiares ao *de cuius* na formação do património. Sugere o autor a possibilidade de a proteção da família, em caso de morte do *de cuius*, ficar assegurada por via de uma obrigação de alimentos exigíveis à herança e por via de legados legais que incidissem sobre a casa de morada da família e o respetivo recheio.

atenuar esta rigidez²⁶, mas sempre assegurando a existência da quota indisponível reservada aos herdeiros legitimários. De facto, a única forma de os privar da sua legítima é por via da deserdação (artigo 2166.º).

Parece-nos que, e para alcançar o fim visado com a sucessão legitimária, ou seja, para assegurar a continuidade dos bens dentro da família, a manutenção do nível de vida do cônjuge e auxiliar os descendentes com um determinado património²⁷, poderia optar-se por outra solução mais compatível com a liberdade de disposição e a autonomia privada. Tendo em consideração a evolução verificada na família e na instituição casamento, no facto de, na generalidade dos casos, e atendendo à conjuntura económica atual, as grandes fortunas e patrimónios imobiliários e mobiliários serem raros, na realidade de que a família já não é o suporte de um património que se transmite de geração em geração, e às razões apontadas contra a sucessão legitimária, deve privilegiar-se a liberdade de testar face à proteção da família. Se o autor da sucessão construiu ao longo da sua vida um determinado património, maior ou menor, e muitas vezes sem a colaboração de familiares, deveria poder dele dispor integralmente e a favor de quem entender para depois da sua morte. Não tem sentido que um pai ou uma mãe a quem os filhos nunca prestaram apoio nem auxiliaram na sua velhice tenha que reservar uma quota da sua herança aos mesmos que, no momento da morte daquele ou daquela, surgem como herdeiros legitimários²⁸.

Assim, a sucessão legítima, supletiva, poderia alcançar o mesmo fim da sucessão legitimária tal como prevista no nosso ordenamento jurídico. De facto, o cônjuge, os descendentes e os ascendentes receberiam o referido património caso o autor da sucessão nada dispusesse. Se a necessidade de cuidar da família, deixando os familiares numa posição confortável economicamente, for uma prioridade do autor da sucessão, reconhecendo o vínculo que o une aos mesmos, o autor da sucessão nada disporá e funcionará a sucessão legítima. Caso contrário, e até para corrigir injustiças que seriam criadas com uma partilha igualitária entre os herdeiros, poderia dispor dos seus bens a favor de outras pessoas que não aqueles familiares ou beneficiar algum ou alguns deles. Seriam aquelas situações em que os referidos familiares se afastaram do autor da sucessão, em que não existe um verdadeiro vínculo afetivo e de entreajuda entre os

²⁶ PINHEIRO (2017), p. 233, aponta, como instrumentos de flexibilização da sucessão legitimária, a colação, o legado por conta da legítima e em substituição da legítima, a cautela sociniana, e a partilha em vida.

²⁷ Razão esta que hoje em dia não tem grande suporte real. Na verdade, a esperança média de vida é superior à que existia na altura do surgimento do Código Civil. De facto, quando o autor da sucessão morre, os seus descendentes, na generalidade dos casos, são já adultos e com vida autónoma e independente. A herança vai aumentar o património que já possuem e não permitir-lhes meios de sustento e de início de vida. V., CAMPOS (1985), p. 29, nota 31.

²⁸ GARY (2008), p. 390, citando Anne-Marie Rhodes, da Loyola University Chicago School of Law, escreve que talvez as regras sucessórias no século XXI venham a centrar-se na forma como as pessoas se tratam umas às outras. Por seu lado, RHODES (2008), pp. 434 e 445, afirma que o Direito das Sucessões nunca assentou num único modelo, oscilando entre a proteção da família e o comportamento do herdeiro face ao autor da sucessão e, em função disso, o seu afastamento da sucessão. Alicerçando as situações de afastamento da sucessão (*disinheritance*) na conduta do herdeiro, o destino da herança pode assentar numa apreciação subjetiva da interação e da conduta de uma pessoa para com a outra.

mesmos²⁹.

Poder-se-ia, todavia, reservar, como acontece no direito alemão, uma parte da herança a tais familiares, mas a legítima não se traduziria numa porção de bens de que o testador não pode dispor³⁰. Ou seja, o autor da sucessão poderia dispor (*mortis causa*) dos seus bens a favor de quem entendesse, mas o cônjuge sobrevivente, os descendentes e os ascendentes, enquanto herdeiros legitimários, poderiam reclamar o pagamento de uma quantia em dinheiro correspondente a uma quota da herança que lhe seria atribuída enquanto herdeiro legítimo. Os legitimários surgiriam, assim, como credores daquele valor.

3. Da sucessão contratual – proibição de pactos sucessórios

A sucessão testamentária e a sucessão contratual encontram o seu fundamento no princípio da autonomia privada e da liberdade de disposição (que o artigo 62.º da Constituição da República Portuguesa inclui no direito de propriedade do titular). É evidente que, sendo muito limitado o campo de admissibilidade dos pactos sucessórios, a sucessão testamentária representa a principal forma pela qual se manifesta a liberdade do autor da sucessão de dispor dos seus bens. O proprietário dos bens tem liberdade de dispor dos mesmos, tanto a título oneroso como gratuito (e, neste caso, quer entre vivos quer *mortis causa*). É no domínio dos atos de disposição a título gratuito *mortis causa* que o testamento desempenha a sua função.

De acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 2028.º do Código Civil os contratos sucessórios apenas são admitidos nos casos previstos na lei, sendo nulos todos os demais, sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 946.º do mesmo código. Assim, os pactos sucessórios são, por regra, proibidos e se forem celebrados são nulos (artigos 286.º e 289.º e segs.).

²⁹ No direito alemão, que contempla também os descendentes como herdeiros legais, é reconhecido ao descendente do falecido que tenha dado um especial contributo ao *de cuius*, na esfera pessoal (por exemplo, cuidando dele ou fazendo-lhe mais companhia) ou patrimonial (por exemplo, suportando as despesas com o seu sustento ou pagando os tratamentos e medicamentos para a sua doença), permitindo dessa forma a conservação ou o aumento do património do autor da sucessão, uma compensação perante os outros descendentes que concorram à sucessão legal (§2057.ºa do BGB). Essa compensação é acrescentada à quota hereditária do descendente, permitindo, assim, igualar a partilha (tal como a colação a que estejam sujeitos os descendentes que receberam doações em vida do autor da sucessão). Entre nós deveria existir norma idêntica. Caso contrário, tanto sucede, e recebendo o mesmo, o filho que não vê o pai ou a mãe há anos como o que o acompanhou e esteve sempre presente.

³⁰ Mesmo no direito alemão a existência da legítima chegou a ser contestada. Em 2000, o Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*) pronunciou-se sobre um pedido de inconstitucionalidade da quota obrigatória reservada aos legitimários. Apesar de não aceitar, alegava-se a inconstitucionalidade por impor uma limitação injustificável à liberdade de testar, dado que a função de sustento que cabia a essa quota deixou de lhe existir, atendendo à evolução demográfica e social. V., PINTENS/SEYNS (2009), p. 171.

De acordo com os artigos 1700.º e segs. do Código Civil são admitidos alguns pactos sucessórios nas convenções antenupciais^{31/32}: 1) a instituição pelos esposados na convenção antenupcial, e por doação *mortis causa*, reciprocamente ou apenas a favor de

³¹ Os donatários *mortis causa* não têm em vida do autor da sucessão um direito subjetivo aos bens doados, mas apenas uma expectativa juridicamente tutelada, que se traduz na atribuição de meios jurídicos para se oporem aos atos do doador que violem a eficácia, a irrevogabilidade e a imutabilidade de tais doações. Essa tutela varia consoante o tipo de doação *mortis causa*, ou seja, importa distinguir as doações feitas a título de herança (a doação de parte ou da totalidade da herança) e as que nomeiam legatários (doação de bens certos e determinados), bem como as que são feitas entre os esposados ou por terceiros aos esposados e as realizadas pelos esposados a terceiros.

Todas as doações *mortis causa* não são, em princípio, revogáveis depois da sua aceitação (artigos 1701.º, n.º 1, e 1705.º, n.º 1). Mas, nas doações dos esposados a favor de terceiros pode o doador reservar no ato da doação a faculdade de as revogar (artigo 1705.º), podendo também ser revogáveis por ingratidão do donatário (artigos 970.º e 975.º, al. a)).

No caso da instituição contratual de herdeiro, de doações de parte ou da totalidade da herança, o doador poderá dispor a título oneroso de bens certos e determinados que se integrem na doação, mas já não a título gratuito, não podendo realizar doações entre vivos ou *mortis causa* sobre os mesmos bens (artigo 1701.º, n.º 1). Já no caso de nomeação de legatário, de doação de bens certos e determinados, nem mesmo a título oneroso tal doação pode ser afetada. Os poderes de disposição do doador ficam aqui limitados, dado que, sobre os mesmos bens, não pode dispor a título oneroso ou gratuito (artigos 1701.º, n.º 1, e 1705.º, n.º 1). Em todo o caso, os n.ºs 2 e 3 do artigo 1701.º determinam que, mediante autorização do donatário, prestada por escrito, ou respetivo suprimento judicial, pode o doador alienar os bens doados com fundamento em grave necessidade, própria ou dos membros da família a seu cargo. Neste caso, o donatário concorrerá à sucessão do doador como legatário do valor que os bens doados teriam ao tempo da morte deste, devendo ser pago com preferência a todos os demais legatários do doador. Como diz FERNANDES (2012), p. 572, este regime corresponde a um dos casos de “*legado de valor*”, operando, perante a ineficácia da disposição contratual, a sua conversão legal.

A diferença de regime parece assentar no facto de, no caso da instituição de herdeiro, serem doados conjuntos de bens que existirem no momento da morte, e, por isso, só se limita o poder de disposição do doador a atos praticados a título gratuito (que viriam, na prática, a afastar a irrevogabilidade das doações), mas não a título oneroso (onde sempre haverá uma entrada de bens ou direitos no património do doador). Já no caso da nomeação de legatário, a disposição dos bens por parte do doador, mesmo a título oneroso, afetaria a confiança do donatário à sucessibilidade em bens certos e determinados. V., COELHO (1992), pp. 151 e 152, e SOUSA (2000), pp. 143 e 144. CORTE-REAL (1993), p. 85, e (2012), p. 84, considera ser esta a única leitura que viabiliza o disposto no artigo 1701.º do Código Civil, ou seja, no caso de doações de parte ou da totalidade da herança, o princípio de que o doador não pode prejudicar o donatário por atos gratuitos de disposição íntegra e completa o princípio de que as disposições não podem ser unilateralmente revogadas depois da aceitação; no caso de doações de bens presentes certos e determinados (legados), o segundo princípio referido está coberto pelo primeiro.

De referir ainda que a designação sucessória contratual pode ficar sem efeito por caducidade ou ineficácia. De facto, as doações *mortis causa* podem caducar por predecesso do donatário face ao doador (artigos 1703.º, n.º 1, e 1705.º, n.º 4). As doações *mortis causa* de esposados a terceiros tornam-se também ineficazes no caso de caducidade da convenção antenupcial, nos termos dos artigos 1705.º, n.º 1, e 1716.º. No caso de doações de ambos os esposados a favor de terceiros, em que cada um deles institua um terceiro como seu herdeiro ou legatário respetivo, determinando-se o carácter corresponsivo das duas disposições, a invalidade ou revogação de uma das disposições produz a ineficácia da outra (artigo 1706.º, n.º 1).

³² Como refere FERNANDES (2012), p. 569, os casos de admissibilidade de pactos sucessórios são o das disposições sucessórias feitas em convenção antenupcial e reguladas nos artigos 1700.º a 1707.º do Código Civil, mas também o das doações *mortis causa* para casamento, também realizadas em convenção antenupcial (artigos 1755.º, n.º 2, e 1756.º, n.º 1). A estas aplicam-se as normas dos artigos 1757.º a 1760.º, mas também as normas relativas às disposições sucessórias. De facto, as doações que hajam de produzir os seus efeitos por morte do doador são havidas como pactos sucessórios e estão sujeitas ao disposto nos artigos 1701.º a 1703.º do Código Civil (artigo 1755.º, n.º 2).

um deles, como herdeiros ou legatários entre si (artigos 1700.º, n.º 1, al. a), 1754.º e 1755.º, n.º 2); 2) a instituição por uma terceira pessoa, por doação *mortis causa*, a favor de um ou ambos os esposados como seu herdeiro ou legatário (artigos 1700.º, n.º 1, al. a), 1754.º e 1755.º, n.º 2); 3) a instituição por qualquer um dos esposados, ou por ambos, na convenção antenupcial, e por doação *mortis causa*, a favor de terceiro, que seja pessoa certa e determinada e que intervenha como aceitante na convenção antenupcial, como seu herdeiro ou legatário (artigos 1700.º, n.º 1, al. b), e 1705.º).

Como qualquer contrato, os pactos sucessórios são, em princípio, irrevogáveis (artigo 1701.º).

Como referido, os esposados podem fazer disposições *mortis causa* recíprocas (artigo 1754.º)³³ ou disposições de um a favor do outro. Nos termos dos artigos 1700.º, n.º 1, al. a), e 1701.º, n.º 1, a instituição contratual de herdeiro (numa quota ou na totalidade da herança) e a nomeação de legatário (em bens certos e determinados), feitas na convenção antenupcial por um esposado a favor do outro ou de cada um a favor do outro, não podem ser unilateralmente revogadas depois da aceitação, nem é lícito ao doador prejudicar o donatário por atos gratuitos de disposição. Mas o doador, mediante autorização do donatário, prestada por escrito, ou o respetivo suprimento judicial, pode alienar os bens doados com fundamento em grave necessidade, própria ou dos membros da família a seu cargo (artigo 1701.º, n.º 2). Quando tal aconteça, o donatário concorrerá à sucessão do doador como legatário do valor que os bens doados teriam ao tempo da morte deste, devendo ser pago com preferência a todos os demais legatários do doador (artigo 1701.º, n.º 3).

Além disso, se a instituição tiver por objeto a totalidade da herança, o doador pode dispor a título gratuito, em vida ou por morte, de uma terça parte da herança (artigo 1702.º, n.º 2)³⁴. Em todo o caso, é lícito ao doador, no ato da doação, renunciar no todo ou em parte ao direito de dispor da terça parte da herança (artigo 1702.º, n.º 3).

Os pactos sucessórios feitos por cada um dos esposados em favor do outro ou reciprocamente entre si caducam nos termos do artigo 1703.º do Código Civil, ou seja, nas situações previstas no artigo 1760.º do mesmo código, que regula a caducidade das doações para casamento³⁵, e ainda no caso de o donatário morrer antes do doador.

De acordo com o artigo 1701.º, n.º 1, al. a), é possível a instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário em favor de qualquer dos esposados feita por terceiro. Tal como os pactos sucessórios entre esposados, também as disposições contratuais de um terceiro em favor de um ou de ambos os esposados são irrevogáveis, aplicando-se-lhes o regime

³³ Ao contrário do que acontece em matéria testamentária, onde se proíbe o testamento de mão comum (artigo 2181.º do Código Civil).

³⁴ A terça parte da herança é calculada nos termos do n.º 1 do artigo 1702.º, ou seja, o cálculo dessa quota será feito conferindo-se os bens de que o doador haja disposto gratuitamente depois da doação.

³⁵ O artigo 1760.º, n.º 1, al. b), do Código Civil, deve ser interpretado à luz da alteração legislativa em matéria de divórcio operada pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, que eliminou a culpa no âmbito das causas e efeitos do divórcio.

dos artigos 1701.º e 1702.º. Em todo o caso, e face ao artigo 1701.º, n.º 1, *in fine*, as liberalidades feitas por terceiro podem ser revogadas a todo o tempo por mútuo acordo dos contratantes.

Tais disposições contratuais³⁶ têm um regime de caducidade especial face à caducidade das disposições *mortis causa* entre esposados. Tal como estas, aquelas também caducam nos termos do artigo 1760.º. Mas, já não caducam pelo predecesso do donatário, quando ao doador sobrevivam descendentes *legítimos*³⁷ daquele, nascidos do casamento, os quais serão chamados a suceder nos bens doados, em lugar do donatário (artigo 1703.º, n.º 2). É um caso particular de representação na sucessão contratual. Na verdade, não há direito de representação na sucessão contratual, e, em caso de indignidade do sucessível, poderá ser chamado o substituto nos casos em que tal seja possível e tenha sido estipulado (artigo 1700.º, n.º 2 – cláusulas de reversão ou fideicomissárias nas doações *mortis causa*), ou, na sua falta, os sucessores legítimos do doador. O disposto no n.º 2 do artigo 1703.º, no caso de disposições *mortis causa* de terceiro em favor dos esposados, traduz um caso particular de representação na sucessão contratual.

A convenção antenupcial pode conter também a instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário em favor de terceiro, feita por qualquer dos esposados (artigo 1700.º, n.º 1, al. b)). As disposições *mortis causa* em favor de terceiro podem ter carácter testamentário ou contratual (artigos 1704.º e 1705.º).

Se a instituição de herdeiro e a nomeação de legatário feitas por algum dos esposados na convenção antenupcial for em favor de pessoas indeterminadas, ou em favor de pessoa certa e determinada que não intervenha no ato como aceitante, têm valor testamentário, não produzindo qualquer efeito se a convenção caducar (artigo 1704.º). Mas, se a instituição de herdeiro e a nomeação de legatário for em favor de pessoa certa e determinada que intervenha como aceitante na convenção antenupcial têm valor contratual, sendo-lhe, por isso, aplicável o disposto nos artigos 1701.º e 1702.º, não produzindo também efeitos se a convenção caducar (artigo 1705.º, n.º 1). Em todo o caso, o regime das disposições entre esposados não é inteiramente aplicável. Assim, a instituição ou a nomeação pode ser livremente revogada, se o disponente a tiver feito com reserva dessa faculdade (artigo 1705.º, n.º 2). Mesmo que tal não aconteça, a irrevogabilidade não afasta a possibilidade da revogação da doação por ingratidão do donatário ou de ser reduzida por inoficiosidade (n.º 3). Estas liberalidades caducam nos

³⁶ Repare-se que, ao contrário do que pode acontecer com as disposições por morte em favor de terceiro, as disposições *mortis causa* de terceiro, em convenção antenupcial, a favor dos esposados revestem sempre carácter contratual (artigos 1704.º e 1705.º do Código Civil).

³⁷ A expressão *descendentes legítimos* utilizada no n.º 2 do artigo 1703.º do Código Civil parece chocar com o princípio da não discriminação entre os filhos nascidos dentro do casamento e os filhos nascidos fora do casamento (artigo 36.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa). Ora, a reforma do Código Civil de 1977 não alterou esta norma e, de facto, não nos parece que seja inconstitucional. Os pactos sucessórios só são válidos se celebrados em convenção antenupcial, pressupondo, portanto, um casamento. É aos descendentes nascidos desse casamento a que a convenção antenupcial se reporta que o n.º 2 do artigo 1703.º quer referir-se ao utilizar a expressão *descendentes legítimos*. Neste sentido, v., FERNANDES (2012), pp. 576 e 577.

casos do artigo 1760.º e se o donatário morrer antes do doador (n.º 4 do artigo 1705.º).

O regime dos artigos 1704.º e 1705.º aplica-se também no caso de se tratar de disposições recíprocas, por ambos os esposados, em favor de terceiro (artigo 1706.º). Se ambos os esposados instituírem terceiros seus herdeiros, ou fizerem legados em seu benefício, e ficar consignado na convenção antenupcial o carácter corresponsivo das duas disposições, a invalidade ou revogação de uma das disposições produz a ineficácia da outra. A partir do momento em que uma das disposições comece a produzir efeitos, a outra já não pode ser revogada ou alterada, a não ser que o beneficiário da primeira renuncie a ela, restituindo quanto por força dela haja recebido.

Há, assim, atendendo ao regime previsto para a admissibilidade de pactos sucessórios no nosso ordenamento jurídico muitas limitações à livre disposição do autor da sucessão.

4. Outras atribuições patrimoniais fora do âmbito sucessório

A existência de uma sucessão legítima imperativa, a par da regra da proibição de pactos sucessórios, limitadoras da autonomia privada e da liberdade de disposição dos bens por parte do seu titular, acaba por estimular a existência de certas atribuições patrimoniais semelhantes às deixas pactícias ou testamentárias, mas que não se qualificam como negócios sucessórios.

Como se sabe, e como já referimos, o Direito das Sucessões português, centrado na transmissão patrimonial assente na propriedade imobiliária, “não atende a manifestações modernas e frequentes de atribuição patrimonial *post mortem*”³⁸, não estando previsto no seu âmbito original um tipo de riqueza “objecto de transmissão ou atribuição célere e simplificada segundo regras de Direito Comercial, Bancário ou dos Seguros”³⁹. Há, por isso, um conjunto de bens e valores que fica à margem das regras sucessórias, estando sujeitos a um “regime jurídico “paralelo” ao sucessório”⁴⁰. Como escreve Pamplona Corte-Real, a tutela jus-sucessória dos herdeiros legítimos vai-se desvanecendo perante a realização de plúrimos fenómenos jurídicos gratuitos, de eficácia *post-mortem*, “mas hereditariamente “neutros”, que impressivamente A. Pallazo designa por “*Sucessões anómalas*” (na expressão de uma autonomia contratual em vida)”⁴¹.

Ao analisarmos os efeitos jurídicos por morte não podemos, assim, esquecer certas realidades sem natureza sucessória como acontece, por exemplo, com as doações em vida, as obrigações de alimentos a cargo da herança em benefício do cônjuge ou do unido de facto ou até as pensões ou subsídios sociais. Mas não podemos deixar de referir também outras figuras que não deixam de ser vias alternativas ao testamento e não estão

³⁸ PINHEIRO (2017), p. 42.

³⁹ PINHEIRO, *ibidem*.

⁴⁰ CORTE-REAL (1995), p. 194.

⁴¹ CORTE-REAL (1995), p. 129.

sujeitos às regras do direito sucessório.

A expressão “sucessão contratual anômala” é utilizada por Jorge Duarte Pinheiro para designar certos negócios bilaterais válidos que não se enquadram, à partida, na definição de negócios sucessórios e que têm relevância sucessória ou desempenham uma função de atribuição patrimonial semelhante à das deixas testamentárias e pactícias. Referimo-nos a certas doações em vida (como a doação com reserva de usufruto, com reserva de dispor, a doação *cum moriar* ou *si praemoriar*, as doações que realizam a partilha em vida ou as doações em vida imputáveis na legítima subjetiva do donatário)⁴² e a certos contratos que são afinal “institutos alternativos ao testamento”⁴³.

Podem destacar-se neste ponto, e como refere Jorge Duarte Pinheiro, o seguro de vida, a conta bancária solidária (após a morte de um contitular), o contrato a favor de terceiro (com promessa a cumprir após a morte do promissário), o contrato de sociedade (que contenha estipulações sobre a transmissão por morte de participações sociais), o mandato (*mortis causa* ou *post mortem*), o negócio fiduciário (visando uma atribuição patrimonial posterior à morte de uma das partes) e o *trust* (que confira bens ao beneficiário, por morte do instituidor)⁴⁴.

Pode, assim, o *de cuius* contemplar alguém, fora do domínio sucessório, no âmbito de tais negócios jurídicos. De facto, estamos perante direitos que não integravam a esfera jurídica do *de cuius* e daí a sua natureza não sucessória⁴⁵.

5. Algumas reflexões

Como vimos, a existência de uma quota indisponível do autor da sucessão implica uma limitação exagerada do direito de propriedade que deve abranger a liberdade de testar de todos os bens de que se é titular. A limitação do poder de disposição do autor da sucessão, que está forçado a respeitar a legítima dos seus herdeiros legítimos, que na maioria dos casos atinge dois terços da herança, demonstra a prevalência da conexão família e a proteção desta, garantindo que os bens do *de cuius* não saem da sua família, conjugal ou de parentesco, sobre a autonomia privada e a liberdade de disposição.

Parece-nos que, e para assegurar a continuidade dos bens dentro da família, poderia optar-se por outra solução mais compatível com a liberdade de dispor e a autonomia privada, e que já avançámos anteriormente. A evolução verificada na família

⁴² A propósito das doações em vida feitas aos sucessíveis legítimos prioritários, que tendem a ser imputadas na legítima subjetiva do donatário, considera PINHEIRO (2017), p. 149, que tais doações em vida, não sendo qualificáveis como pactos sucessórios, “têm um componente de pacto sucessório renunciativo: ao aceitar uma proposta de doação, o legítimo aceita que a totalidade ou parte da sua quota hereditária injuntiva seja antecipadamente preenchida, renunciando à intangibilidade qualitativa da legítima”.

⁴³ PINHEIRO (2017), p. 147.

⁴⁴ Sobre os referidos negócios v., PINHEIRO (2017), pp. 31 e 32 e pp. 150 e segs., e XAVIER (2016), pp. 104 e segs. Para uma análise mais desenvolvida destes institutos alternativos ao testamento, v., MORAIS (2016), pp. 711-909, e (2018), *passim*.

⁴⁵ V., FERNANDES (2012), p. 121. Ascensão (2000), p. 54, refere-se às “atribuições *mortis causa* excluídas das sucessões”.

e na instituição casamento, na realidade de que a família já não é o suporte de um património que se transmite de geração em geração, e às razões apontadas contra a sucessão legítima, deve privilegiar-se a liberdade de testar face à proteção da família. Se o autor da sucessão construiu ao longo da sua vida um determinado património, maior ou menor, e muitas vezes sem a colaboração de familiares, deveria poder dele dispor integralmente e a favor de quem entender para depois da sua morte. Assim, a sucessão legítima, supletiva, poderia alcançar o mesmo fim da sucessão legítima tal como prevista no nosso ordenamento jurídico. De facto, o cônjuge, os descendentes e os ascendentes receberiam o referido património caso o autor da sucessão nada disponha.

Paralelamente, impõe-se uma revisão da sucessão contratual. A proibição de disposições *mortis causa* por contrato em vida do autor da sucessão (artigo 1728.º), estimula a existência de outro tipo de disposição dos bens por morte. Como referimos, há certos bens e valores cuja disposição fica à margem das regras sucessórias, estando sujeitos a um “regime jurídico “paralelo” ao sucessório”⁴⁶.

A matéria exige evidentemente um estudo muito mais aprofundado, tendo-se pretendido apenas nestas breves notas chamar a atenção para a necessária modernização e flexibilização à luz da realidade atual.

Referências

- ASCENSÃO, Oliveira, 2000, *Direito Civil. Sucessões*, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra.
- BARBOSA, Paula, 2008, *Doações entre cônjuges. Enquadramento jus-sucessório*, Coimbra Editora, Coimbra.
- BASTOS, Jacinto Rodrigues, 1982, *Direito das Sucessões – segundo o Código Civil de 1966*, vol. II, Tipografia Guerra, Viseu.
- CAMPOS, Diogo Leite de, 1985, “Parentesco, casamento e sucessão”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 45.º, vol. I, pp. 13-54.
- COELHO, F. Pereira, 1992, *Direito das Sucessões*, lições policopiadas ao curso de 1973-1974, Coimbra.
- CORTE-REAL, Pamplona, 1989, *Da imputação de liberalidades na sucessão legítima*, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa.
- _____, 1993, *Direito da Família e das Sucessões*, vol. II (Sucessões), Lex, Lisboa.
- _____, 1995, *Direito da Família e das Sucessões, Relatório*, Lex, Lisboa.
- _____, 2012, *Curso de Direito das Sucessões*, Quid Juris, Lisboa.
- COSTA, Almeida, 1997, *A liberdade de testar e a quota legítima no direito português (em especial, o confronto do regime do Código Civil de 1867 com a evolução subsequente)*, Coimbra Editora, Coimbra.

⁴⁶ CORTE-REAL (1993), p. 194.

- DIAS, Cristina A. Dias, 2017, *Lições de Direito das Sucessões*, 6.^a ed., Almedina, Coimbra.
- FERNANDES, Luís Carvalho, 2012, *Lições de Direito das Sucessões*, 4.^a ed., Quid Juris, Lisboa.
- FERREIRA, José Dias, 1898, *Código Civil Portuguez Annotado*, vol. III, 2.^a ed., Imprensa da Universidade, Coimbra.
- GARY, Susan N., 2008, "Introduction to Succession Law in the 21st century", *HeinOnline - Real Property, Trust and Estate Law Journal*, n.º 43, 2008, pp. 387-392, in <http://heiononline.org> (5 de agosto de 2013).
- LEAL, Ana, 2004, *A legítima do cônjuge sobrevivente – estudo comparado hispano-português*, Almedina Coimbra.
- MORAIS, Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva, 2016, *Autodeterminação Sucessória por Testamento ou por Contrato?*, Principia, Cascais.
- _____, 2018, *Revolução Sucessória – os Institutos Alternativos ao Testamento no século XXI*, Principia, Cascais.
- NOGUEIRA, Joaquim Fernando, 1980, "A Reforma de 1977 e a posição sucessória do cônjuge sobrevivente", *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 40.º, n.º III, pp. 663-694.
- PINHEIRO, Jorge Duarte, 2017, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, 2.^a ed., AAFDL, Lisboa.
- PINTENS, Walter/Seyns, Steven, 2009, "Comparative Law – Germany. Compulsory portion and solidarity between generations in German Law", in *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society – five perspectives*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, pp. 167-187.
- PITÃO, França, 2005, *A posição do cônjuge sobrevivente no atual direito sucessório português*, 4.^a ed., Almedina, Coimbra.
- RHODES, Anne-Marie 2008, "On inheritance and disinheritance", *HeinOnline - Real Property, Trust and Estate Law Journal*, n.º 43, pp. 433-445, in <http://heiononline.org> (5 de agosto de 2013).
- SOUSA, R. Capelo de, 1999, *Direito da Família e das Sucessões – Relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino de tal disciplina*, Coimbra Editora, Coimbra.
- _____, 2000, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.^a ed. renovada, Coimbra Editora, Coimbra
- XAVIER, Rita Lobo, 2016, *Planeamento Sucessório e Transmissão do Património à*

margem do Direito das Sucessões, Publicações Universidade Católica, Porto.

AÇÕES DO PLANO BEPS CONTRA A CONCORRÊNCIA FISCAL INTERNACIONAL E SEUS REFLEXOS NA TRIBUTAÇÃO DAS EMPRESAS EM PORTUGAL

Renata Gomes de Albuquerque Sá¹

1. Introdução

O presente trabalho propõe um estudo sobre as ações propostas pela OCDE no denominado Plano BEPS, que visam combater o planejamento fiscal abusivo e amenizar a concorrência fiscal prejudicial internacional, e proceder numa análise dos reflexos da implementação de tais medidas no ordenamento jurídico português, especialmente no que tange à tributação das empresas.

No primeiro capítulo pretende-se tratar da tributação do rendimento das pessoas coletivas em Portugal, traçando um breve histórico de sua regulamentação, com foco maior na sistemática que surgiu após a Constituição de 1976 e com a publicação do Código do Imposto de Pessoas Coletivas, no ano de 1988.

No segundo capítulo, abordaremos o tema a concorrência fiscal prejudicial entre os países, explicando como as empresas manipulam os sistemas das nações para obter vantagens tributárias, bem como mencionaremos os principais problemas resultantes dessa conduta e as medidas propostas pelos organismos internacionais para tentar combater ou amenizar essa situação.

Em seguida, procederemos numa análise das quinze ações propostas pela OCDE no Plano BEPS, com enfoque nas que modificam o regime de tributação das empresas multinacionais, além de trazer a opinião da doutrina sobre o tema, especialmente acerca da efetividade prática da implementação de tais ações.

No terceiro capítulo verificaremos os reflexos das medidas propostas no Plano BEPS no regime de tributação das empresas em Portugal, bem como explanaremos como se deu a implementação das ações propostas no combate ao planejamento fiscal no contexto da União Europeia e, por fim, na posição de Portugal no combate à concorrência fiscal prejudicial entre os Estados.

2. A tributação sobre o rendimento das pessoas coletivas em Portugal

a) Histórico da tributação sobre o rendimento

Antes de tratar da atual estrutura do sistema fiscal de Portugal, cumpre traçar um breve histórico da tributação sobre o rendimento. Há de se mencionar que a tributação do lucro empresarial pode ser reconduzida ao tempo da Restauração. No ano de 1641, um Alvará Régio estabelece a Décima Militar, um imposto com caráter geral, incidente

¹ Estudante de Doutoramento em Direito Público na Universidade de Coimbra.

sobre os rendimentos oriundos das atividades do comércio e indústria².

Este regime foi evoluindo, dando origem a três Décimas, entre as quais, a Décima de Maneio, que se referia ao regime resultante das atividades comerciais, industriais e profissionais; registre-se que as décimas só foram abolidas em 1845, com o advento do Liberalismo, com a Carta de Lei de 19 de abril, que cria as Contribuições³.

No ano de 1860 a contribuição passa a ter o nome de contribuição industrial, que envolvia os rendimentos das atividades comerciais e industriais. Em 1922, durante a I República, foi realizada uma reforma fiscal, passando a existir cinco impostos: o imposto sobre o valor das transacções, a contribuição industrial, o imposto pessoal sobre o rendimento, a contribuição predial e o imposto sobre a aplicação de capitais⁴.

Essa reformulação no sistema permitiu conferir certa estabilidade à realidade fiscal da época e, apesar de ter curto período de aplicação prática, modificou profundamente o regramento anterior, de modo que sua metodologia e seus princípios foram observados nas alterações legislativas que a sucederam⁵.

José Casalta Nabais (2017, p. 445) salienta, entretanto, que, diante da defasada realidade econômica do país, que na época não dispunha de estrutura financeira para comportar tais exigências fiscais, tais impostos não tiveram aplicação efetiva, de modo que o imposto pessoal sobre o rendimento foi extinto em 1926 e o imposto sobre o valor das transacções foi abolido no ano de 1929.

Com a reforma ocorrida entre os anos de 1958 e 1966, foi criado um sistema de seis impostos cedulares, que coletavam os rendimentos da produção: a contribuição predial, incidente nas rendas dos prédios; o imposto sobre a indústria agrícola, que tributava o lucro das explorações agrícolas; a contribuição industrial, que recaía sobre os lucros das empresas comerciais e industriais; o imposto profissional, que tributava os rendimentos do trabalho por conta alheia e por conta própria; e o imposto sobre capitais, incidente sobre os rendimentos oriundos da aplicação de capitais.

Menciona-se, ainda, um sexto imposto, o incidente sobre as mais-valias, que recaía sobre algumas valorizações fortuitas de bens, as quais os contribuintes não haviam produzido, nem adquirido para vender⁶. Havia, ainda, um imposto complementar sobre o rendimento global, que tinha por intuito a personalização do sistema, tanto em relação às pessoas singulares (imposto complementar, Secção A) quando em relação às pessoas coletivas (imposto complementar, Secção B).

Todavia, o sistema de tributação do rendimento proposto nesse momento foi logo objeto de uma verdadeira contrarreforma fiscal⁷, sendo amplamente desvirtuada na sua

² FAVEIRO (1986), p. 480.

³ COSTA (2013), p. 9-10.

⁴ NABAIS (2017), p. 445.

⁵ AZEVEDO (2011), p. 167.

⁶ RIBEIRO (1990), p. 238.

⁷ RIBEIRO (1989), p. 54-78.

execução, em face da não implementação adequada por parte da administração tributária e do retrocesso legislativo que se sucedeu nos anos seguintes.

As alterações legislativas verificadas entre os anos de 1988 e 1989 constituíram um passo decisivo na modernização do sistema fiscal português, com uma mudança de paradigma, cujas diretrizes foram plasmadas na Constituição de 1976, e com a substituição do sistema cedular misto, praticado há diversos anos no país, por uma fórmula de tributação tendencialmente unitária do rendimento⁸.

Além disso, construiu-se uma noção bastante ampla de rendimento tributável, similar à adotada pela maior parte dos países integrantes da OCDE⁹, a qual está presente nas leis que criaram o imposto sobre o rendimento das pessoas singulares – IRS – e o imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas – IRC.

b) A tributação do rendimento das pessoas coletivas na Constituição Portuguesa

Inicialmente, cumpre mencionar que a Constituição Portuguesa trata do sistema financeiro e fiscal nos seus artigos 101.º a 107.º. O n.º 1 do artigo 103.º, na redação atual da Constituição Portuguesa, afirma que o sistema fiscal tem por objetivo satisfazer as necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas, além promover uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza.

Acerca dos impostos que incidem sobre os rendimentos, dispõe o n.º 1 do artigo 104.º que “o imposto sobre o rendimento pessoal visa a diminuição das desigualdades e será único e progressivo, tendo em conta as necessidades e os rendimentos do agregado familiar”, e o n.º 2 afirma que “a tributação das empresas incide fundamentalmente sobre o seu rendimento real”.

José Casalta Nabais (2017, p. 445) sustenta que o IRC possui caráter real, porquanto tributa o lucro, isto é, a diferença entre o patrimônio líquido no fim e no início da tributação, de entidades que exerçam a título principal uma atividade comercial, industrial ou agrícola, ou seja, que sejam empresas; igualmente, ele incidirá sobre o rendimento global, composto pela soma dos rendimentos das diversas categorias consideradas para efeitos do IRS, quando recair sobre pessoas coletivas que não constituam empresas.

No que concerne à tributação das empresas, a Constituição Portuguesa é razoavelmente omissa, eis que não traz imposições, a não ser que haja um imposto e que seja dirigido ao rendimento real e não ao rendimento presumido, utilizando uma ressalva adverbial, “fundamentalmente”, o que significa dizer que admite exceções não fundamentais¹⁰.

⁸ AZEVEDO (2011), p. 188-189.

⁹ AZEVEDO (2011), p. 200.

¹⁰ COSTA (2013), p. 12.

Portanto, há de se concluir que não existe verdadeiramente uma Constituição Fiscal em termos de pessoas coletivas que exercem atividades empresariais, devido à grande liberdade conferida ao legislador ordinário para a fixação dos impostos, o que se justifica em razão da flexibilidade necessária às empresas para a sua atuação no mercado.

c) A legislação específica do IRC

A lei fiscal, por sua vez, contida no Código do Imposto sobre o Rendimento de Pessoas Coletivas, aprovado pelo Decreto-Lei 442-B/88, de 30/11, adotava um conceito amplo de empresa e também define o que considera lucro¹¹, isto é o rendimento real que será tributado, em seus artigos 3.º e 4.º, com uma taxa de 36,5% no momento de sua entrada em vigor.

A doutrina lusitana afirmava que esse imposto foi concebido com uma concepção mais ampla do rendimento, à qual se acresciam as mais-valias e subsídios, em atendimento ao comando da lei constitucional de se fazer incidir a tributação sobre o lucro real das pessoas coletivas¹².

Nabais (2015, p. 236) explica que, ao longo dos anos, foi sendo verificado um aumento da tributação das empresas, mas não pela via do IRC, que vinha sendo objeto de constante desagravamento¹³, mas através de outra via, concretizada por diversas tributações avulsas que tem se multiplicado, gerando uma espécie de “IRC paralelo”.

Nesse contexto, insta trazer à baila as tributações autônomas previstas no artigo 88.º do Código do IRC e no artigo 73.º do Código do IRS para as empresas singulares, as derramas, em âmbito municipal e estadual¹⁴, bem como as incidências que constam de leis avulsas, tais como a contribuição sobre o setor bancário¹⁵, a contribuição extraordinária sobre o setor energético¹⁶, a Taxa de Segurança Alimentar Mais¹⁷ e a contribuição sobre a indústria farmacêutica¹⁸.

No ano de 2013, o governo de Portugal nomeou a Comissão para a Reforma do Imposto sobre o rendimento das Pessoas Coletivas, para fazer uma profunda e

¹¹ Nesse sentido, o Preâmbulo do CIRC afirma, no seu item 5, que “O conceito de lucro tributável que se acolhe em IRC tem em conta a evolução que se tem registado em grande parte das legislações de outros países no sentido da adoção, para efeitos fiscais, de uma noção extensiva de rendimento, de acordo com a chamada teoria do incremento patrimonial. Esse conceito - que está também em sintonia com os objetivos de alargamento da base tributável visados pela presente reforma - é explicitamente acolhido no Código, ao reportar-se o lucro à diferença entre o património líquido no fim e no início do período de tributação.”

¹² PEREIRA, Paulo Trigo (et al) (2005), p. 278.

¹³ A taxa de IRC foi diminuindo de forma sucessiva: 36% (1989), 34% (1998), 32% (2000), 30% (2002), 25% (2004) e 23% (2014). In: NABAIS (2015), p. 236.

¹⁴ Criada pela Lei 12-A, de 30 de junho, que acrescentou o art. 87º-A do Código do IRC.

¹⁵ Introduzida pelo art. 141.º da LOE/2011, alterada posteriormente pelo art. 182º da LOE/2012 e regulamentada pelo art. 4.º da Portaria 121/2011, de 30 de Março.

¹⁶ Disciplinada pelo art. 228.º da LOE/2014.

¹⁷ Criada pelo Decreto-Lei nº 119/2012.

¹⁸ Cujo regime consta do art. 168.º da LOE/2015.

abrangente reforma na estrutura do IRC, com o fito de promover a simplificação do imposto, bem como a internacionalização e a competitividade das empresas portuguesas

Após finalizar seus trabalhos, a Comissão, em seu relatório¹⁹, aconselhou uma redução gradual da taxa de IRC, durante cinco anos, de 31,5% (taxa vigente a época), para 19%, que correspondia à da União Europeia naquele momento, o que levou à edição da Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro.

3. A concorrência fiscal internacional e o projeto BEPS

a) A concorrência fiscal internacional prejudicial

Não obstante ser vista com cautela pela doutrina mais recente, Nabais (2017, p. 477) ressalta que, por muito tempo, a concorrência fiscal internacional foi entendida pela maioria dos autores como benéfica, nos termos do modelo elaborado pelo economista Charles Tibeout em 1956.

Para o norte-americano²⁰, a concorrência entre sistemas fiscais, num espaço de mobilidade de fatores de produção conduziria a resultados eficientes, na medida em que as pessoas e empresas fossem livres para se estabelecer em territórios em que obtivessem um melhor equilíbrio entre a receita fiscal que suportassem e a despesa pública correspondente às suas preferências.

Insta ainda salientar que a simples diversidade na legislação tributária dos variados países já constituiria, por si só, um fator favorável à preferência das empresas e dos investidores pelo sistema mais vantajoso, na sua permanente busca pela redução de custos de suas operações²¹.

Antonio Carlos Santos (2003, p. 161-162) aduz, a seu turno, que as políticas e benefícios fiscais, estaduais ou regionais, ao serem utilizadas de forma consciente para a criação de um ambiente econômico competitivo, fazem com que os Estados atuem como verdadeiras empresas, que, mediante a oferta de vantagens ou facilidades na fiscalidade, atinjam um nível elevado de competitividade para atrair investimentos externos, diretos ou financeiros.

Merece destaque o fato de que, no direito comunitário, existe uma espécie de princípio de abuso, que vem sendo desenvolvido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, que utiliza a expressão “abuso fiscal” como sinónimo de “elisão fiscal”, seja em casos que envolvem operações transfronteiriças, seja situações de concorrência dentro da própria Europa²².

Nesse contexto, cumpre assinalar que a própria Reforma do IRC, promovida pelo Governo de Portugal no ano de 2013, teve como uma de suas metas precípua a redução

¹⁹ PORTUGAL, MINISTÉRIO DAS FINANÇAS (2013), p. 57

²⁰ TIBOUT (1956), p. 416.

²¹ HUGOUNENQ, LE CACHEUX, MADIÈS (1999), p. 63-103.

²² DOURADO (2016), p. 287.

da taxa efetiva de tributação, assente numa redução da taxa nominal e, bem assim, na revisão do regime de incentivos, para se tornar uma economia competitiva no contexto europeu²³.

Com o fenómeno da globalização, o tema da concorrência prejudicial começou a causar preocupações aos organismos internacionais encarregados das matérias relativas à tributação, como o Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE, que no ano de 1998 aprovou o relatório *Harmful tax competition: an emerging global issue* sobre o tema, e a Direcção Geral da Fiscalidade e União Aduaneira da União Europeia, a qual aprovou o Código de conduta relativo a fiscalidade das empresas.

José Casalta Nabais (2017, p. 478) afirma que as medidas adotadas pela UE e pela OCDE, não obstante não terem alcançado os resultados práticos esperados, são reflexo do início de uma disciplina internacional tendencialmente global, a qual visa atenuar os efeitos nefastos provocados pelos regimes fiscais claramente mais favoráveis, sejam estes paraísos fiscais ou regimes fiscais preferenciais. No mesmo sentido, Antonio Carlos Santos (2003, p. 161-162) entende pela necessidade de uma regulação, em âmbito global, da concorrência fiscal internacional.

Francisco Cabral Matos (2015, p. 32) assevera, ainda, que o foco quase que exclusivo, observado nos últimos anos, no combate aos denominados “paraísos fiscais” certamente mitigará a concorrência fiscal prejudicial, mas não terá o condão de eliminá-la do panorama internacional.

Nesse diapasão, mais relevante do que o combate a regimes de tributação zero, a comunidade internacional se depara atualmente com a premente necessidade de discutir e clarificar os princípios basilares de uma ordem fiscal internacional, fundada em boas práticas sufragadas pela generalidade dos países e que permitam delinear a margem de discricionariedade na definição da política fiscal nacional de cada Estado²⁴.

b) Panorama geral do projeto BEPS

O fenómeno da globalização permitiu a evolução dos produtos e dos meios de produção, além de criar condições que possibilitaram o desenvolvimento de empresas multinacionais com estratégias e modelos globais voltados à maximização dos lucros e redução de seus custos²⁵. No entanto, as legislações internas dos países e os instrumentos internacionais para a tributação dos lucros e rendimentos não acompanharam essa evolução.

Com a crescente integração econômica e mobilidade de capitais, de um lado, e, de outro, a lenta evolução das normas de direito tributário internacional, incapaz de lidar com os novos modelos operacionais criados pelos contribuintes, originaram-se as

²³ PORTUGAL, MINISTÉRIO DAS FINANÇAS (2013), p. 51.

²⁴ PORTUGAL, MINISTÉRIO DAS FINANÇAS (2013), p. 51.

²⁵ FERRARI (2016), p. 31.

condições necessárias para que empresas transnacionais maximizassem as vantagens (fiscais ou não), decorrentes de sua organização empresarial²⁶.

Diante desse descompasso entre a lei e a realidade que passou a ser verificada, surgiram diversas oportunidades fiscais, que vem sido exploradas por empresas multinacionais, mediante a utilização das lacunas presentes nos padrões internacionais e nos sistemas jurídicos dos países em que operam, a fim de minimizar a tributação a incidir em seus rendimentos²⁷.

Em 1998 a OCDE publicou o relatório *Harmful tax competition: an emerging global issue*, sobre os efeitos prejudiciais da globalização sobre os sistemas tributários dos países, identificando os territórios qualificados como paraísos fiscais e como regimes fiscais privilegiados.

No intuito de combater tais planejamentos tributários, dito como abusivos ou agressivos, desenvolveu-se, no âmbito da OCDE o Projeto BEPS (*Base erosion and profit shifting*), que tem por foco o combate à elisão fiscal que prejudique o desenvolvimento econômico das nações.

Ana Paula Dourado (2017, p. 44-45) afirma que a OCDE, em sua investigação, identificou três estratégias simples de planejamento fiscal que conduzem à dupla não tributação ou à redução de tributação das empresas multinacionais:

- “- a minimização de funções operacionais desenvolvidas por uma afiliada, assim como de ativos e riscos, através da transferência destes para entidades (sociedades ou sucursais) do grupo situadas em territórios de baixa tributação (transferências de lucros);
- acordos de concessão direta ou indireta de financiamento pelas entidades do grupo situadas em territórios de baixa tributação para maximizar os gastos dedutíveis no Estado da fonte e minimizar os impostos a pagar nesse Estado (erosão das bases tributárias), designados de acordos de partilhas de custos, definidos pelas orientações sobre preços de transferências da OCDE em seu capítulo VIII, como ‘...um quadro geral acordado entre empresas para partilhar custos e riscos de desenvolvimento, produção ou obtenção de ativos, serviços ou direitos, e para determinar a natureza e extensão dos interesses de cada participante nesses ativos, serviços ou direitos’;
- conversão artificial de entidades do grupo passivas em ativas para deferir ou elidir impostos no Estado em que a sociedade mãe detentora do grupo é residente.”

Em 2013, a OCDE apresentou o relatório *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, que aprofundou a análise sobre o tema da erosão das bases tributáveis para apresentação aos países integrantes do G-20, bem como o relatório *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, no qual apresenta um plano com 15 ações destinadas a solucionar os principais focos de BEPS:

²⁶ BARRETO, TAKANO (2016), p. 994.

²⁷ FERRARI (2016), p. 31.

Ação 1 – Identificar os principais desafios proporcionados pela economia digital na aplicação das regras fiscais vigentes e sugerir meios para contorná-los. Prazo: dezembro de 2014.

Ação 2 – Neutralizar os efeitos da manipulação de arranjos decorrentes esquemas alicerçados em desajustes híbridos, desenvolvendo novas provisões para o Modelo OCDE de Convenção Tributária sobre o Rendimento e o Capital (Modelo-OCDE) e recomendações em torno de regras fiscais domésticas. Prazos: setembro de 2014.

Ação 3 – Fortalecer as regras CFC. Prazo: setembro de 2015.

Ação 4 – Limitar o uso de juros e outras espécies de financiamento entre partes relacionadas com vistas a minimizar a erosão da base tributável. O trabalho avaliará as diferentes espécies de limites. O trabalho será coordenado em conexão com o grupo de trabalho que se dedica às regras de preços de transferência, assim como com os grupos dedicados às Ações 1 e 2. Prazos: recomendações em torno de regras fiscais domésticas – setembro de 2015; e mudanças no Guidelines da OCDE em matéria de preços de transferência – dezembro de 2015.

Ação 5 – Medidas enérgicas contra as práticas fiscais prejudiciais com foco na transparência, ainda que através da requisição compulsória de troca de informações, e exigência de substância sempre que as subsidiárias se beneficiarem de regimes fiscais privilegiados. Prazos: para conclusão das orientações aos países-membro – setembro de 2014; para definir a estratégia com vistas à adesão de países não-membros à causa – setembro de 2015; revisão dos critérios existentes – dezembro de 2015.

Ação 6 – Prevenir uso abusivo de tratados, promovendo alterações no Modelo-OCDE e recomendações em torno de regras fiscais domésticas, de forma a esclarecer que as Convenções não são destinadas a gerar a dupla não-tributação. Prazos: setembro de 2014.

Ação 7 – Prevenir a artificialidade da não caracterização de Estabelecimentos Permanentes (Eps), alterando as provisões do Modelo-OCDE. Prazo: - setembro de 2015.

Ação 8 – Assegurar que as regras de preços de transferência evitam a erosão da base tributável dos intangíveis. Prazo: mudanças no Guidelines da OCDE em matéria de preços de transferência, e, possivelmente, no Modelo-OCDE – setembro de 2015.

Ação 9 - Assegurar que as regras de preços de transferência estão em linha com o conjunto de ações que aumentam o valor de produtos, serviços e negócios através da transferência de riscos ou desmedida alocação de capital para partes relacionadas. Prazo: mudanças no Guidelines da OCDE em matéria de preços de transferência, e, possivelmente, no Modelo-OCDE – setembro de 2015.

Ação 10 - Assegurar que as regras de preços de transferência estão em linha com o conjunto de ações que aumentam o valor de produtos, serviços e negócios através da transferência de outras operações de alto risco. Prazo: mudanças no Guidelines da OCDE em matéria de preços de transferência, e, possivelmente, no Modelo-OCDE – setembro de 2015.

Ação 11 – Estabelecer métodos de coleta e análise de dados do BEPS, preservando o caráter confidencial dos dados dos contribuintes. Prazo: setembro de 2015.

Ação 12 – Desenvolver orientações aos contribuintes para que noticiem seus planejamentos tributários agressivos. Prazo: recomendações em torno de regras fiscais domésticas – setembro de 2015.

Ação 13 – Reexaminar as regras relativas aos documentos exigidos pelas regras de preços de transferência com o propósito de fortalecer a transparência fiscal entre as autoridades fiscais, levando em consideração os custos empresariais de compliance. Prazos: recomendações em torno de regras fiscais domésticas, e mudanças no Guidelines da OCDE em matéria de preços de transferência – setembro de 2014.

Ação 14 – Tornar os mecanismos de solução de conflitos mais eficientes. Prazo: mudanças no Modelo-OCDE – setembro de 2015.

Ação 15 – Desenvolver instrumento multilateral que auxilie as jurisdições interessadas a integrarem e alterarem suas Convenções em conformidade com as orientações do grupo de trabalho do BEPS. Prazos: para emissão do relatório reportando as questões fiscais relativas ao direito internacional público reputadas relevantes – dezembro de 2015.

O plano de ação BEPS situa a questão da erosão das bases tributáveis no plano jurídico e no plano moral, haja vista que, apesar de permitido do ponto de vista legal, o comportamento das multinacionais é moralmente inaceitável, pelo que se mostra necessária a coordenação entre os Estados para a criação de novas regras a fim de coibir tais condutas²⁸.

O plano enuncia essencialmente três áreas de intervenção, pelas quais se distribuem as quatorze ações previstas, e finalizadas por um instrumento multilateral que permita a sua concretização imediata. Seu primeiro foco é o desenvolvimento de regras de tributação internacional, tendo por meta eliminar as lacunas existentes nos sistemas fiscais dos diferentes países, sem prejuízo à sua soberania destes²⁹.

Em seguida, prevê-se o aprimoramento das regras constantes das Convenções de Dupla Tributação, em especial as que tratam dos preços de transferência; por fim, uma exigência de maior transparência na alocação mundial de lucros pelas empresas e maior divulgação por parte dos países de seus benefícios fiscais³⁰.

Antes desse movimento da OCDE, distinguia-se na doutrina os conceitos de evasão fiscal (*tax evasion*), de elisão ou abuso fiscal (*tax avoidance*) e de planejamento fiscal agressivo, que estava associado à globalização e aos riscos de elisão e evasão fiscais, mediante a utilização de regimes tributários mais favoráveis, sendo este normalmente admissível no quadro do direito internacional, inclusive pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia³¹.

Todavia, no contexto do BEPS, o planejamento fiscal agressivo vem sendo entendido como a postura adotada pelas multinacionais para reduzir sua carga tributária mediante a interação das regras de diferentes ordenamentos jurídicos, como uma ideia

²⁸ DOURADO (2017), p. 47.

²⁹ OLIVEIRA (2015), p. 590.

³⁰ OLIVEIRA (2015), p. 590-591.

³¹ DOURADO (2016), p. 295.

vaga (que pode se referir a situações de elisão ou evasão) e que demanda a coordenação fiscal internacional³².

Sérgio André Rocha (2016, p. 395) relembra, por oportuno, a parcela significativa de culpa dos próprios Estados para o aumento da erosão da base tributária, que decorre do aumento da concorrência entre os países, gerando, assim, um crescente oferecimento de diversas vantagens fiscais como forma de atrair investimentos e capital estrangeiro, e tornando possível uma atuação efetiva ou “agressiva” das empresas transnacionais.

Assim sendo, diversos Estados, preocupados com a fuga de capitais para jurisdições de baixa ou nenhuma tributação, de forma semelhante se engajaram no ciclo de competição fiscal para atrair investimentos, o que impactou sobremaneira a arrecadação de tributos dos Estados, de modo geral³³.

Por fim, registre-se que o projeto BEPS busca a renovação dos *standards* internacionais, e possui três pilares primordiais: a necessidade de se estabelecer um regime fundado na colaboração e no multilateralismo; uma abordagem holística e sistemática dos problemas existentes no regime atual; e inevitabilidade de se aceitar soluções inovadoras para as demandas que não vem sendo resolvidas pela aplicação das normas vigentes³⁴.

José Casalta Nabais (2015, p. 253) afirma que as propostas do Plano BEPS não representam qualquer inovação relevante na solução dos problemas apontados, de forma que a perspectiva que se mostra seria da impraticabilidade de sua implementação, visto que tenderia a aumentar a concorrência internacional, pela via da diminuição das taxas e do incremento de incentivos fiscais.

Do mesmo modo, Ana Paula Dourado (2017, p. 34) destaca que o sistema fiscal internacional que resulta da abertura das economias, conjugado com as iniciativas da OCDE, continua a fomentar a concorrência entre os Estados com tentativas ilusórias de coordenação internacional, de modo que os Estados-membros da OCDE continuarão a competir entre eles e com o resto do mundo, mesmo após adotarem as medidas promovidas pelo BEPS e pela União Europeia.

Outrossim, a abertura e ambiguidade nas ações propostas podem levar a enganos, mesmo com o instrumento multilateral previsto na Ação 15. Isso porque a implementação unilateral das medidas do BEPS tem levado à promulgação de diferentes normas nacionais o que, na prática, acaba resultando no aumento das disparidades que se pretendia evitar³⁵.

³² DOURADO (2016), p. 296.

³³ BARRETO, TAKANO (2016), p. 994.

³⁴ BARRETO, TAKANO (2016), p. 997.

³⁵ DOURADO (2016-b), p. 440.

c) Preocupações específicas da OCDE sobre a tributação do rendimento das empresas

Uma das conclusões que a OCDE chega no relatório *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* é a de que as normas de tributação internacional existentes atualmente não acompanharam a evolução dos negócios globais, em especial no que se refere à economia digital.

Ademais, a OCDE verificou quatro elementos comuns na estruturação das atividades de empresas multinacionais: a redução da tributação, em um país de alta incidência fiscal e atividade econômica, em decorrência de operações comerciais ou financeiras entre pessoas jurídicas relacionadas; baixa ou nenhuma retenção na fonte; reduzida ou inexistência de tributação no receptor da renda; nenhuma tributação dos lucros no nível da matriz do grupo econômico³⁶.

Contudo, a questão primordial que deve ser considerada é a das lacunas existentes na conjugação de dois ou mais sistemas jurídicos, aproveitadas pelas multinacionais para esquivar-se da incidência de tributos, dando origem ao fenômeno da dupla não tributação ou de múltiplas não tributações³⁷.

Registre-se que os elementos de conexão, nos dizeres do professor Alberto Xavier (2010, p. 187), consistem nas relações ou ligações existentes entre as pessoas, os objetos e os fatos com os ordenamentos jurídicos tributários, distinguindo-se em objetivos, quando se relacionam à coisas e fatos, ou subjetivos, se relacionados a pessoas.

Com base em tais elementos, é possível dividir os sistemas tributários das nações em territoriais, na hipótese de o critério de conexão ser atrelado à fonte da renda, de modo a incidir a tributação apenas sobre a renda das fontes localizadas no território da jurisdição, e universais, quando o critério de conexão é subjetivo e vinculado à residência do indivíduo, de modo a se tributar toda a renda dos residentes, independentemente do local em que é auferida.

Maria Odete Oliveira (2015, p. 586-587) explicita que a competência para tributar os fluxos internacionais de rendimento divide-se hoje entre o Estado da Residência e o Estado da Fonte: o modelo de convenção da OCDE elege o critério da residência, benéfico aos países mais desenvolvidos, ao passo que o Modelo da ONU se volta ao critério da fonte, que privilegia os países menos desenvolvidos e atraem o investimento externo.

Nesse ínterim, note-se que a atual repartição das competências dos impostos sobre as empresas nos diversos países, que usualmente utiliza de forma mista os critérios da fonte e da residência, tem permitido que as multinacionais se usufruam do regramento presente nas convenções de dupla tributação, a fim de evitar a incidência fiscal, através, por exemplo, do princípio das entidades independentes, das

³⁶ FERRARI (2016), p. 43.

³⁷ DOURADO (2017), p. 51.

transferências de lucros para países de baixa tributação ou do atual conceito de estabelecimento estável³⁸.

Outrossim, a utilização do modelo da OCDE resulta torna mais fácil para as multinacionais praticarem elisão mediante investimentos em paraísos fiscais ou países de regimes fiscais privilegiados, onde a proteção ao sigilo bancário dificulta a troca de informações sobre os rendimentos com o estado da residência³⁹.

Registre-se ainda que, com a facilitação da entrada de capitais nos mais diversos Estados, a residência das empresas ganha uma grande mobilidade, de modo que a fonte e residência podem ser facilmente deslocadas pelos grupos multinacionais para territórios com leis fiscais mais atrativas⁴⁰.

A ação nº 4 do Plano BEPS aconselha um regime que traga limitações à dedutibilidade dos juros a grupos internacionais, excepcionando-se os setores bancários e de seguros, que necessitam de regramento próprio. Tais limites baseiam-se no critério EBITDA: limites de dedutibilidade aplicados aos gastos de financiamento líquidos⁴¹.

No contexto da busca pela substância econômica, a definição de estabelecimento permanente (Ação nº 7), os aprimoramentos das regras de CFC (Ação nº 3) e a documentação global dos preços de transferência (Ações nº 8, 9 e 10), procuram reduzir a prática de planejamentos fiscais (agora considerados agressivos), que tenham por objetivo único a busca pela economia fiscal, sem propósito comercial verdadeiro. No mesmo sentido se mostra a Ação nº 5, que coíbe as práticas nocivas por parte de países que não tributam a renda, ou o fazem por meio de taxas ínfimas, e a ação 2, que busca neutralizar os instrumentos híbridos⁴².

Ana Paula Dourado (2017, p. 61) afirma que o ponto central do BEPS são as ações 8, 9 e 10, que pretendem melhorar o funcionamento dos preços de transferência, a fim de que a tributação ocorra nos Estados em que o valor é de fato criado, para se evitar a transferência de lucros de modo artificial, atribuindo as receitas tributárias ao Estado da fonte. Nesse sentido, se a reforma relativa aos preços de transferência produzirem os efeitos pretendidos pela OCDE, as demais ações serão secundárias ou instrumentais ao projeto BEPS.

³⁸ DOURADO (2017), p. 51.

³⁹ OLIVEIRA (2015), p. 587.

⁴⁰ EISENBEISS (2016), p. 481 e ss.

⁴¹ DOURADO (2017), p. 78.

⁴² SOUFEN (2016), p. 76.

4. Reflexões sobre a aplicação das ações do plano BEPS na fiscalidade de Portugal

a) Alterações na sistemática de tributação das empresas

Merece destaque que, após a publicação das ações do BEPS, o legislador português tomou a dianteira no que concerne à aproximação da legislação nacional aos preceitos de boas práticas, antecipando, inclusive, algumas das alterações realizadas no contexto direito comunitário europeu⁴³.

Nesse sentido, Antonio Lobo Xavier e Inês Pinto Leite (2016, p. 26) explicam que, após a Reforma de 2013, o sistema português de tributação de empresas já apresentava um corpo robusto de normas antiabuso, já atendendo as recomendações da OCDE no sentido do combate à erosão da base tributável e à redomiciliação artificial dos lucros.

Note-se que a consideração das transações internas da sociedade, de âmbito internacional, enquanto objeto de fixação de preços fiscais, para efeito do regime de Preços de Transferência encontra-se expressamente reconhecida nas duas alíneas do n.º 9 do artigo 63.º do Código do IRC⁴⁴, como afirma Gustavo Lopes Courinha⁴⁵.

Nesse diapasão, cumpre mencionar as alterações realizadas em 2016 ao Código do IRC, materializadas no atual artigo 51.º e seguintes⁴⁶, referentes ao regime de *participation exemption*, introduzido como mecanismo de eliminação da dupla tributação econômica, de acordo com o princípio da territorialidade, aplicável à generalidade de sujeitos passivos residentes no território português⁴⁷.

No que concerne à Ação n.º 4 do BEPS, que versa sobre a limitação dos juros dedutíveis, o regime do IRC que vigorava até 2013 (artigo 67.º), já limitava o direito à dedução de gastos de financiamento líquido ao patamar de três milhões de euros ou 30% do resultado EBIDTA e, com a reforma de 2014, tal limite foi reduzido a um milhão de euros⁴⁸.

Ademais, o Relatório Econômico da OCDE sobre Portugal, divulgado em fevereiro de 2017, destaca que a partir de 2017, a dedução das despesas com juros encontra-se limitada a 30% do rendimento do fluxo de caixa (EBITDA) ou a 1 milhão de euros (dependendo de qual destes valores for superior), em consonância com a Ação n.º 4 já mencionada. O Relatório salienta, ainda, que Portugal estabeleceu uma medida de

⁴³ MATOS (2015), p. 40.

⁴⁴ Artigo 63.º Preços de transferência [...]

9(*)— As regras previstas no presente artigo são igualmente aplicáveis nas relações entre:

a*) Uma entidade não residente e um seu estabelecimento estável situado em território português, ou entre este e outros estabelecimentos estáveis situados fora deste território;

b*) Uma entidade residente e os seus estabelecimentos estáveis situados fora do território português ou entre estes.

(* - Redação da lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro, que republicou o CIRC)

⁴⁵ COURINHA (2014), p. 5.

⁴⁶ Alterados pela Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março.

⁴⁷ CUATRECASAS (2014), p. 3-4.

⁴⁸ COURINHA (2014) p. 6.

desagravamento fiscal para os capitais próprios das empresas, num claro estímulo a novos investimentos e aplicável às novas injeções de capitais próprios.

Registre-se, destarte, que o artigo 23.º-A, n.º 1, alínea c, do CIRC⁴⁹ estabelece que quaisquer pagamentos a zonas de baixa tributação estão sujeitos a uma presunção de artificialidade e, por consequência, à não dedução, somente podendo se afastar tal regra com provas contundentes do carácter real das transações que lhes servem de contraprestação⁵⁰.

Note-se, ainda, que o artigo 164.º da Proposta de Lei Orçamentária para 2018 em tramitação em Portugal, traz uma alteração do artigo 4.º do CIRC, inserindo o item f, que traz uma nova hipótese de incidência para o IRC, já criticada pela imprensa do país por suas incongruências e pela clara violação à liberdade de circulação de capitais⁵¹.

Com esta modificação, passa-se a tributar os ganhos realizados por entidades não residentes em Portugal, com a alienação de partes de capital ou de direitos similares em sociedades, ou outras entidades igualmente não residentes, sempre que, em qualquer momento nos trezentos e sessenta e cinco dias anteriores à venda, o valor das partes de capital ou direitos alienados resulte, em mais de 50%, de imóveis situados em Portugal, ainda que tais imóveis sejam detidos através de outras sociedades ou veículos.

Por fim, a título de ilustração da influência das ações previstas no Plano BEPS e das reformas operadas no IRC na atuação da Administração Tributária de Portugal, cumpre traçar um comparativo entre os resultados apresentados, a título de controle do planejamento fiscal abusivo e da arrecadação do imposto entre ano de 2011 e os anos de 2015 a 2016.

O Relatório de Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras de 2011, publicado pelo Secretário de Estado de Assuntos Fiscais, concluiu que, durante o ano de 2011, as correções às bases tributáveis declaradas pelos contribuintes perfizeram a quantia de € 5.535.000,00 (cinco mil, quinhentos e trinta e cinco milhões de euros).

Ademais, 60% desse valor se referiu a correções na declaração do IRC, totalizando em € 3.321.000,00 (três mil, trezentos e vinte e um milhões de euros). Com base nesse valor, o montante já pago de IRC era de 9% (nove por cento), encontrando-se 18% (dezoito por cento) do montante em fase de pagamento voluntário e 64% (sessenta e quatro por cento) em fase de execução fiscal.

⁴⁹ Artigo 23.º-A(*) Encargos não dedutíveis para efeitos fiscais

1 - Não são dedutíveis para efeitos da determinação do lucro tributável os seguintes encargos, mesmo quando contabilizados como gastos do período de tributação: [...]

c) Os encargos cuja documentação não cumpra o disposto nos n.ºs 3 e 4 do artigo 23.º, bem como os encargos evidenciados em documentos emitidos por sujeitos passivos com número de identificação fiscal inexistente ou inválido ou por sujeitos passivos cuja cessação de atividade tenha sido declarada oficiosamente nos termos do n.º 6 do artigo 8.º;

(* - Aditado pela lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro, que republicou o CIRC)

⁵⁰ COURINHA (2014), p. 6.

⁵¹ FUGAS (2017).

A seu turno, o Relatório de Atividades Desenvolvidas “Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras” de 2016, verificou que a correção nas bases declaradas pelos contribuintes totalizou em € 4.304.000.000,00 (quatro mil, trezentos e quatro milhões de euros) no ano de 2016, sendo que 82% (oitenta e dois por cento) desse valor apenas a título de IRC, o que representa o valor de 3504 milhões de euros não declarados.

Outrossim, no ano de 2016, foram geradas 31.787 (trinta e um mil, setecentos e oitenta e sete) liquidações oficiosas do período de 2014, correspondente a uma matéria coletável global de € 472.151.681,87 (quatrocentos e setenta e dois milhões, cento e cinquenta e um mil, seiscentos e oitenta e um euros e oitenta e sete cêntimos) e a uma coleta de IRC no total de € 108.233.317,64 (cento e oito milhões, duzentos e trinta e três mil, trezentos e dezessete euros e sessenta e quatro cêntimos).

Cumpra ainda apontar o *The International Tax Competitiveness Index*, publicado pela Tax Foundation, que verifica até que ponto o sistema fiscal dos países adere a dois aspectos importantes da política fiscal, a neutralidade e a competitividade, estabelecendo um ranking entre tais países, utilizando critérios como a tributação corporativa, a tributação pessoal, a tributação sobre as propriedades e sobre o consumo.

No ano de 2014, o instituto analisou 34 países, verificando que Portugal foi 33º colocado no ranking geral e o 29º colocado no critério tributação corporativa⁵²; em 2015, Portugal ficou em 31º lugar no ranking geral e passou a ocupar o 27º lugar no ranking da tributação corporativa⁵³.

Em 2016 o instituto analisou a economia de 35 países membros da OCDE, sendo que Portugal ocupou o 30º lugar no ranking de tributação corporativa e o 33º lugar na colocação geral⁵⁴. Já em 2017 o relatório⁵⁵ divulgado concluiu que Portugal perdeu duas posições na classificação da tributação corporativa, passando a ocupar o 32º lugar, mas manteve o 33º lugar no ranking geral.

b) O combate ao planeamento fiscal abusivo no âmbito europeu

Antes mesmo do projeto BEPS, a União Europeia já vinha propondo medidas destinadas ao combate da concorrência tributária prejudicial, em 1997, com um pacote de medidas contra a concorrência prejudicial em matéria fiscal⁵⁶, que, dentre outras medidas, criou um Código de Conduta para a tributação das empresas.

Ademais, no ano seguinte, o Conselho de Assuntos Econômicos e Financeiros da União Europeia criou o “Grupo do Código de Conduta”, que tinha por meta avaliar as medidas fiscais passíveis de serem abrangidas pelo âmbito de aplicação do código e administrar a comunicação relativa a tais medidas.

⁵² TAX FOUNDATION (2014).

⁵³ TAX FOUNDATION (2015).

⁵⁴ TAX FOUNDATION (2016).

⁵⁵ TAX FOUNDATION (2017).

⁵⁶ UNIÃO EUROPEIA (1997).

Mais recentemente, registre-se que, no contexto do BEPS, adotou-se na Europa um pacote antielisão fiscal, que é um conjunto de iniciativas legislativas e não legislativas a nível do direito comunitário, com o intuito de estabelecer as regras contra a elisão tributária praticada pelas empresas e tornar a tributação das sociedades mais justa, simples e eficaz.

Esse pacote inclui quatro medidas: uma comunicação sobre o pacote antielisão fiscal, uma diretiva antielisão, uma recomendação relativa à aplicação de medidas contra práticas abusivas em matéria de convenções fiscais e, por último, uma revisão da Diretiva relativa à Cooperação Administrativa.

Insta trazer à baila a necessária ponderação de Maria Odete Oliveira (2015, p. 595) no sentido de que as ações previstas no BEPS devem ser acompanhadas por uma concretização dos conceitos de residência e fonte, por parte da OCDE e das Convenções de Dupla Tributação, haja vista que eles são dotados de grande fluidez e hoje são facilmente manipuláveis pelas empresas multinacionais.

A autora afirma que o plano de ação parece continuar privilegiando o país de residência para fins de tributação, mas amplia, em certas situações, a competência do Estado da fonte, o que pode resultar em problemas como a dificuldade de se definir a fonte do rendimento, no caso dos preços de transferência abusivos, e o abandono, por parte dos investidores estrangeiros, de países que não apresentem o regime fiscal mais atrativo, especialmente nos casos de fluxos financeiros de grande mobilidade⁵⁷.

Salienta-se, ainda, a constante preocupação de que as modificações legislativas, na esfera da União Europeia, para a adequação das normas de direito comunitário ao Projeto BEPS possam acarretar, na verdade, o efeito oposto que se pretende, isto é, o aumento da concorrência fiscal internacional, tanto no âmbito da UE quanto em relação aos demais países.

Nesse ínterim, o comunicado do Comitê Fiscal da Confederação Fiscal Europeia sobre a proposta de Diretiva da UE sobre antielisão, afirma que a proposta vai além das conclusões do relatório BEPS e sugere que algumas das medidas constantes da diretiva podem contribuir para uma corrida das empresas pelo sistema fiscal menos gravoso⁵⁸.

⁵⁷ OLIVEIRA (2015), p. 595.

⁵⁸ CONFEDERAÇÃO FISCAL EUROPEIA (2016), p. 3-4.

Maria Odete Oliveira (2015, p. 588) explica, outrossim, que, com o Projeto BEPS, o planejamento abusivo deixa de ser visto como necessariamente pautado por práticas ilegais, tornando-se necessária uma investigação das regras fiscais em vigor e até que ponto elas seriam responsáveis por permitir a alocação de lucros tributáveis em locais distintos de onde ocorre de fato a atividade empresarial e, se a resposta for positiva, o que pode ser modificado para melhorar o desempenho dos sistemas fiscais no panorama atual.

c) A posição de Portugal quanto à concorrência fiscal internacional

Relativa à adaptação da legislação de Portugal ao Relatório BEPS, necessário se faz mencionar a opinião de Gustavo Lopes Courinha (2014, p. 4) no sentido de que o legislador nacional em muito se adiantou no combate à concorrência fiscal prejudicial, tendo promovido significativos avanços no tema, ainda antes da iniciativa da OCDE.

Em relação à abolição de regimes preferenciais, o autor afirma que o único regime em Portugal que poderia ser equacionado, pelos critérios da OCDE, seria o regime fiscal da Madeira; todavia, após as alterações promovidas pelo Orçamento do Estado para 2012 ao artigo 33.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais, tal regime perdeu grande parte de seus atrativos, com o deslocamento das empresas que lá se localizavam⁵⁹.

Na linha da Ação nº 5, menciona-se que o Estado Português assinou, ao longo dos últimos anos, inúmeros Acordos de Troca de Informações com zonas de baixa tributação, habilitando a Administração Fiscal para analisar e reprimir operações em tais países, o que representaria um exemplo de como as autoridades portuguesas tem “implementado medidas pró-BEPS, muito antes do próprio Relatório BEPS”⁶⁰.

No que tange à Ação nº 6, é notório que Portugal já vem introduzindo elevado número de normas especiais antiabuso em suas convenções de dupla tributação. Dentre elas, Gustavo Lopes Courinha (2014, p. 4) ressalta as cláusulas de beneficiário efetivo, as cláusulas gerais ou especiais de tributação efetiva, os mecanismos de recaptura de vantagens fiscais quanto a pensões, as cláusulas de salvaguarda do normativo doméstico e as cláusulas gerais de limitação de benefícios.

Diante do previsto nas Ações nº 8 a 10, impende salientar que desde a Reforma operada nos anos 2000, Portugal já possui um moderno regime de preços de transferências, descrito na Portaria 1446-C/2011, de 21 de dezembro, com destaque os

⁵⁹ COURINHA (2014), p. 6.

⁶⁰ COURINHA (2014), p. 9.

seus artigos 4.^{o61} e 5.^{o62}, que estabelecem métodos de determinação dos preços de

⁶¹ Artigo 4.^o Determinação do método mais apropriado

1 - O sujeito passivo deve adoptar, para determinação dos termos e condições que seriam normalmente acordados, aceites ou praticados entre entidades independentes, o método mais apropriado a cada operação ou série de operações, tendo em conta o seguinte:

a) O método do preço comparável de mercado, o método do preço de revenda minorado ou o método do custo majorado;

b) O método do fraccionamento do lucro, o método da margem líquida da operação ou outro método apropriado aos factos e às circunstâncias específicas de cada operação que satisfaça o princípio enunciado no n.º 1 do artigo 1.º desta portaria, quando os métodos referidos na alínea anterior não possam ser aplicados ou, podendo sê-lo, não permitam obter a medida mais fiável dos termos e condições que entidades independentes normalmente acordariam, aceitariam ou praticariam.

2 - Considera-se como método mais apropriado para cada operação ou série de operações aquele que é susceptível de fornecer a melhor e mais fiável estimativa dos termos e condições que seriam normalmente acordados, aceites ou praticados numa situação de plena concorrência, devendo ser feita a opção pelo método mais apto a proporcionar o mais elevado grau de comparabilidade entre as operações vinculadas e outras não vinculadas e entre as entidades seleccionadas para a comparação, que conte com melhor qualidade e maior quantidade de informação disponível para a sua adequada justificação e aplicação e que implique o menor número de ajustamentos para efeitos de eliminar as diferenças existentes entre os factos e as situações comparáveis.

3 - Duas operações reúnem as condições para serem consideradas comparáveis se são substancialmente idênticas, o que significa que as suas características económicas e financeiras relevantes são análogas ou suficientemente similares, de tal modo que as diferenças existentes entre as operações ou entre as empresas nelas intervenientes não são susceptíveis de afectar de forma significativa os termos e condições que se praticariam numa situação normal de mercado ou, sendo-o, é possível efectuar os necessários ajustamentos que eliminem os efeitos relevantes provocados pelas diferenças verificadas.

4 - Sempre que existam dúvidas fundadas acerca da fiabilidade dos valores que seriam obtidos com a aplicação de um dado método, o sujeito passivo deve tentar confirmar tais valores mediante a aplicação de outros métodos, de forma isolada ou combinada.

5 - Se, no âmbito de aplicação de um método, a utilização de duas ou mais operações não vinculadas comparáveis ou a aplicação de mais de um método considerado igualmente apropriado conduzir a um intervalo de valores que assegurem um grau de comparabilidade razoável, não se torna necessário proceder a qualquer correcção, caso as condições relevantes da operação vinculada, nomeadamente o preço ou a margem de lucro, se situarem dentro desse intervalo.

⁶² Artigo 5.^o Factores de comparabilidade

Para efeitos do artigo anterior, o grau de comparabilidade entre uma operação vinculada e uma operação não vinculada deve ser avaliado, tendo em conta, designadamente, os seguintes factores:

a) As características específicas dos bens, direitos ou serviços que, sendo objecto de cada operação, são susceptíveis de influenciar o preço das operações, em particular as características físicas, a qualidade, a quantidade, a fiabilidade, a disponibilidade e o volume de oferta dos bens, a forma negocial, o tipo, a duração, o grau de protecção e os benefícios antecipados pela utilização do direito e a natureza e a extensão dos serviços;

b) As funções desempenhadas pelas entidades intervenientes nas operações, tendo em consideração os activos utilizados e os riscos assumidos;

c) Os termos e condições contratuais que definem, de forma explícita ou implícita, o modo como se repartem as responsabilidades, os riscos e os lucros entre as partes envolvidas na operação;

d) As circunstâncias económicas prevalecentes nos mercados em que as respectivas partes operam, incluindo a sua localização geográfica e dimensão, o custo da mão-de-obra e do capital nos mercados, a posição concorrencial dos compradores e vendedores, a fase do circuito de comercialização, a existência de bens e serviços sucedâneos, o nível da oferta e da procura e o grau de desenvolvimento geral dos mercados;

e) A estratégia das empresas, contemplando, entre os aspectos susceptíveis de influenciar o seu funcionamento e conduta normal, a prossecução de actividades de pesquisa e

transferência de acordo com o princípio de plena concorrência adaptável à estrutura dos mercados⁶³.

Quanto à Ação nº 12 do plano, ela foi antecipada em cinco anos pelo legislador português com a aprovação do Decreto Lei nº 29/2008, de 05 de fevereiro, que sujeita as estruturas artificiais que permitam poupanças fiscais à fortes deveres de informações⁶⁴; inclusive, seu artigo 15.^o⁶⁵ determina a publicação, por parte da Administração Fiscal, de listas com os esquemas abusivos e as normas aplicáveis para reprimi-los⁶⁶.

Francisco Cabral Matos (2015, p. 42) questiona, outrossim, se tais alterações resultantes do BEPS resultarão num incentivo à administração tributária de Portugal para aplicar o Decreto-Lei n.º 29/2008, de 05 de fevereiro, que criou um regime pioneiro na União Europeia para o reporte de estruturas e transações que impliquem vantagens fiscais potencialmente abusivas.

O autor entende ser importante permitir que o referido Decreto-Lei tivesse o condão de prevenir novas estruturas ou a reiteração de comportamentos reputados abusivos ou incompatíveis com a legislação fiscal, com vistas à diminuição de tais práticas e a possibilidade de o sujeito passivo já ter um conhecimento antecipado do posicionamento da Autoridade Fiscal e Aduaneira em face da implementação de estruturas e transações, incrementando a segurança jurídica. Registre-se, por oportuno, reportagens⁶⁷⁶⁸ divulgadas pela imprensa portuguesa no sentido da não aplicação deste diploma ao longo dos anos.

Nesse sentido, o artigo 203.º da Proposta de Lei Orçamentária para 2018 em tramitação em Portugal propõe uma alteração no artigo 63.º-A da Lei Geral Tributária, modificando a redação dos itens 2 e 10⁶⁹, a fim de reforçar a obrigatoriedade de

desenvolvimento de novos produtos, o grau de diversificação da actividade, o controle do risco, os esquemas de penetração no mercado ou de manutenção ou reforço de quota e, bem assim, os ciclos de vida dos produtos ou direitos;

f) Outras características relevantes quanto à operação em causa ou às empresas envolvidas.

⁶³ COURINHA, Gustavo Lopes. **Op. Cit.**, p. 4.

⁶⁴ *Ibid*, p. 5.

⁶⁵ Artigo 15.º Divulgação

O director-geral dos Impostos, para efeitos de prevenção da fraude e evasão fiscais, procede à divulgação pública, através da página electrónica desta instituição na Internet, do entendimento da Direcção-Geral dos Impostos de que certo esquema ou actuação de planeamento fiscal, descrito em termos gerais e abstractos, é reputado abusivo e pode ser requalificado, objecto de correcções ou determinar a instauração de procedimento legalmente previsto de aplicação de disposições anti-abuso.

⁶⁶ Essa lista pode ser consultada no sítio do Portal das Finanças. Disponível em: <http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/BC481FC3-FD05-4960-BB58-D7D2D96790DC/0/DivulgacaoDL_2908PFA.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2018.

⁶⁷ COSTA, Vítor (2017).

⁶⁸ GOMES, (2017).

⁶⁹ Art. 63.º-A. [...]

2 -As instituições de crédito, as sociedades financeiras e as demais entidades que prestem serviços de pagamento, estão obrigadas a comunicar à Autoridade Tributária e Aduaneira, até ao

comunicação à Autoridade Tributária e Aduaneira das transferências e envios de fundos para entidades localizadas em países, territórios e regiões com regimes de tributação privilegiada claramente mais favoráveis, quando não sejam relativas a pagamentos de rendimentos sujeitos a algum dos regimes de comunicação para efeitos fiscais já previstos na lei ou operações efetuadas por pessoas coletivas de direito público.

Ressalte-se o entendimento de Antonio Lobo Xavier e Inês Pinto Leite (2016, p. 26) no sentido de que as disposições antiabuso incluídas por Portugal no projeto de Reforma do IRC estão mais próximas da realidade empresarial do que as recomendadas pela OCDE na iniciativa BEPS.

Para os autores, a abordagem portuguesa seria mais pragmática e menos onerosa, por apelar para a partilha internacional da responsabilidade pelo combate à proliferação de situações de dupla não tributação, sem onerar os agentes económicos sujeitos ao IRC e salvaguardando a competitividade fiscal do regime nacional⁷⁰.

Insta ainda salientar que, no contexto da globalização e integração europeia, o combate à fraude e à evasão fiscais e aduaneiras tem se mostrado uma prioridade fundamental da política de Portugal. Nesse sentido, o Ministério das Finanças do país aprovou em outubro de 2011 um Plano Estratégico de Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras para o Triénio de 2012 a 2014⁷¹, o qual definiu as grandes linhas de atuação de médio prazo da Administração Fiscal, visando aumentar sua eficácia no combate aos esquemas de fraude de elevada complexidade.

Ademais, segundo o Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, a taxa de execução do referido plano foi de 95%, destacando o cumprimento de medidas como o reforço dos mecanismos de troca de informações com países com centros financeiros de natureza global e com paraísos fiscais, a flexibilização das regras de utilização da cláusula geral antiabuso por parte da Administração Tributária para combater o planeamento fiscal agressivo e o alargamento significativo das regras de transparência fiscal internacional.

Posteriormente também foram fixadas medidas integradas para o Plano Estratégico de Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras para o Triénio 2015-2017⁷², com uma fase informativa, uma fase interativa destinada a promover o cumprimento e a regularização voluntária, seguidas das fases inspetiva, sancionatória e coercitiva, a fim de se garantir a plena eficácia do sistema, todas implementadas numa

final do mês de março de cada ano, através de declaração de modelo oficial, aprovada por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças, as transferências e envio de fundos que tenham como destinatário entidade localizada em país, território ou região com regime de tributação privilegiada mais favorável que não sejam relativas a pagamentos de rendimentos sujeitos a algum dos regimes de comunicação para efeitos fiscais já previstos na lei ou operações efetuadas por pessoas coletivas de direito público. [...]

10 - A obrigação de entrega da declaração prevista no n.º 2 subsiste mesmo que não tenham ocorrido transferências ou envio de fundos abrangidas pela obrigação de comunicação.

⁷⁰ XAVIER, LEITE (2016, p. 26)

⁷¹ PORTUGAL. MINISTÉRIO DAS FINANÇAS (2011).

⁷² PORTUGAL. MINISTÉRIO DAS FINANÇAS (2015).

plataforma eletrônica.

No Relatório de Atividades Desenvolvidas “Combate à fraude e evasão fiscais e aduaneiras” publicado em 2016, foi destacada a atuação da Administração Fiscal na área de investigação de fraudes internacionais, como no caso *Swissleaks*, além de fixar, para o ano seguinte, o reforço da cooperação nacional e internacional, nos termos dos *standards* desenvolvidos pela OCDE.

Registre-se, por oportuno, que no documento intitulado “Apresentação do Relatório do Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneira”⁷³, elaborado pelo Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais em outubro de 2017, afirmou que mais da metade das medidas propostas no plano para o triênio 2015-2017 já haviam sido implementadas e que cerca de 35% estavam em curso.

Ademais, o Secretário apresentou como um dos objetivos a serem incluídos no Plano Estratégico para o triênio de 2018 a 2018, o reforço da cooperação internacional na troca de informação com outros Estados, designadamente para acesso às contas bancárias noutros países, no quadro da Diretiva DAC – 2 e da Norma CRS – OCDE, o que demonstra novamente o empenho de Portugal no combate à concorrência fiscal internacional.

5. Conclusão

À guisa de conclusão, é importante relembrar que o regime de tributação do rendimento em Portugal é relativamente recente, com a unificação da tributação sido verificada apenas após a Constituição de 1976 e com o Código do IRC sendo aprovado apenas no ano de 1988.

Ademais, o IRC, ao longo dos anos, foi passando por sucessivas reformas, merecendo destaque as alterações promovidas no ano de 2013, que tinham por meta a simplificação do imposto, a redução de suas taxas e a promoção da competitividade e da internacionalização das empresas portuguesas, o que demonstra a preocupação do país com o tema da concorrência internacional.

Impende mencionar que essa temática já vem sendo objeto de bastante discussão no âmbito da União Europeia e da OCDE, que já vem realizando estudos nesse sentido desde os anos noventa, com destaque aos relatórios *Harmful tax competition: an emerging global issue*, publicado em 1998, o *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, publicado em 2013 e o *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, mais comumente denominado de Plano BEPS.

O BEPS traduz a preocupação da OCDE com a temática da concorrência fiscal prejudicial internacional, possuindo quinze ações coordenadas para combate ao planejamento fiscal agressivo e a troca de informações internacionais e vem

⁷³ PORTUGAL. MINISTÉRIO DAS FINANÇAS (2017).

influenciando a legislação tributária da União Europeia e dos mais diversos países do mundo.

No âmbito do direito comunitário, já existe, desde 1997, um Código de Conduta para a fiscalidade das empresas e um grupo de trabalho que fiscalizava a sua implementação. Mais recentemente, foi adotado um pacote de medidas antielisão, o qual inclui recomendações aos países e uma Diretiva específica antielisão.

No entanto, há uma grande preocupação na doutrina, com a qual concordamos, no sentido de as atuais tentativas de cooperação internacional incentivadas pela OCDE no contexto do Plano BEPS acabe por agravar (e não amenizar) a concorrência fiscal internacional prejudicial.

Uma das razões para isso é que as ações propostas ora privilegiam os países da fonte dos rendimentos, ora beneficiam os países da residência, sem definir com mais clareza e especificidade os conceitos de fonte e residência, o que também ocorre no modelo utilizado para as convenções de dupla tributação entre os países, facilitando a manipulação por parte das empresas multinacionais.

Destarte, a OCDE, com essa iniciativa, faz uma presunção (não necessariamente correta) de que todos os países estão interessados nessa coordenação internacional, com a eliminação da dupla tributação e da dupla não tributação internacional, bem como na troca de informações.

Outro importante argumento que concordamos, o qual inclusive foi utilizado pelo Comitê Fiscal da Confederação Fiscal Europeia ao analisar a Diretiva Europeia contra a elisão fiscal, é o de que a implementação das medidas antielisão propostas no plano BEPS e na Diretiva resultará numa fuga das empresas multinacionais para os países com sistemas tributários menos gravosos.

Nesse ínterim, entendemos que a transposição das ações previstas no Plano BEPS nos ordenamentos jurídicos dos países e no âmbito do direito comunitário deve ser feita com cautela, eis que não se pode ignorar a política fiscal de cada país, que utiliza a receita proveniente de seus tributos para atender às necessidades nacionais, bem como a preocupação destes em não se tornar desvantajosos para o investimento estrangeiro.

No que tange ao caso específico de Portugal, foi verificado que o legislador do país já apresentava preocupação com o tema da concorrência fiscal e do combate ao planeamento tributário agressivo muito antes da divulgação dos estudos da OCDE e já antecipou modificações nas leis sobre tais temas mesmo antes das ações propostas no BEPS.

Ao longo do presente trabalho foram demonstradas as alterações legislativas operadas na legislação portuguesa que já atendiam as determinações propostas pelo plano BEPS, especialmente as relativas às ações que tratam da troca de informações entre os países, dos preços de transferência, da limitação dos juros dedutíveis e do combate aos esquemas abusivos praticados pelas empresas.

Outrossim, não se pode deixar de salientar que o reflexo maior do Plano BEPS em Portugal se deu na mudança de postura da Administração Tributária, que sempre foi objeto de inúmeras críticas por parte de autores e da imprensa do país, por deixar de atuar de forma eficaz no combate ao planejamento fiscal abusivo.

Todavia, a partir de 2011, verificou-se uma mudança de paradigma, a partir do momento em que o combate à fraude e à evasão tributária foram eleitos à categoria de prioridade na política fiscal de Portugal, como uma influência direta da globalização e da necessidade de se resgatar a competitividade portuguesa perante os demais países.

Nesse intuito, foi divulgado em 2012, pelo Ministério das Finanças, do Plano Estratégico de Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras, para o triênio de 2012 a 2014. Seus resultados se mostraram tímidos no que tange a um aumento de arrecadação de impostos, porém bastante efetivos no que concerne à intensificação da atividade de fiscalização por parte da Administração, tanto que foram feitos novos planos estratégicos para os anos de 2015 a 2017, além de as metas referentes ao triênio 2018-2020 estarem em processo de elaboração.

Com base nesses dados, concluímos que as adaptações do sistema jurídico português ao Plano BEPS não tiveram um reflexo direto nas leis que versam sobre tributação das empresas, diante das reformas do IRC que já caminhavam no mesmo sentido das ações propostas pela OCDE. Destarte, com a intensificação da atuação da Administração Tributária, foi possível notar um aumento na sua estrutura e de suas atividades de fiscalização, o que também resultou em um crescimento, ainda que baixo, da arrecadação no país.

Entretanto, asseveramos que Portugal ainda apresenta poucos atrativos aos investimentos estrangeiros, sendo um dos países que mais tributa as empresas, ao se comparar com a União Europeia, como aferido diante de sua baixa posição nos rankings de competitividade fiscal mencionados no presente estudo.

A experiência atual mostra que, a longo prazo, torna-se necessária mais do que cooperação entre os países, mas uma espécie de regramento fiscal internacional ou, até mesmo o surgimento de um Direito Fiscal Internacional para que verdadeiramente seja atingido o compromisso de desincentivo à concorrência fiscal prejudicial.

Por fim, entendemos que essa uniformização no tratamento da concorrência fiscal entre os países tende a beneficiar Portugal, cuja legislação já vem no mesmo sentido das orientações da OCDE mesmo antes do Plano BEPS, pois essa isonomia pretendida entre os sistemas tributários dos mais diversos países evitará a fuga de capital e de investimentos estrangeiros.

Referências

AZEVEDO, Maria Eduarda, 2011. “As reformas fiscais portuguesas do século XX um enfoque analítico”, *Lusíada*, n. 8/9, Lisboa, p. 161-236.

- BARRETO, Paulo Ayres, TAKANO, Caio Augusto, 2016. “Os desafios do planejamento tributário internacional na era pós-BEPS”, In: *XIII Congresso Nacional de Estudos Tributários – IBET*. CARVALHO, Paulo de Barros (org.), Noeses, São Paulo. p. 989-1028.
- CONFEDERAÇÃO FISCAL EUROPEIA, 2016, *Opinion Statement FC 3/2016 on the European Commission’s proposal for an Anti-Tax Avoidance Directive of 28 January 2016*, in: <http://www.cfe-eutax.org/sites/default/files/CFE%20Opinion%20Statement%20FC%203-2016%20on%20the%20Anti%20Tax%20Avoidance%20Directive.pdf> (18.01.2018).
- COSTA, Marluce Barros, 2013, *A Tributação do Rendimento das Empresas em Portugal e no Brasil: um estudo comparado sobre otimização do sistema fiscal*, Dissertação, Instituto Superior de Gestão, Lisboa.
- COSTA, Vítor (2017), “Apagação” no controlo dos esquemas de abuso fiscal, in: <https://www.publico.pt/2017/04/30/economia/noticia/apagao-no-combate-ao-planeamento-fiscal-abusivo-1770386> (18.01.2018).
- COURINHA, Gustavo Lopes, 2014, “BEPS e o sistema fiscal português: uma primeira incursão”, *Cadernos de Justiça Tributária*, nº 4, p. 3-10.
- CUATRECASAS, Gonçalves Pereira, 2014, *Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro/Reforma do IRC*. 2014, in: <http://foreigners.textovirtual.com/empresas-familiares/62/92877/1391011148pt.pdf>, (18.01.2018).
- DOURADO, Ana Paula, 2016, *Direito Fiscal: lições*, Almedina, Coimbra.
- DOURADO, Ana Paula, 2017, *Governança Fiscal Global*, Almedina, Coimbra.
- DOURADO, Ana Paula, 2016, “The EU Anti Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS?”, *Intertax*, v. 44, nº 6, p. 440-446.
- EISENBEISS, Justus, 2016, “BEPS Action 7: Evaluation of the Agency Permanent Establishment”, *Intertax*, nº 6-7, p. 481-502.
- FAVEIRO, Vitor António Duarte, 1986, *Noções Fundamentais de Direito Fiscal Português*, vol. 2. Coimbra Editora, Coimbra.
- FERRARI, Bruna Camargo (2016), *Negócios híbridos e normas CFC: impactos para as multinacionais brasileiras da incorporação do projeto BEPS no direito brasileiro*, Dissertação, Faculdade de Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo.
- FERREIRA, Eduardo Paz, 2005, *Prefácio a 15 Anos da Reforma Fiscal de 1988/89*, Almedina, Coimbra.
- FUGAS, Pedro (2017), *O que muda na tributação das empresas – a tributação de investidores não residentes*, in:

- <http://www.jornaleconomico.sapo.pt/noticias/o-que-muda-na-tributacao-das-empresas-a-tributacao-de-investidores-nao-residentes-221122> (18.01.2018).
- GOMES, Ana (2017), *Fiscalidade agressiva e Fisco amável*, in: <https://www.publico.pt/2017/04/30/economia/opiniao/fiscalidade-agressiva-e-fisco-amavel-1770472> (18.01.2018).
- HUGOUNENQ, Rejane, LE CACHEUX, Jacques; MADIÈS, Thierry, 1999, “Diversité des fiscalités européennes et risque de concurrence fiscale”, *Revue de l'OFCE*. n.º. 70. p. 63-109.
- MATOS, Francisco Cabral, 2015, “Manifestações do relatório BEPS no contexto europeu: Alterações às Diretivas da Poupança e das Sociedades Mães-Filhas”, In: *Direito Fiscal Internacional e Europeu*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, p. 31-44.
- NABAIS, José Casalta, 2017, *Direito Fiscal*, 10 ed, Almedina, Coimbra.
- _____, 2015, “Justiça Fiscal, Estabilidade Financeira e as Recentes Alterações do Sistema Fiscal Português”, In: *Por um estado fiscal suportável: estudos de direito fiscal*, NABAIS, José Casalta, Vol. 4, Almedina, Coimbra, p. 301-341.
- OCDE, 2013, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, in: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/action-plan-on-base-erosion-and-profit-shifting_9789264202719-en#.WmAtm6inHIU (18.01.2018).
- _____, 2013, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, in: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/addressing-base-erosion-and-profit-shifting_9789264192744-en#page1 (18.01.2018).
- _____, 1998, *Harmful tax competition: an emerging global issue*, in: <http://www.oecd.org/dataoecd/33/0/1904176.pdf> (18.01.2018).
- _____, 2017, *Relatórios Económicos da OCDE: Portugal*, in: <https://www.oecd.org/eco/surveys/Portugal-2017-OECD-economic-survey-overview-portuguese.pdf> (18.01.2018).
- OLIVEIRA, Maria Odete, 2015. “Algumas reflexões sobre as questões de fiscalidade conexas com a erosão das bases tributáveis e transferência de lucros”, In: *Para Jorge Leite - Escritos Jurídicos*, vol. II, REIS, João (COORD), Coimbra Editora, Coimbra, p; 583-608.
- PEREIRA, Paulo Trigo (et al), 2005, *Economia e Finanças Públicas*, Lisboa, Escolar Editora.
- PORTUGAL, MINISTÉRIO DAS FINANÇAS, 2011, *Plano Estratégico de Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras 2012-2014*, in: http://www.apit.pt/public/scaffold_documentos/PEdCaFeEFa_2012-

2014.pdf (18.01.2018).

_____, 2012, Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais. Relatório de Atividades Desenvolvidas: Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras, in: http://www.parlamento.pt/documents/xiileg/julho_2012/relatoriocombateivas_aofiscal_2011.pdf (18.01.2018).

_____, 2013, *Comissão para a Reforma do Imposto sobre o rendimento das Pessoas Coletivas (2013) - Anteprojeto de Reforma. Uma reforma do IRC orientada para a competitividade, o crescimento e o emprego*, in: <https://www.occ.pt/fotos/editor2/relatorioirc.pdf> (18.01.2018).

_____, 2015, *Plano Estratégico de Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras 2015-2017*, in: https://www.portugal.gov.pt/media/3322199/20150129-mf-plano-combate-fraude-fiscal-2015_2017.pdf (18.01.2018).

_____, 2016, *Relatório de Atividades Desenvolvidas: Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras*, in: <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=97ee2d71-68aa-495f-aba8-7bc68a88a524> (18.01.2018).

_____, 2017, *Apresentação do Relatório do Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneira*, in: <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=81c76713-6b44-4990-8cf5-039984b7d7c7> (18.01.2018).

RIBEIRO, José Joaquim Teixeira, 1989, *A reforma fiscal*, Coimbra Editora, Coimbra.

_____, 1990, *Sistema fiscal português: anos sessenta-anos noventa. Conferências Portugal anos 60 – anos 90*. Doc. nº 1, IESF, Lisboa.

ROCHA, Sérgio André, 2016, “*El proyecto Beps de la OCDE y el derecho fiscal internacional en Brasil*”, In: *Revista Direito Tributário Atual*, nº 35, p. 102-117.

SANTOS, Antonio Carlos, 2003, *A posição portuguesa face à regulação da concorrência fiscal. Planeamento Fiscal e Concorrência Internacional*, Associação Portuguesa de Consultores Fiscais, Lisboa.

SOUFEN, Raquel Arruda, 2016, *Planejamento tributário, erosão da base e o plano de ação do BEPS: Uma análise acerca das possíveis implicações do plano de ação da OCDE na Legislação Brasileira*, Dissertação, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

TAX FOUNDATION, 2014, *International Tax Competitiveness: Index 2014*, in: https://files.taxfoundation.org/legacy/docs/TaxFoundation_ITCI_2014.pdf. (18.01.2018).

_____, 2015, *International Tax Competitiveness: Index 2015*, in: https://files.taxfoundation.org/legacy/docs/TF_ITCI_2015.pdf (18.01.2018).

- _____, 2016, *International Tax Competitiveness: Index 2016*, in: <https://files.taxfoundation.org/20170112205157/TF-ITCI-2017.pdf> (18.01.2018).
- _____, 2017, *International Tax Competitiveness: Index 2017*, in: <https://files.taxfoundation.org/20171030112339/TaxFoundation-ITCI-2017.pdf> (18.01.2018).
- TIBÉOUT, Charles, 1956, "A pure theory of local expenditures", In: *Jornal of Political Economy*, vol. 64, in: https://www.unc.edu/~fbaum/teaching/PLSC541_Fallo8/tiebout_1956.pdf (18.01.2018).
- UNIÃO EUROPEIA, 1997, *Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu - Um pacote de medidas contra a concorrência prejudicial em matéria fiscal na União Europeia*, in: <https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/4031c875-9bb3-43aa-95e3-d94f65bc1fad/language-pt> (18.01.2018).
- _____, 2016, *Diretiva do Conselho que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade*, in: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7148-2016-INIT/pt/pdf> (18.01.2018).
- _____, 2016, *Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho*, in: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L1164&from=PT> (18.01.2018).
- _____, 2016, *Recomendação da Comissão de 28.1.2016 sobre a implementação de medidas contra o abuso nos tratados fiscais*, in: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2016/EN/3-2016-271-EN-F1-1.PDF> (18.01.2018).
- _____, CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 1997, *Código de conduta relativo ao domínio da fiscalidade das empresas*, in: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:41998X0106&from=PT> (18.01.2018).
- _____, CONSELHO DE ASSUNTOS ECONÔMICOS E FINANCEIROS 1997, *Conclusões do Conselho ECOFIN de 1 de Dezembro de 1997 em matéria de política fiscal. Resolução do Conselho e dos representantes dos governos dos Estados-membros, reunidos no Conselho de 1 de Dezembro de 1997 relativa a um código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas - Fiscalidade da poupança*, in: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998Y0106\(01\)&from=PT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998Y0106(01)&from=PT) (18.01.2018).
- XAVIER, Alberto, 2010, *Direito Tributário Internacional do Brasil*, Forense, Rio de Janeiro.

XAVIER, António Lobo; LEITE, Inês Pinto, 2016, “A reforma do IRC e o programa ‘BEPS’ – Breves reflexões, In: *Sociedade e Fiscalidade: UE: harmonização fiscal possível?*, n.7, Sindicato dos Trabalhadores dos Impostos, Lisboa, in: https://www.stimpostos.pt/wp-content/uploads/2016/09/sti_07.pdf (18.01.2018).

FASHION LAW SOB UMA PERSPECTIVA SOCIOAMBIENTAL

Mariele Cristina De Abreu Zoratto¹

1. Introdução

O Direito acompanha o desenvolvimento da sociedade, e, conforme essa fica mais complexa e diversificada, novos campos da atuação humana demandam atenção. Embora aquele tenha seus próprios desafios a serem solucionados pelos juristas na busca por um ordenamento mais eficiente e coeso, hoje existem uma carência e uma urgência por debates mais abrangentes. É hora de, além de discutir o Direito, que se discuta o mundo em que vivemos.

Essa é uma tarefa comum para outras ciências sociais, como a Filosofia e a Sociologia, e para que o Direito se torne uma Ciência Social Aplicada atualizada é indispensável que seus operadores deem atenção a outros temas, que muitas vezes não ostentam, à primeira vista, cunho legal. O caráter enriquecedor de tal atividade é descobrir, quando se analisa mais profundamente a questão, seus reflexos jurídicos e constatar o tamanho da abrangência que o Direito pode ter, e tem, na realidade social.

Esse movimento de fato é percebido ao se analisar a quantidade de especialidades jurídicas que surgiram nos últimos anos, como Direito Desportivo, Direito de Gênero, Direito Eletrônico etc. Isso mostra que é necessário que os juristas se aprofundem em temas pontuais a fim de compreender e solucionar melhor os problemas detectados.

Diante dessa perspectiva, a indústria da moda é um seguimento muito interessante para a análise, que já ocasionou a criação de um ramo jurídico próprio: o *Fashion Law*, ou Direito da Moda, que ainda está em estágio de implementação em diversos países. Ao longo do trabalho mantém-se a denominação inglesa em atenção ao fato de que foi nos Estados Unidos que o estudo mais se desenvolveu.

Quanto à Moda em si, sua importância cultural e econômica é flagrante. Como mecanismo de expressão individual e coletiva, ela consegue agregar uma carga de significado muito grande a seus objetos, e consegue transmitir ao indivíduo, ao mesmo tempo, individualidade e pertencimento.

Aquilo que começou nos primórdios da Era Moderna como privilégio dos nobres, a partir do final do século XIX se popularizou (massificou), graças principalmente à criação e difusão de máquinas de costura, e tornou-se um nicho de comércio muito lucrativo. Ao longo do século XX tal processo de ampliação continuou crescendo exponencialmente até culminar no *fast fashion*, modelo de produção rápida e barata de peças que refletem modismos cada vez mais passageiros e movimentam as lojas numa intensidade nunca antes percebida, fazendo com que o setor, globalmente, atinja a casa dos bilhões de dólares em faturamento.

¹ Advogada no escritório Zoratto e Prestes Advocacia, sediado no Brasil. Mestranda em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela PUCPR.

Mas o fator que mais chama atenção sobre a Moda é que a sociedade contemporânea parece viver a essência de seu conceito: mudança, velocidade, descarte, negação de tradições, abolição de autoridades, dentre outras características que serão abordadas mais adiante.

Além disso, ela não se limita a peças de vestuário, mas também inclui artigos de decoração, automóveis, restaurantes, turismo, redes sociais, dentre outros elementos que acabam sujeitos à mesma lógica, de forma que não é errado dizer que a moda “dominou o mundo” como o conhecemos.

Entretanto, para fins didáticos, o presente artigo se atém a roupas, eis que são um bem indispensável e acessível (na maioria dos casos), que podem ser aqui entendidas como modelo representativo de toda uma ideia, além do que o *Fashion Law* se ocupa do setor de vestuário.

Peças de vestuário inundam as lojas de departamentos, seduzem consumidores àvidos por novidades, e devido à baixa qualidade dos produtos (consequência da produção de baixo custo) impedem que os guarda-roupas fiquem cheios por muito tempo, alimentando o ciclo de compra-uso-descarte, que não raro até mesmo pula a etapa de uso. Isso reflete consumismo, incompatível com os ideias de sustentabilidade.

Esse modelo de produção e de consumo despeja uma quantidade exorbitante de resíduos sólidos no meio ambiente, desde a produção do tecido até o descarte da peça de roupa que não se quer mais. Isso reflete um problema gravíssimo de impacto ambiental da indústria da moda. A poluição do meio ambiente parece ser parte indissolúvel do processo, cada vez mais intensificada pelo volume de peças produzido, pelos agentes químicos utilizados e pelo lixo que se acumula.

Com se não bastasse o impacto ambiental do modelo de produção em questão, o custo reduzido das peças certamente pouco se relaciona a lucro reduzido dos agentes econômicos (produtores e vendedores). O real custo do *fast fashion* recai sobre os trabalhadores de confecções, que se encontram, não raro, submetidos a condições degradantes de trabalho, em *sweatshops*, miseravelmente remunerados e sob tetos cada vez mais frágeis e sem segurança alguma.

Oriundos principalmente de países em desenvolvimento, esses trabalhadores não contam com legislação trabalhista que lhes dê amparo e muito menos com o apoio dos órgãos governamentais, muito mais interessados na receita que tais empresas trazem ao país.

Essa realidade faz com que muitas peças de roupas vendidas pelo mundo levem consigo um traço de suor e sangue, o que reflete a crise ética do seguimento, que recai sobre todos os envolvidos no ciclo econômico.

Diante desse panorama, se o Direito quiser se dedicar à Moda, propriedade intelectual é realmente o tema mais relevante ao *Fashion Law*? O reconhecimento de questões socioambientais é capaz de ampliar o escopo de atuação e de discussão do tema?

Por meio do método dedutivo, que busca conclusões a partir da análise de premissas, a pesquisa desenvolvida caracteriza-se como aplicada, quanto à natureza.

Já em relação a seu objetivo, será exploratória, ao propor a difusão do conhecimento de debate do tema. Para tanto, os procedimentos técnicos utilizados serão revisão bibliográfica e análise documental.

A partir dessa metodologia, o artigo almeja contribuir com a difusão do tema *Fashion Law* e identificar questões que merecem sua atenção, sempre visando a melhorar aquilo que já foi construído até hoje e possibilitar um ganho cada vez maior de espaço dentro das academias e práticas profissionais.

Cabe elucidar que as críticas que serão feitas ao longo do trabalho se destinam ao o modelo de sociedade de consumidores como um todo, não se pretendendo, de forma alguma, utilizar a Moda como bode expiatório. Também não é intenção da pesquisa criticar aquilo que já foi produzido até o momento na esfera do *Fashion Law*. Ao contrário, as iniciativas são louváveis, e esta é apenas mais uma delas, tendo todas o mesmo objetivo de construir, em bases sólidas, esse novo ramo do Direito.

Antes de discutir o tema central, é preciso discorrer mais sobre o que a Moda representa para a sociedade de consumidores.

2. Difusão do sistema moda

Teóricos dividem a modernidade em dois períodos ideologicamente opostos, sendo a distinção feita por Zygmunt Bauman, o grande sociólogo de contemporaneidade, a que reflete melhor as características de nosso tempo.

Ao situarmos na modernidade líquida, Bauman sustenta que deixamos para trás a modernidade sólida, em que o coletivo sobrepujava o individual, o controle era tangível e panóptico, a tendência da sociedade era homogeneizante. O objetivo dessa fase, em que vigorava a denominada sociedade de produtores, era a segurança e a durabilidade. O tema é recorrente em suas obras, e em especial em *Vida para consumo*:

“A sociedade de produtores, principal modelo societário da fase ‘sólida’ da modernidade, foi basicamente orientada para a segurança. Nessa busca, apostou no desejo humano de um ambiente confiável, ordenado, regular, transparente e, como prova disso, duradouro, resistente ao tempo e seguro. Esse desejo era de fato uma matéria-prima bastante conveniente para que fossem construídos os tipos de estratégias de vida e padrões comportamentais indispensáveis para atender à era do ‘tamanho é poder’ e do ‘grande é lindo’: uma era de fábricas e exércitos de massa, de regras obrigatórias e conformidade às mesmas, assim como de estratégias burocráticas e panópticas de denominação que, em seu esforço para evocar disciplina e subordinação, basearam-se na padronização do comportamento individual.”²

Desde o século XX, mais precisamente a partir de sua segunda metade, o mundo

² BAUMAN (2008), p. 42.

(ou grande parte dele) passou a caminhar em direção à modernidade líquida, aquela em que o individual subjuga o coletivo, o controle é difuso e intangível, e a tendência é uma sociedade cada vez mais pluralista, heterogênea, atomizada e individualista, em que eventos se sobrepõem numa velocidade inimaginável até então, e nada mantém sua forma por muito tempo:

“A história da humanidade é apresentada como uma longa marcha rumo à liberdade pessoal e à racionalidade. Seu último estágio, a passagem da sociedade de produtores para a de consumidores, em geral é apresentado como um processo gradual, a ser finalmente completado, de emancipação dos indivíduos das condições originais de ‘não escolha’ e depois de ‘escolha ilimitada’, de cenários estabelecidos e rotinas obrigatórias, de vínculos inegociáveis, preordenados e prescritos, e de padrões comportamentais compulsórios, ou pelo menos inquestionáveis. Em suma, essa passagem é apresentada como outro salto, possivelmente o salto conclusivo, do mundo das restrições e da falta de liberdade para a autonomia e o autodomínio individuais.”³

Tal movimento é em sua essência contraculturalista, se contraposto à ideologia da sociedade de produtores. A luta contra o “sistema” opressor e supressor da individualidade ganhou cada vez mais força no ideário social, até que hoje é possível afirmar que a contracultura venceu, e se tornou a cultura dominante.

Dentro da modernidade líquida, Bauman trabalha o conceito de sociedade de consumidores. As características do novo estágio da modernidade muito se dão em virtude do papel que o consumo passou a desempenhar. Se na modernidade sólida a sociedade era de produtores, na era líquido-moderna ela é de consumidores. Nunca se deixou de consumir ou produzir, a diferença está em qual papel é o principal.

Essa modalidade de organização social é viabilizada pela cultura consumista, aquela que sem distinções de idade, raça, gênero etc., se destina a todos. A vocação consumista se baseia em desempenho individual. A partir da concessão de liberdade de escolha, o peso do sucesso e do fracasso recai exclusivamente sobre o indivíduo. Os consumidores falhos, aqueles que não conseguem acompanhar o ritmo da sociedade de consumo, são excluídos. Excesso é a palavra de ordem, e o descarte promete uma incrível sensação de alívio. O movimento, em busca do novo, é o comportamento esperado:

“A síndrome cultural consumista consiste, acima de tudo, na negação enfática da virtude da procrastinação e da possível vantagem de se retardar a satisfação – esses dois pilares axiológicos da sociedade de produtores governada pela síndrome produtivista. [...] Ela ergue o valor da novidade acima do valor da permanência. [...] A ‘síndrome consumista’ envolve velocidade, excesso e desperdício.”⁴

Acontece que as ideias de velocidade, mudança, tirania do novo e contracultura sempre pertenceram à Moda. Aqui entendida como fenômeno que extrapola vestuário, e

³ BAUMAN, p. 81

⁴ *Ibid.*, p. 111.

se estende pelas mais diversas áreas, é possível afirmar que estamos vivendo sua ideologia. O princípio da moda é criar uma velocidade cada vez maior, tornar um objeto supérfluo o mais rapidamente possível, para que um novo tenha chance⁵. Essa é justamente a lógica da sociedade de consumidores.

Tal ideia foi tratada já em 1987 pelo filósofo francês Gilles Lipovetsky. Em sua obra *O império do efêmero* afirma que, muito embora empiricamente esse tipo de organização social possa ser caracterizada pela elevação dos níveis de vida, abundância de mercadorias e serviços, culto dos objetos e dos lazeres, moral hedonista e materialista etc., estruturalmente é a generalização do processo de moda que a define: “a sociedade centrada na expansão das necessidades é, antes de tudo, aquela que reordena a produção e o consumo de massa sob a lei da obsolescência, da sedução e da diversificação, aquela que faz passar o econômico para a órbita da forma moda.”⁶

O autor continua sua argumentação ao afirmar que é a ordem burocrático-estética que comanda a economia de consumo, agora reorganizada com base na sedução e no desuso acelerado, em que “a lógica econômica realmente varreu todo ideal de permanência, é a regra do efêmero que governa a produção e o consumo dos objetos”.⁷

Embora criticada ao longo da história por sua superficialidade, pela necessidade irracional de mudança, ou até mesmo por qualidades estéticas, foi a Moda que tornou habitual às pessoas a transitoriedade, a distinção aliada ao pertencimento, a representação visual do indivíduo. Vem dela a substituição do velho pelo novo (ou até mesmo a própria ideia de *novo*), de uma tendência por outra, ou de uma teoria dominante por outra mais atualizada. No plano ideológico, conta com o combate à tradição, ao conformismo, à homogenização.

Acontece que nem a Moda, indutora do comportamento da sociedade de consumo, restou imune a seu ritmo. As maneiras de viver, produzir e consumir aceleraram vertiginosa-mente, e a Moda seguiu esse mesmo rumo. Nesse panorama surge um novo método de produção de bens e satisfação dos consumidores: o *fast fashion*.

Fast fashion – em tradução livre, moda rápida - é um modelo de produção da indústria da moda, que opera em escala global, é pautado na renovação rápida dos estoques e no baixo preço das peças. A moda rápida, mais conhecida como fast fashion, é uma prática de grandes empresas internacionais de moda e redes de distribuição que conseguiram seduzir sua clientela graças à atualização constante do design de suas peças e aos baixos preços de seus produtos.⁸

Num ambiente tão dinâmico, a novidade nem sempre significa inovação. O que realmente opera são as “microdiferenças”⁹, e o foco no consumo, pois “com o sistema de

⁵ SVENDSEN (2010), p. 30.

⁶ LIPOVETSKY (2009), p. 184.

⁷ *Ibid.*, p. 185.

⁸ SALCEDO (2014), p. 26.

⁹ LIPOVETSKY (2009).

fast fashion há uma redução das pesquisas de tendências de comportamento, focando mais na pesquisa de consumo, ou seja, observa-se o que as pessoas realmente estão consumindo”.¹⁰

Longe de ser uma imposição aos consumidores, o que movimenta a engrenagem do sistema moda é exatamente a demanda cada vez mais crescente por novidades, e uma busca incessante por satisfação, identidade, pertencimento, segurança e liberdade, tudo a um preço acessível.

Alguns desses anseios são contraditórios, como liberdade e segurança, e tal dicotomia vem sendo trabalhada por diversos pensadores consagrados, como Sigmund Freud e Georg Simmel, mas é justamente essa impossibilidade de conciliação que move o ser humano, e o mercado está repleto de “remédios”, consumíveis, para tais dilemas.

Bauman, que também trata dos irreconciliáveis anseios, sustenta que a sociedade de consumo baseia-se na promessa de satisfazer os desejos humanos como nunca antes feito por outras modalidades de sociedade. Entretanto, a promessa de satisfação só parece sedutora enquanto o desejo continua insatisfeito. “A sociedade de consumo prospera enquanto consegue tornar perpétua a não satisfação de seus membros”.¹¹

Isso é feito de duas maneiras: a primeira delas é pela depreciação dos produtos logo após terem sido promovidos no universo de desejo dos consumidores, e a segunda é pela satisfação de necessidades/desejos/vontades de maneira que consigam gerar novas necessidades/desejos/vontades, gerando uma compulsão ou vício.

Isso dá origem a um círculo vicioso de busca por uma satisfação anunciada, mas intangível, ou talvez inexistente, bem como de aquisição-uso-descarte de produtos que rapidamente perdem seu valor, e não raro sequer passam pela etapa de uso. Ou seja, a insatisfação é o motor do consumismo.

A economia consumista, portanto, é baseada no excesso e no desperdício. “É pela alta taxa de desperdício, e pela crescente distância temporal entre o brotar e o murchar do desejo, que o fetichismo da subjetividade se mantém vivo e digno de crédito, apesar da interminável série de desapontamentos que ele causa. A sociedade de consumidores é impensável sem uma florescente indústria de remoção do lixo”.¹²

Aqui já é possível vislumbrar uma questão que será melhor discutida nos tópicos seguintes: a alta produção de resíduos sólidos pela sociedade de consumidores, especialmente na indústria da moda.

A ideia do descarte já havia sido apresentada pelo autor francês Jean Baudrillard, que na década de 70 constatou a necessidade de destruição que acompanha o consumismo: “a sociedade de consumo precisa de seus objetos para existir e sente sobretudo a necessidade de os destruir. [...] Por tal motivo, a destruição permanece com alternativa fundamental da produção: o consumo não passa de termo intermediário

¹⁰ DELGADO (2008), p. 7.

¹¹ BAUMAN (2008), p. 64.

¹² *Ibid.*, p. 31.

entre as duas”.¹³

Isso justifica o *fast fashion*: produzir, distribuir, comprar e descartar de maneira rápida, sem remorsos e maiores dificuldades, tudo a fim de que o ciclo permaneça.

Fracassos a parte, a realização pessoal pelo consumo foi o projeto político-econômico adotado para levar os consumidores, em tese, à felicidade. “O consumo não nos dá o significado que buscamos – é um significado *ersatz*, nem mais nem menos. Mas essa foi a meta do projeto moderno: todos nós deveríamos nos tornar consumidores em tempo integral. [...] Nossa utopia foi a sociedade de consumo – uma sociedade em que nós, como indivíduos, podemos nos realizar por meio do consumo de bens.”¹⁴

Hoje se discute aonde exatamente o consumismo vai culminar, e o panorama mundial já releva que esse lugar não passa perto da felicidade e muito menos da autorrealização.

Apesar disso, ele se mantém como prática de coesão social, pois está ancorado em um aspecto muito mais profundo que a ideia de felicidade ou de realização. Em uma sociedade onde nada é estável e garantido, nem mesmo a condição de sujeito, a construção/aquisição de identidade se realiza pelo consumo, mas essa é uma questão sociopsicológica complexa, que não se enquadra no objeto de estudo dessa pesquisa.

O sistema moda, portanto, estendeu sua soberania aos mais diversos seguimentos de mercado, e poder-se-ia pensar que isso motivou a criação de um novo ramo jurídico para seu estudo, o *Fashion Law*, ou não, como o estudo pretende demonstrar.

3. *Fashion Law* como direito privado

Efetuiu-se uma busca por doutrinas relativas ao tema *Fashion Law* em algumas bases de dados, tanto nos internacionais quanto do Brasil, além de livrarias online, utilizando-se como chave de busca o próprio termo “*fashion law*”. Esses países foram eleitos por dois motivos: no primeiro é onde o tema surgiu e foi mais desenvolvido; já o segundo, é a pátria onde este estudo se desenvolveu.

Entre os livros e artigos científicos encontrados, foi possível perceber a predominância do tema propriedade intelectual, ao lado de aspectos empresariais. Alguns exemplos seguem abaixo.

Na base de dados Scielo, não foi encontrado nenhum artigo sobre o tema¹⁵. Já em Periódicos da CAPES, mais resultados foram encontrados, porém focados em propriedade intelectual¹⁶. Na Biblioteca Digital e Teses e Dissertações da USP também

¹³ BAUDRILLARD (2010), p. 46.

¹⁴ SVENDSEN (2010), p. 156.

¹⁵ SCIELO. In <https://search.scielo.org/?q=direito+moda&lang=pt&count=15&from=0&output=site&sort=&format=summary&fb=&page=1&q=fashion+law&lang=pt&page=1> (24.04.2018).

¹⁶ PERIÓDICOS da CAPES. In [http://www.periodicos.capes.gov.br/?option=com_pmetabusca&mn=88&smn=88&type=m&m](http://www.periodicos.capes.gov.br/?option=com_pmetabusca&mn=88&smn=88&type=m&metalib=aHRocDovL3JucC1wcmltby5ob3NoZWQuZXhsaWJyaXNncm91cC5jb20vcHJpbW9fbGli)

não foram encontrados resultados a partir da chave utilizada¹⁷.

No Google Acadêmico, em pesquisa internacional, foram encontrados dois resultados especificamente sobre o tema, oriundos dos Estados Unidos¹⁸.

Uma das obras encontradas é a de Guillermo C. Gimenez e Barbara Kolsun, que em “*Fashion Law*”, explora os aspectos legais muito abrangentes atinentes ao universo da moda, como propriedade intelectual, transações comerciais, comércio internacional, legislação trabalhista, dentre outros temas, sem nada dizer, contudo, a respeito de questões socioambientais e sustentabilidade. Fica claro que esse não era o objetivo da obra, que visa a servir de manual aos profissionais da área jurídica.

Além dela, C. Scott Hemphill e Jeannie Suk, autores de “*The Law, Culture, and Economics of Fashion*”, artigo científico publicado na *Standford Review* em 2009, seguem na mesma linha de estudo de proteção de propriedade intelectual na indústria da moda.

No Brasil, a doutrina sobre o tema é excessivamente escassa, mas ainda assim três livros podem ser facilmente encontrados nas livrarias. O primeiro deles é de Gilberto Mariot, autor de “*Fashion Law: a moda nos tribunais*”, que sustenta ser histórica a relação Direito e Moda, e trabalha o tema na mesma linha dos autores supracitados.

Também consta a obra de Gisele Ghanem Cardoso, “*Direito da Moda*”, que merece destaque por dar tradução ao termo, e discute questões relacionadas aos produtos *inspired* e como eles ameaçam o direito de propriedade intelectual dos designers.

Um terceiro, “*Fashion Law: direito e moda no Brasil*”, coordenado por Mônica Steffen Guise Rosina e Maria Fernanda Cury, é uma obra na linha das demais.

Além desses livros, foi encontrada a dissertação de mestrado elaborada por Bruna Homem de Souza Osman, que em “*Fashion Law: desconstrução do direito da moda no Brasil*” busca compreender as relações e conexões entre Moda e Direito, bem como identificar singularidades que poderiam tornar o *Fashion Law* um ramo autônomo.

Não é incorreto afirmar que existem muitos outros trabalhos sobre o tema, ao redor do mundo, e em diversos idiomas, que ficaram de fora do levantamento efetuado. Entretanto, é possível perceber a inclinação majoritária da doutrina para o estudo do

cmFyeS9saWJ3ZWVvYWN0aW9uL3NlYXJjaC5kbz9kc2NudDowJnBjQXZhaWxhYmlsdHlnb2RlPWZhbHNlJmZyYmc9JnNjcC5zY3BzPXByaW1vX2NlbnRyYWxfbXVsdGlwbGVfZmUmdGFiPWRlZmF1bHRfdGFiJmNoPXNlYXJjaCZtb2RlPUJhc2ljJmR1bT10cnVlJmluZHG9MSZmbj1zZWYyY2gmdmlkPUNBUEVTX1Yx&buscaRapidaTermo=fashion+law (24.04.2018).

¹⁷ BIBLIOTECA Digital e Teses e Dissertações da USP. In http://www.portal.br/index.php?option=com_jumi&fileid=20&Itemid=96&lang=pt-br&cx=011662445380875560067%3Acack5lsxley&cof=FORID%3A11&hl=pt-br&q=fashion+law&siteurl=www.portal.br%2Findex.php%3Foption%3Dcom_jumi%26fileid%3D20%26Itemid%3D96%26lang%3Dpt-br&ref=www.portal.br%2F&ss=1420j222672j11>. Acesso em 24 abr. 2018.

¹⁸ GOOGLE Acadêmico. Disponível em: < https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=fashion+law&btnG= (24.04.2018).

direito de propriedade intelectual na indústria da moda, ou seja, o direito do designer ou da marca sobre suas criações, tema que, em regra, somente interessa a esses sujeitos.

Isso limita muito a disciplina *Fashion Law*, e se mostra como um impeditivo a um debate mais amplo sobre o tema, porque coloca barreiras muito claras a temas que extrapolam o direito privado.

Uma maneira de justificar tal abordagem seria pelo motivo de que tais questões possivelmente fazem parte do dia-a-dia dos autores, mas isso é somente uma conjectura. Fato é que, para se estabelecer na Academia, é imprescindível que outros temas, mais abrangentes, sejam incorporados à disciplina.

4. A perspectiva socioambiental do *Fashion Law*

A Moda é um instrumento vital na manutenção da cultura consumista e, consequentemente, da perpetuação do modelo da sociedade de consumidores. Como visto, seu sistema se expandiu para outros nichos de mercado e os modos de produção seguem os ditames da velocidade, obsolescência, descarte; os produtos prometem satisfação, identidade, diferenciação e pertencimento. Esse modelo de sociedade e de economia tem ocasionado impactos socioambientais muito profundos.

O primeiro deles a ser destacado é consumismo. Questão estrutural do modelo de sociedade vigente bem como do atual estágio do sistema capitalista, conforme já enfrentado no capítulo 2 deste artigo, é em torno dele que o sistema opera.

Baudrillard destaca que o consumo é um fenômeno social e socialmente valorado¹⁹, ao passo que Bauman o entende como elemento de coesão social²⁰. Isso demonstra o caráter intrínseco do consumo, e de sua versão mais agravada – o consumismo, na perpetuação do modelo de sociedade estabelecido.

O consumismo ocasiona séria crise ambiental. Produção e consumo excessivos invariavelmente geram resíduos abundantes, seja ao longo do processo de produção ou no descarte pós-consumo. Na indústria da moda, além dos riscos de contaminação na criação de matérias-primas e, posteriormente, tecidos, há geração abundante de resíduos sólidos.

Anicet e Ruthschilling explicam que a não sustentabilidade na indústria da moda começa desde as matérias-primas, sendo que hoje não é mais possível afirmar que as fibras naturais causam menos impactos ambientais que as sintéticas ou artificiais:

“Atualmente as matérias-primas naturais, assim como as sintéticas, têm intervenção direta no homem, seja através de químicos durante o processo, seja através da dispersão de água ao longo do processo. É difícil classificar qual das fibras, artificiais, sintéticas e naturais, causam menor impacto na natureza. Em relação às fibras naturais, existem os agrotóxicos, o desmatamento para plantação ou a criação de animais cujo pelo ou secreção fornecem fibra. A

¹⁹ BAUDRILLARD (2010).

²⁰ BAUMAN (2008).

sintética origina-se de uma matéria-prima não renovável, o petróleo, e demora muito tempo para se decompor. As fibras artificiais, apesar de serem de origem natural, passam por um processo de transformação que utiliza muitos químicos.”²¹

Nessa linha, Alencar *et al* relatam a situação do Brasil: “no que se refere à produção de fios e fibras de origem natural e, em especial ao cultivo algodoeiro, o Brasil é autossuficiente, mas em decorrência dessa grande produção é intensa a utilização de pesticidas, inseticidas e fertilizantes para obtenção da eficiência produtiva coloca em risco a salubridade dos trabalhadores além de potencializar danos ambientais pela contaminação dos recursos naturais.”²²

Por tanto, para se obter a fibra que dá início à cadeia produtiva das peças de vestuário, os impactos ambientais passam por contaminação de recursos naturais e dos trabalhadores, e desperdício de água.

A questão da água continua sendo preocupante nas próximas etapas do processo. A produção de tecidos consome uma grande quantidade de água, mas os problemas não param por aí. Além disso, substâncias químicas são utilizadas no beneficiamento e tingimento, o que gera volumes significativos de efluentes, que se não forem adequadamente tratados e destinados, podem comprometer o equilíbrio e a salubridade dos cursos d’água.²³

Ao chegar na etapa de confecção, o problema são os resíduos sólidos. Aparas, retalhos, papelão, plástico e subprodutos químicos indevidamente descartados comprometem a qualidade de vida da população urbana, ao se tornarem volumes imensos de lixo.

Nas cidades, nem sempre esses resíduos tem uma destinação adequada, e vão parar em lixões comuns. “O meio urbano sofre intensa e constantemente com os impactos gerados por seus habitantes, principalmente com a industrialização das cidades que, embora ocasione benefícios com a geração de emprego e renda, comprometem e impactam profundamente o meio ambiente e a população nela inserida.”²⁴

Acerca da etapa de corte, maior geradora de resíduos, Alencar *et al* apontam que os principais motivos de tamanho volume são falta de conhecimento prévio das dimensões do tecido, enesto inadequado, mau planejamento de criação, modelagem, corte e encaixe, falta de padronização das matérias-primas, mão-de-obra desqualificada, maquinário impróprio e corte manual.²⁵

Os impactos ambientais não se limitam ao processo produtivo: na fase de pós-consumo a produção de resíduos também é altíssima. Conforme já destacado anteriormente, o descarte é parte fundamental na lógica do capitalismo e da sociedade

²¹ ALICET; RUTHSCHILLING (2013), p. 3.

²² ALENCAR *et al* (2015), p. 480.

²³ *Ibid.*

²⁴ ALENCAR *et al.* (2015), p. 481.

²⁵ *Ibid.*

de consumo. Tudo aquilo que não se quer mais, em uma primeira análise, vira lixo. Somente em etapa posterior será dado outro destino às peças, a exemplo de doação, *upcycling*, reciclagem etc., mas a omissão de qualquer medida apenas faz agravar os volumes de resíduos sólidos, principalmente nas cidades.

Com a globalização da cadeia produtiva de moda, especialmente de *fast fashion*, ainda que a produção dos bens de consumo se concentre mais em um país ou outro, os danos ambientais são sentidos globalmente, e o lixo doméstico abrange todos os cantos do planeta.

A partir da ideia de ubiquidade, que exige que a questão ambiental seja pensada em toda prática legiferante ou política, parte do pressuposto de que no meio ambiente, lesões locais podem se tornar problemas globais. “De fato, não há como pensar no meio ambiente dissociado dos demais aspectos da sociedade, de modo que ele exige uma atuação globalizada e solidária, até mesmo porque fenômenos como a poluição e da degradação ambiental não encontram fronteiras e não esbarram em limites territoriais.”²⁶

Além disso, o mundo do consumo passa por uma crise ética. O consumismo depende de produtos a preço acessível. Dentre os elementos que garantem a acessibilidade, o baixo custo da mão de obra é um dos mais relevantes.

Alguns países em desenvolvimento, como China e Bangladesh, tornaram-se produtores de itens vendidos mundialmente, e as condições de trabalho não raro são subumanas. Longhi e Santos, em um interessante estudo histórico sobre as condições de trabalho na indústria têxtil, destacam a exploração do ser humano que ocorre na indústria do vestuário, geralmente em empresas terceirizadas ou subcontratadas, chamadas *sweatshops*.²⁷

Existem várias características que rebaixam uma indústria a um *sweatshop*, que incluem violação de várias leis trabalhistas, remuneração abaixo do piso da categoria, jornada de trabalho excessivamente longa sem pagamento de horas extras, ambiente de trabalho insalubre, assédio moral e sexual, impossibilidade de negociação das condições de trabalho, emprego de imigrantes ilegais etc. “Atualmente, empresas ligadas à indústria da moda ainda operam nos moldes pré-industrial no que concerne às condições de trabalho. Nesses locais há trabalho infantil e até escravo, não são tomadas medidas para a segurança dos funcionários e do ambiente de trabalho e a remuneração é abaixo do praticado no setor.”²⁸

O argumento de que tais indústrias geram emprego, como se isso fosse suficiente para justificar qualquer abuso, é extremamente questionável sob uma perspectiva de direitos humanos.

²⁶ FIORILLO (2017), p. 97.

²⁷ LONGHI; SANTOS (2016).

²⁸ *Ibid.*, p. 89.

Imagens reais dos problemas discutidos podem ser vistas no documentário *The True Cost*, dirigido por Andrew Morgan, que relata desde a produção agrícola dos insumos até a chegada dos produtos aos centros comerciais, passando por questionamentos acerca do consumismo, contaminação ambiental, ofensa à dignidade dos trabalhadores etc.

Essas questões estão inseridas no contexto da sustentabilidade. De acordo com a muito difundida *triple botton line*, ou tripé da sustentabilidade, deve existir equilíbrio entre economia, meio ambiente e sociedade.²⁹

Diante disso, muito embora economicamente a indústria da moda seja um sucesso inegável, é flagrante a falta de sustentabilidade ambiental e social.

Nesse sentido, diversas ações já estão sendo empreendidas para eliminar, ou ao menos minimizar, os problemas suscitados. Shulte e Lopes destacam as certificações ISO, tecido *ecovogt*, algodão orgânico, reciclagem de roupas e objetos, roupa orgânica etc³⁰. Já Anicet e Rithschilling acrescentam o processo *zero waste*.³¹ Embora implementados novos processos, a preocupação com a destinação dos resíduos eventualmente gerados deve continuar, e, antes de se pensar em descarte, eles podem ser reinseridos no ciclo produtivo:

“Os resíduos têxteis podem ser incorporados a outros ciclos produtivos, mas caso isso não seja possível, cabe ao empresário responsabilizar-se pela correta destinação deste material, evitando impactos ao meio ambiente. Os resíduos podem ser mais do que apenas rejeitos sem utilidade, podem apresentar um valor específico, principalmente quando são vistos como matéria-prima para outros produtos.”³²

O Direito que estuda a Moda não pode negligenciar tais questões. O enfoque socioambiental apresentado carrega interesse público, seja do Estado, provedor de políticas públicas, ou da sociedade civil, diretamente interessada num futuro melhor e mais sustentável.

Portanto, essas questões, tão impregnadas no universo da moda, devem fazer parte do estudo do *Fashion Law*, que tem potencial para ser muito mais que um segmento de propriedade intelectual, a fim de que no bojo dessa disciplina soluções possam ser discutidas e implementadas, isso feito pelos atores privados, públicos, e também pela sociedade civil.

5. Considerações finais

O desenvolvimento de especialidades no Direito aponta a necessidade de compreensão aprofundada de determinados assuntos, a fim de que o jurista possa

²⁹ SEBRAE, 2015.

³⁰ SCHULTE; LOPES (2008).

³¹ ALICET; RUTHSCHILLING (2013).

³² ALENCAR *et al.* (2015), p. 491.

desempenhar seu trabalho com maior excelência. Por isso, diversos novos ramos são congitados, mas nem todos conseguem se estabelecer.

Dentre as novidades, está o *Fashion Law*, ou Direito da Moda em tradução livre. Com o intuito de atender às especificidades do universo da moda, juristas tem se interessado por essa seara, mas ainda de forma tímida. Conforme a pesquisa demonstrou, um dos motivos desse desenvolvimento lento é o escopo reduzido de atuação que se deu à matéria até então.

Focados em direito privado, especificamente no direito empresarial e propriedade intelectual, os temas desenvolvidos em produção acadêmica até o momento, em sua maioria, interessam a um pequeno grupo de pessoas e empresas. Isso leva a crer que somente aqueles inseridos no mundo das passarelas e grandes marcas tem habilidade de se dedicar à matéria.

Apesar da restrição do escopo, a iniciativa de conferir maior atenção à Moda é louvável, diante de sua importância econômica e cultural ao redor do mundo.

Entretanto, existem outras situações de interesse público que devem ser enfrentadas. A partir de uma perspectiva socioambiental, que engloba aspectos ambientais, sociais e de consumo na sociedade contemporânea, resumidos em sustentabilidade, é cabível no *Fashion Law* uma discussão mais ampla sobre os impactos da indústria da moda no mundo, o que tem sido feito a respeito, quais políticas públicas e ações internacionais podem ser empreendidas e como isso interessa a todos – empresas, Estados e sociedade civil.

A contribuição da pesquisa, portanto, é no sentido de levantar essas questões e propor sua incorporação aos estudos do *Fashion Law*, bem como levar a discussão do tema a um número maior de pessoas.

Bibliografia

- ALENCAR, José Luciano Sobreira de; *et alli* (2015), “Os efeitos socioambientais causados pelos resíduos das indústrias de confecção do polo moda de Maringá-PR”, *Revista Eletrônica em Gestão, Educação e Tecnologia Digital*, vol. 19, número 3, p. 478-504, in <https://periodicos.ufsm.br/reget/article/viewFile/18381/pdf> (26.04.2018).
- ANICET, Anne; Ruthschilling, Evelise Anicet, 2013, *Relações entre moda e sustentabilidade*, 9º Colóquio de Moda, in www.coloquiodemoda.com.br (26.04.2018).
- BAUDRILLARD, Jean, 2010, *A sociedade de consumo*, tradução de Artur Morão, Edições 70, Rio de Janeiro.
- BAUMAN, Zygmunt, 2008, *Vida para consumo - a transformação das pessoas em mercadoria*, tradução de Carlos Alberto Medeiros, Zahar, Rio de Janeiro.
- CARDOSO, Gisele Gahnem, 2016, *Direito da Moda: análise dos produtos ‘inspireds’*,

Lumen Juris, Rio de Janeiro.

- DELGADO, Daniela, 2008, "Fast fashion: estratégia para conquista do mercado globalizado", *Modapalavra e-periódico*, ano 1, número 2, p. 3-10. In <http://www.revistas.udesc.br/index.php/modapalavra/article/view/7598/5101> (26.04.2018).
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco, 2017, *Curso de direito ambiental brasileiro*, 17 ed., Saraiva Jur, São Paulo.
- GIMENEZ, Guillermo C.; KOLSUN, Barbara, 2014, *Fashion Law: a guide for designers, fashion executives, and attorneys*, 2 ed., Fairchild Books, New York.
- HEMPHILL, C. Scott; Suk, Jeannie, 2009, "The Law, Culture, and Economics of Fashion", *Stanford Law Review*, vol. 61. In <http://ssrn.com/abstract=1323487> (26.04.2018).
- LIPOVETSKY, Gilles, 2009, *O império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas*, tradução de Maria Lucia Machado, Companhia das Letras, São Paulo.
- LONGHI, Flávia Castro; Santos, Flávio Anthero Nunes Vianna dos, 2016, "Uma análise crítica das condições de trabalho na indústria têxtil desde a industrialização até os dias atuais", *HFD Revista*, vol.5, n. 10, p. 73-90, in www.revistas.udesc.br (26.04.2018).
- MARIOT, Gilberto, 2016, *Fashion law: a moda nos tribunais*, Estação das letras e cores, São Paulo.
- MEZZAROBBA, Orides; Monteiro, Cláudia Servilha, 2017, *Manual de metodologia da pesquisa no direito*, 7 ed., Saraiva Jur, São Paulo.
- OSMAN, Bruna Homem de Souza, 2017, *Fashion Law: desconstrução do direito da moda no Brasil*, dissertação, Universidade Presbiteriana Mackenzie. In <http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/3408> (24.04.2018).
- ROSINA, Mônica Steffen Guise; Cury, Maria Fernanda (coord.), 2018, *Fashion Law: direito e moda no Brasil*, Revista dos Tribunais, São Paulo.
- SALCEDO, Elena, 2014, *Moda ética para um future sustentável*, tradução de Denis Fracalossi, G. Gilli, São Paulo.
- SEBRAE, 2015, *Sustentabilidade*, in www.sustentabilidade.sebrae.com.br (26.04.2018).
- STEVENSON, N.J., 2012, *Cronologia da moda: de Maria Antonieta a Alexander Mcqueen*, tradução de Maria Luiza X. A. Borges, Zahar, Rio de Janeiro.
- SHULTE, Neide Kohler; Lopes, Luciana, 2008, "Sustentabilidade ambiental: um desafio para a moda", *Modapalavra e-periódico*, ano 1, número 2, p. 31-42, in www.redalyc.org/pdf/5140/514051713006.pdf (26.04.2018).
- SVENDSEN, Lars, 2010, *Moda: uma filosofia*, tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, Zahar, Rio de Janeiro.
- The True Cost. In <https://truecostmovie.com/about/> (26.04.2018).

CARACTERIZAÇÃO E ANÁLISE DA RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE UBER E MOTORISTAS NO CONTEXTO DA ECONOMIA COLABORATIVA

Rafaela Guimarães Campos Fonseca

1. Dado o atual cenário de flexibilização das relações de trabalho e a quantidade de problemas relacionados à mobilidade em grandes centros urbanos, surgiram plataformas de compartilhamento de transporte individual, que conectam motoristas e passageiros por meio de suas aplicações em *smartphones*, sendo o principal exemplo a Uber.

Nesse novo modelo econômico comumente denominado "economia colaborativa", as empresas apresentam-se como meras intermediárias que promovem o encontro entre prestadores independentes de serviços e consumidores, ou seja, entre a oferta e a demanda, encontro este que ocorre necessariamente através da referida aplicação ou plataforma online, gerida e administrada por elas. Por essa intermediação, como contrapartida, estas empresas retêm uma percentagem sobre o valor do serviço prestado.

De acordo com a Uber, os motoristas são empreendedores individuais, que utilizam a plataforma digital fornecida pela empresa, que otimiza o acesso e o contato entre passageiros e condutores. Estes motoristas são credenciados pela Uber, pagando-lhe o correspondente a cerca de 25% do valor que percebem de cada passageiro, como retribuição pela utilização do aplicativo. A manutenção do cadastramento dos motoristas, denominados "parceiros" depende, ademais, das avaliações anônimas que estes recebem dos respectivos passageiros ao término de cada viagem, por meio de um sistema de pontuação.

Os automóveis dos motoristas devem satisfazer a uma série de requisitos atinentes a segurança, luxo e conforto, que são muito mais rigorosos do que os demandados pela legislação regular para licenciamento dos veículos. Além disso, também são credenciados pela Uber.

O valor das viagens é calculado com base em fatores como a distância a ser percorrida e o tempo de viagem, tendo em vista as informações repassadas previamente por cada cliente a aplicação informática, atinentes a sua localização e destino. A Uber fornece uma estimativa prévia do preço ao passageiro, e os pagamentos são realizados geralmente por meio de cartão de crédito, através da própria aplicação.¹

A tecnologia sempre traz inovações que revolucionam as relações interpessoais. Por outro lado, tais inovações não raro geram discussões que ganham contornos judiciais. É o caso da Uber, que tem suscitado uma recente discussão em diversos países

¹ SARMENTO, Daniel, 2015, "Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: o caso Uber", p. 2, in <https://www.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf> (03/12/2017)

acerca da existência ou não de vínculo laboral entre os motoristas e a empresa que é administradora da aplicação digital.

A Uber está em Portugal há pouco mais de dois anos e ainda não há jurisprudência consolidada de tribunais acerca do tema no que diz respeito aos vínculos ou direitos e deveres trabalhistas. O impulso à flexibilidade deu origem a formas contratuais cada vez mais diversas, que podem diferir significativamente do modelo contratual padrão em termos de grau de subordinação e segurança de renda, além da estabilidade relativa das condições de trabalho e de vida associadas. Por isso há uma certa dificuldade em definir exatamente a configuração jurídica da relação trazida por esse modelo de contratação emergente.

No entanto, essas mudanças podem ser positivas. Elas podem oferecer maior flexibilidade para empregadores e trabalhadores. Elas também podem ser responsáveis por trazer mais pessoas para o mercado de trabalho e promover a competitividade - objetivos prioritários para todos os países da União Europeia. O principal desafio se encontra na manutenção do modelo europeu de forte proteção econômica e social para os trabalhadores, mesmo diante desta configuração distinta da tradicional relação entre eles e seus respectivos empregadores.

Diante disso, é possível levantar algumas questões, cuja discussão é o propósito do presente trabalho: como a jurisprudência internacional tem enfrentado o tema? Trata-se de uma mera prestação de serviço de intermediação, remunerada com uma comissão por cada negócio, ou seria uma verdadeira e própria relação laboral, envolvendo a prestação subordinada de actividade sob a autoridade e direcção do dono da plataforma? Quais as consequências deste novo modelo económico para os trabalhadores, especialmente no que refere as suas condições de trabalho?

2. De acordo com o art. 11º, do Código do Trabalho, contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas.

Ainda consoante este diploma legal, presume-se a existência de contrato de trabalho quando, na relação entre a pessoa que presta uma actividade e outra ou outras que dela beneficiam, se verifiquem algumas das seguintes características: a) A actividade seja realizada em local pertencente ao seu beneficiário ou por ele determinado; b) Os equipamentos e instrumentos de trabalho utilizados pertençam ao beneficiário da actividade; c) O prestador de actividade observe horas de início e de termo da prestação, determinadas pelo beneficiário da mesma; d) Seja paga, com determinada periodicidade, uma quantia certa ao prestador de actividade, como contrapartida da mesma; e) O prestador de actividade desempenhe funções de direcção ou chefia na estrutura orgânica da empresa.²

² CT, Código do Trabalho, Lei nº 7/2009 - Diário da Republica nº 30/2009, Serie I de 2009-02-12.

Para atrair a presunção de laboralidade a seu favor, o trabalhador deve comprovar algumas destas características acima citadas, sendo assente na doutrina e jurisprudência de tribunais superiores a necessidade da presença pelo menos duas delas para este fim.³

Tal presunção significa que, em caso de dúvida quanto a qualificação do contrato, especialmente em relação a prova insuficiente ou inconclusiva produzida pelas duas partes da relação, o juiz decidira em favor do prestador de serviços, dando como preenchido o conceito jurídico de subordinação, necessário para qualificar o contrato que os vincula como contrato de trabalho. Dessa forma, mencionada presunção faz recair sobre o beneficiário da atividade o risco da demonstração insuficiente da inexistência de um típico contrato de trabalho.⁴

Vale consignar que esta presunção não dispensa o juiz de proceder a uma valoração global do conjunto probatório, para concluir pela existência ou não das características pertinentes a subordinação. Assim, deve haver uma análise cuidadosa para definir se, diante dos elementos fáticos trazidos ao processo em cada caso concreto, existe ou não uma relação de trabalho, com suas inúmeras consequências jurídicas para ambas as partes.

Dos três elementos que integram a definição de contrato de trabalho, quais sejam, a prestação de trabalho, a remuneração e a subordinação, é este último que verdadeiramente caracteriza-o e permite distingui-lo de outros contratos vizinhos. Na verdade, não é a remuneração, nem mesmo a prestação de trabalho, que tornam original o contrato de trabalho, mas a condição de subordinação jurídica em que se coloca o trabalhador com a conclusão daquele.⁵

Alguns autores defendem que os índices de subordinação que sustentam a presunção legal acima citada se referem a um modelo clássico, tradicional e pré-revolução tecnológica de organização do trabalho, pelo que se mostram desatualizados e desajustados para dar resposta adequada a novas questões, como as que são colocadas pela chamada economia colaborativa.⁶

³ RP de 11-5-2015 (Proc. n.º 299/14, Paula Leal de Carvalho), Ac. RC de 21-5-2015 (Proc. n.º 725/14, Azevedo Mendes) e STJ de 2-7-2015 (Proc. n.º 182/14, António Leones Dantas), todos acessíveis em www.dgsi.pt, além de AMADO, João Leal, 2014, *Contrato de Trabalho*, pág. 89, 4ª edição, Coimbra Editora; MARTINEZ, Pedro Romano, 2015, *Direito do Trabalho*, pág. 330, 7ª edição, Editora Almedina; RAMALHO, Maria do Rosário Palma, 2014, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II – Situações Laborais Individuais, pág. 55, 5ª edição, Editora Almedina.

⁴ VASCONCELOS, Joana, 2015, "O caso das relações estabelecidas no contexto da economia *on demand* entre prestadores independentes de serviços e empresas tecnológicas intermediárias no mercado", pág. 05, in http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquios_STJ/VII_Coloquio/profdrjoanavasconcelos.pdf (06/03/2018)

⁵ LEITE, Jorge, 2016, *Direito do Trabalho - Notas Sumárias*, pág. 63, in <https://www.cije.up.pt/publications/direito-do-trabalho-notas-sum%C3%A1rias> (06/03/2018)

⁶ GOMES, Julio, 2007, *Direito do Trabalho, Volume I - Relações individuais de trabalho*, pág. 131 e segs., 4ª edição, Coimbra Editora; MARTINEZ, Pedro Romano, 2015, *Direito do Trabalho*, pág. 325, 7ª edição, Editora Almedina.

A despeito da caracterização tradicional de contrato de trabalho trazida pela lei, com o progresso tecnológico e as mudanças nas condições de mercado, formas mais flexíveis de trabalho - e nem por isso menos subordinadas - surgiram, o que levou a doutrina a (re)analisar os indícios tradicionais de subordinação, haja vista ela possuir hoje novas formas de manifestação, sendo porem, igualmente intensa. O teletrabalho é um claro exemplo de como o desenvolvimento tecnológico permitiu a empresas introduzirem formas novas e mais flexíveis de organizar e controlar os processos de produção.

Isso resultou em uma perda de importância de alguns elementos caracterizadores, com destaque para a definição pelo empregador do local e jornada de trabalho, devido a possibilidade de controlo a distancia, por meios telemáticos e/ou informatizados, além da possibilidade de trabalho por tarefas ou metas, que implica grande parte das vezes em uma maior quantidade de trabalho do que ocorreria caso o controlo fosse realizado por horas trabalhadas.⁷

Ao mesmo tempo, outros aspectos mais modernos - também caracterizadores de uma situação de subordinação - ganharam valor, nomeadamente a inserção em uma organização produtiva alheia, a proibição de desenvolvimento de idêntica atividade por conta própria ou para outros beneficiários, a insusceptibilidade de se fazer substituir por outro trabalhador, entre outros.⁸

Ora, sendo a subordinação um conceito jurídico, tal demonstração terá de fazer-se através de factos que, evidenciando “a forma como se configuram certos aspectos da relação de trabalho”, indiquem a subordinação jurídica, enquanto especial modalidade em que é realizada a prestação do trabalho: “sob a autoridade e direcção” do seu beneficiário, nas palavras do art. 1152.º do Código Civil, no “âmbito de organização e sob a autoridade” deste, como explicita o art. 11.º do CT.⁹

Assim, conclui-se que a fronteira entre o contrato de trabalho e os contratos vizinhos é tênue e a sua correcta classificação depende das circunstâncias do caso concreto. Não ha como definir, em abstracto, quais atividades são seguramente exercidas de modo autónomo e quais são exercidas de forma subordinada.

3. Na análise das características concretas da relação entre a Uber e os motoristas, conclui-se que (i) a empresa seleciona e treina os motoristas que podem aceder à aplicação informática, sem a qual não pode ser prestado o serviço; (ii) cabe-lhe obter e indicar os clientes disponíveis ao motorista, através da mesma aplicação informática; (iii) o motorista deve fornecer os seus dados e disponibilizar uma viatura que não pode

⁷ Acerca do tema GOMES, Julio, 2007, *Direito do Trabalho, Volume I - Relações Individuais de Trabalho*, cit. pp. 104 e 131-132, 4ª edição, Coimbra Editora.

⁸ MARTINEZ, Pedro Romano, 2015, *Direito do Trabalho*, cit., pág. 327, 7º edição, Editora Almedina.

⁹ VASCONCELOS, Joana, 2015, "O caso das relações estabelecidas no contexto da economia *on demand* entre prestadores independentes de serviços e empresas tecnológicas intermediárias no mercado", pág. 04, in http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquios_STJ/VII_Coloquio/profdrjoanavasconcelos.pdf (06/03/2018)

ter mais de 10 anos, podendo a empresa controlar a qualidade do serviço através da avaliação dos clientes (uma avaliação inferior a 4,6 estrelas pode levar até mesmo ao cancelamento do acesso à plataforma informática); (iv) o preço da viagem é fixado pela empresa, a qual paga periodicamente aos motoristas um valor previamente determinado; (v) os motoristas não devem receber gorjetas; e (vi) os motoristas estão sujeitos a um conjunto de regras impostas pelo dono da aplicação, em especial em relação ao contacto com os clientes, *dress code* e indicação de equipamentos/materiais vedados.

Tal caracterização torna difícil o não reconhecimento de vínculo laboral entre a Uber e os motoristas, mesmo diante das alegações dos donos da plataforma de que não ha sujeição a qualquer horário de trabalho, os equipamentos e instrumentos pertencem aos próprios prestadores de serviço e estes não estão exclusivamente vinculados a plataforma, podendo aceder ao mercado e prestar a actividade através de empresas concorrentes.

Isto, porque há fortes indícios de que a sujeição da prestação da actividade a regras de organização do trabalho e ao controlo e supervisão do desempenho sejam sinónimos da ausência de autodeterminação dos prestadores de serviço. O papel assumido pelo dono da aplicação não se esgota numa mera intermediação, antes se concretizando na conformação, direcção e controlo do desempenho dos prestadores, com vistas a submete-los a padrões de serviço e de qualidade que, indiscutivelmente, apontam ser outro o bem oferecido a clientela no mercado, sob marca e imagem próprias: a prestação de serviços de transporte.¹⁰

Fato é que, certamente visando um maior ganho financeiro, as plataformas virtuais de prestação de serviço de transporte a todo o tempo tentam se esquivar da legislação trabalhista dos mais diversos países, elaborando um método fragmentado de exploração de mão-de-obra, acreditando que assim os profissionais contratados não serão considerados seus empregados pelos respectivos ordenamentos jurídicos.

Merece destaque também o fato de que, não dispondo de regulamentação que atenda as características peculiares de sua relação, os motoristas da Uber em Portugal tem vivenciado condições precárias de trabalho, com jornadas exaustivas e baixos salários, que muitas vezes sequer atingem o mínimo. Grande parte dos condutores são contratados pelo regime de “recibos verdes” e não tem direito a subsidio de ferias, de Natal, de alimentação, ou sequer descontos para a Segurança Social. Também inexistente um contingente máximo de motoristas a serem contratados pela empresa que gere a aplicação digital (como ocorre com os taxis), pelo que o excesso de contratações pode resultar em condições ainda piores de trabalho, tendo em vista o aumento da concorrência dentro da própria empresa.¹¹

¹⁰ VASCONCELOS, Joana, 2015, "O caso das relações estabelecidas no contexto da economia *on demand* entre prestadores independentes de serviços e empresas tecnológicas intermediárias no mercado", pág. 10, in http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquios_STJ/VII_Coloquio/profdjrjoanavasconcelos.pdf (06/03/2018)

¹¹ Sara Otto Coelho, 2017, *Excesso de horas, precariedade e baixos salários. A vida dos*

As características enumeradas demonstram que a Uber se insere de forma decisiva em toda a dinâmica da prestação de serviço de transporte. Inclusive a jurisprudência brasileira, em uma breve menção comparativa, tem se curvado a tendência de que é imperativo o reconhecimento de vínculo de emprego entre motoristas e Uber, com destaque para a decisão do juiz Márcio Toledo Gonçalves, titular da 33ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, e do juiz Eduardo Rockenbach Pires, titular da 13ª Vara do Trabalho de São Paulo. A primeira decisão foi publicada em fevereiro de 2017 e a segunda em abril do mesmo ano, restando ainda várias ações em curso com pedidos e causas de pedir semelhantes. Tais sentenças tem o poder de abrir um precedente que pode até mesmo inviabilizar o modelo de negócios do aplicativo no Brasil.¹²

Neste mesmo sentido, vale consignar outras experiências jurisprudenciais internacionais, devido ao caráter global deste fenômeno. O Tribunal do Reino Unido, o *Employment Tribunal* de Londres, há pouco mais de um ano decidiu que os chamados *self-drivers*, que prestam serviços para a Uber, não se constituem como autônomos, tratando-se, em realidade, de uma típica relação de emprego subordinado (*dependent work relationship*).¹³

A Comissão de Trabalho do Estado da Califórnia também decidiu que os motoristas que operam com o polemico aplicativo não podem ser considerados meros parceiros da companhia, mas sim, seus empregados. A decisão da Comissão foi tomada em março de 2015, mas só se tornou pública após o Uber apelar contra a medida. Ainda não há decisão definitiva no referido processo.¹⁴

Países como o Brasil, o Reino Unido e os Estados Unidos da América, dentre outras tantas nações, possuem um núcleo de definição do contrato de trabalho extremamente próximo ao português. Tal fato não deve surpreender, na medida em que o Direito do Trabalho é consequência de um mesmo fenômeno, qual seja, a expropriação do trabalho humano auferida pelo capital desde os primórdios do surgimento do capitalismo; daí a importância em se mencionar as experiências internacionais.

motoristas da Uber, in <http://observador.pt/especiais/excesso-de-horas-precariade-baixos-salarios-a-vida-dos-motoristas-da-uber/> (30/11/2017); Pedro Pinto, 2017, *Motoristas portugueses queixam-se de exploração*, in <https://pplware.sapo.pt/informacao/uber-funcionarios-portugueses-sao-explorados-pela-empresa/> (30/11/17)

¹² BRASIL. 33ª. Vara do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Reclamação Trabalhista nº 0011359-34.2016.5.03.0112/MG - Belo Horizonte. Julgador: Juiz Márcio Toledo Gonçalves. Pesquisa de Jurisprudência, Sentença, 13 fev. 2017, in <http://pje.trt3.jus.br/primeirograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=1701311427543900000038127039> (25/11/2017). BRASIL. 13ª. Vara do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Reclamação Trabalhista nº 1001492-33.2016.5.02.0013/SP - São Paulo. Julgador: Juiz Eduardo Rockenbach Pires. Pesquisa de Jurisprudência, Sentença, 11 abr. 2017, in <http://pje.trt2.jus.br/primeirograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=17033008332297200000061601335> (25/11/2017)

¹³ UK, Case N° 2202550/2015 and others, Employment Tribunals, in <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/10/aslam-and-farrar-v-uber-reasons-20161028.pdf> (24/11/17)

¹⁴ Atualização sobre o caso in <http://uberlawsuit.com/> (24/11/17)

4. O Direito Laboral surgiu como um instrumento regulador da exploração da força de trabalho, no contexto da sempre conflituosa relação entre os donos dos meios de produção e os trabalhadores. Assim, ele assumiu a relevante incumbência de promover condições dignas de trabalho a todo ser humano, equilibrando relações jurídicas desequilibradas por natureza.

No entanto, a relação de emprego tipicamente industrial, na qual o empregado é totalmente submisso ao poderio econômico do dono dos meios de produção, contexto no qual as bases normativas do Direito do Trabalho foram criadas, representa hoje uma ínfima parcela da população economicamente ativa.

Nesse sentido, como qualquer outro ramo do direito, o laboral também deve se mostrar dinâmico para escotar as transformações sociais, com o fito de regular adequadamente as relações jurídicas, que se modificam rapidamente, acompanhando o contexto socioeconômico de cada país em cada época. A atual flexibilização das relações de trabalho não pode se dar de forma a negar as garantias e proteções tradicionais, conquistadas historicamente pela classe trabalhadora, que se encontram internacional e constitucionalmente reconhecidas como fundamentais à manutenção de um mínimo existencial.

Note-se que não há labor humano que não tenha nascido sob a égide do conhecimento e da tecnologia. Essa é exatamente uma das marcas do capitalismo. No entanto, necessário se faz ressaltar que, ao longo de todo esse processo de evolução tecnológica, uma dinâmica tem permanecido, qual seja, a existência de extração de valor da força de trabalho. Assim, há que se compreender o presente conflito segundo os traços de contemporaneidade que marcam a utilização das tecnologias disruptivas no desdobramento da relação capital-trabalho.¹⁵

É neste contexto que se deve perceber o papel essencial do Direito do Trabalho como um mediador no âmbito do capitalismo, que tem como objetivo regular o mercado de trabalho de forma a preservar um “patamar civilizatório mínimo” ao trabalhador, por meio da aplicação de suas normas, princípios e regras, fundados, em última análise, no princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, qualquer relação econômica que possua, em sua essência material, extração e apropriação do valor do trabalho, deve atrair a aplicação de alguma forma de regulação, sob risco de acarretar retrocesso civilizatório. Assim, devemos estar atentos à necessidade de atualização do Direito Laboral, essa estrutura normativa que nasceu da necessidade social de regulação dos processos capitalistas de apropriação e aplicação do lucro sobre a mão de obra.

¹⁵ BRASIL. 33^a. Vara do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 3^a Região. Reclamação Trabalhista nº 0011359-34.2016.5.03.0112/MG - Belo Horizonte. Julgador: Juiz Márcio Toledo Gonçalves. Pesquisa de Jurisprudência, Sentença, 13 fev. 2017, in <http://pje.trt3.jus.br/primeirograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=1701311427543900000038127039> (25/112017)

Não se trata, pois, de questionar ou redefinir a noção de subordinação, de modo a nela inserir estes novos casos, mas de promover a sua reinterpretação e conferir-lhe novo conteúdo condizente com os princípios da valorização do trabalho e da dignidade humana, a fim de cumprir o programa estabelecido pela Constituição da República Portuguesa de 1976, no sentido de garantir desenvolvimento social e económico ao Estado de Direito Democrático.

Enfim, o Direito Laboral deve vestir-se de novas roupagens que sejam capazes de efetivamente inserir o homem trabalhador na sociedade capitalista contemporânea, de modo que presentes os elementos caracterizadores do contrato de trabalho no caso concreto, configurado estará o vínculo jurídico laboral. Neste e em outros domínios, não se pode resolver os problemas de hoje com soluções de ontem.

No contexto atual, deve haver uma preocupação que o excesso de flexibilidade normativa não ameace a proteção de direitos mínimos conquistados pela classe trabalhadora em sua história de luta. Por conseguinte, é indispensável a delimitação da atuação das medidas flexibilizatórias e a determinação de um grupo de direitos intocáveis por elas. Não se pode, portanto, ignorar certos preceitos fundamentais construídos no decorrer do tempo.

Assim sendo, a evolução do Direito Laboral deve atender as demandas sociais e tecnológicas da contemporaneidade. No entanto, deve se dar de modo a respeitar sua lógica preservacionista, garantindo dignidade ao trabalho e melhoria das condições de vida dos trabalhadores. A modernização das relações de trabalho não pode ocorrer às custas do sacrifício dos trabalhadores.

Referências

- Acórdão do STJ de 02.07.2015 (Proc. n.º 182/14, António Leones Dantas), in www.dgsi.pt
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 21.05.2015 (Proc. n.º 725/14, Azevedo Mendes), in www.dgsi.pt
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto RP de 11.05.2015 (Proc. n.º 299/14, Paula Leal de Carvalho), in www.dgsi.pt
- AMADO, João Leal, 2014, *Contrato de Trabalho*, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra
- BRASIL. 33ª. Vara do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Reclamação Trabalhista nº 0011359-34.2016.5.03.0112/MG - Belo Horizonte. Julgador: Juiz Márcio Toledo Gonçalves. Pesquisa de Jurisprudência, Sentença, 13 fev. 2017, in <http://pje.trt3.jus.br/primeirograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=17013114275439000000038127039> (25/112017)

- BRASIL. 13^a. Vara do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 2^a Região. Reclamação Trabalhista nº 1001492-33.2016.5.02.0013/SP - São Paulo. Julgador: Juiz Eduardo Rockenbach Pires. Pesquisa de Jurisprudência, Sentença, 11 abr. 2017, in <http://pje.trt2.jus.br/primeirograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=17033008332297200000061601335> (25/11/2017)
- COELHO, Sara Otto, 2017, Excesso de horas, precariedade e baixos salários. A vida dos motoristas da Uber, in <http://observador.pt/especiais/excesso-de-horas-precariedade-baixos-salarios-a-vida-dos-motoristas-da-uber/> (30/11/2017)
- CRP, Constituição da Republica Portuguesa, 1976
- CT, Código do Trabalho, Lei nº 7/2009 - Diário da Republica nº 30/2009, Serie I de 2009-02-12
- GOMES, Julio, 2007, Direito do Trabalho, Volume I - Relações individuais de trabalho, 4^a edição, Coimbra Editora, Coimbra
- LEITE, Jorge, 2016, *Direito do Trabalho - Notas Sumárias*, in <https://www.cije.up.pt/publications/direito-do-trabalho-notas-sum%C3%A1rias> (06/03/2018)
- MARTINEZ, Pedro Romano, 2015, *Direito do Trabalho*, 7^o edição, Editora Almedina, Lisboa
- PINTO, Pedro, 2017, *Motoristas portugueses queixam-se de exploração*, in <https://pplware.sapo.pt/informacao/uber-funcionarios-portugueses-sao-explorados-pela-empresa/> (30/11/17)
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma, 2014, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II – Situações Laborais Individuais, 5^a edição, Editora Almedina, Lisboa
- SARMENTO, Daniel, 2015, “Ordem Constitucional Económica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: o caso Uber”, in <https://www.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf> (03/12/2017)
- Sítio eletrónico: <<http://uberlawsuit.com/>>
- UK, Case Nº 2202550/2015 and others, Employment Tribunals, in <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/10/aslam-and-farrar-v-uber-reasons-20161028.pdf> (24/11/17)
- VASCONCELOS, Joana, 2015, "O caso das relações estabelecidas no contexto da economia *on demand* entre prestadores independentes de serviços e empresas

tecnológicas intermediárias no mercado”, in
http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquios_STJ/VII_Coloquio/profdjrjo
[anavasconcelos.pdf](http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquios_STJ/VII_Coloquio/profdjrjo) (06/03/2018).

CONTRATOS DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO CONTEXTO DAS SMART CITIES

Márcia Walquiria Batista dos Santos¹

Ana Carla Bliacheriene²

1. Introdução

As parcerias público-privadas são uma das principais alternativas para amenizar as limitações que os Estados possuem, na obtenção de recursos que permitam a realização de obras e certos serviços públicos, sem recorrer à privatização. Na perspectiva de se alcançar uma nova dimensão na captação de recursos que possibilitem aquilo que hoje o Poder Público não tem condições de realizar, é que surgem as parcerias público-privadas, buscando ampliar o campo de colaboração com o universo privado.

O objetivo principal deste estudo visa enfrentar as possibilidades jurídicas de arranjo para que as parcerias público-privadas possam contribuir para a formulação de conexões inteligentes na consolidação e implantação de *smart cities* no Brasil, a partir do tripé, Tecnologia da Informação, Gestão e Direito, levando em consideração a participação ativa não só do mercado mas, também, da sociedade civil. Como objetivos secundários analisaremos: a) o financiamento de projetos voltados aos contratos de Parcerias Público-Privadas e, b) tendo em vista o valor mínimo (de R\$ 20 milhões) exigido pela Lei federal nº 11.079/2004, para que uma Parceria Público-Privada seja celebrada, sustentar a possibilidade de vários Municípios fazerem uso do Consórcio Público como alternativa de ajuste.

A metodologia que adotaremos será, primordialmente, de base teórica, complementada com o estudo de casos, no intuito de trazer experiência internacional e nacional de modelos de cidades inteligentes, buscando indagar se as parcerias público-privadas podem se constituir em uma forma de financiamento.

Emerge do universo de cooperação com o Poder Público a participação da sociedade civil, inclusive em segmentos mais restritos, com o objetivo específico de aumentar a produtividade e o fornecimento de serviços públicos ou de interesse público. A utilização das PPPs nos Municípios, como alternativa para superar a crise urbana, deve ser objeto de ampla discussão, em especial, diante da possibilidade de implementar políticas públicas que levem à criação de *smart cities*.

Ainda, merece análise o espaço a ser ocupado pela sociedade civil como atora importante no modelo de interação positiva, envolvendo as empresas e o Poder Público, bem como a viabilidade jurídica e social deste modelo, em atendimento às necessidade

¹ Pós Doutoranda no curso de Gestão de Políticas Públicas na EACH/USP. Doutora em Direito do Estado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

² Professora Associada na Escola de Artes, Ciências e Humanidades da Universidade de São Paulo. Livre-docente em Direito Financeiro pela Faculdade de Direito da USP. Mestre e doutora em Direito Social pela PUYC-SP.

da população vulnerável das cidades que, mais do que pretendem, merecem viver numa cidade inteligente, saudável, sustentável e humana.

Espera-se como resultado da pesquisa apresentar uma proposta jurídica de solução administrativa e de financiamento para que Prefeitos e gestores viabilizem projetos essenciais para os Municípios, no intuito de transformá-los em cidades inteligentes, levando em consideração três aspectos: Tecnologia da Informação, Gestão e Direito. Os contratos de Parcerias Público-Privadas surgem como alternativa de captação de recursos advindos da iniciativa privada, os quais, juntamente com a utilização de consórcios públicos e o envolvimento da sociedade civil, possibilitam a participação de todos os segmentos do Estado: o Governo, as empresas e a população. Corroborando a ideia de que o modelo apresentado neste artigo é viável, são trazidas experiências e *cases* de três países que, de forma profícua, fazem uso das Parcerias Público-Privadas no contexto das *Smart Cities*: Reino Unido, Portugal e Chile.

Desta forma, este artigo estrutura-se em cinco seções, sendo a primeira delas a presente introdução, a qual sintetiza a contextualização, o problema, objetivo principal e secundário do estudo, metodologia e justificativa. Na segunda seção abordaremos o cabedal teórico do que se entende por contrato administrativo. Na terceira seção analisaremos os contornos do instituto das Parcerias Público-Privadas. O objeto da quarta seção será os contornos das Cidades Inteligentes ou *smart cities*. Na quinta e derradeira seção a abordagem será analisar as alternativas viáveis de operacionalização e financiamento das Parcerias Público-Privadas, por meio do consórcio público.

2. O contrato como forma de viabilizar o relacionamento entre o setor público e o privado: necessidade de cooperação

O progressivo e importante incremento das atuações do Estado, a partir da segunda metade do século XX, levou à necessidade de a Administração Pública utilizar, cada vez mais, a contratação com particulares para fazer frente à realização de determinados serviços. Por fim, quando tais contratações se generalizaram, surgiu definitivamente a figura jurídica dos contratos administrativos, diferenciados dos civis, com regulação específica própria, determinada por uma dupla exigência: as peculiaridades funcionais da Administração como organização e as peculiaridades derivadas do interesse público e da posição dominante da Administração, surgindo no seu regime contratual a observância do regime jurídico-administrativo próprio, com “*prerrogativas e sujeições*” (DI PIETRO (2001), p. 64).

Como decorrência, em virtude da necessidade de modificar o conteúdo dos direitos e obrigações dos acordos privados, para adaptá-los às peculiaridades de seu uso pela Administração Pública, adveio a figura dos contratos administrativos, diferenciados dos civis em função do sujeito, do objeto e da causa do contrato, com regulação jurídica específica, determinada fundamentalmente por uma dupla exigência: a) as peculiaridades dos procedimentos de atuação da Administração Pública, derivadas, entre outros motivos, da necessidade de controlar o gasto público, assim como garantir

a igualdade de oportunidades de acesso aos serviços e bens públicos entre os cidadãos; b) as peculiaridades derivadas da salvaguarda do interesse público, no intuito de garantir a finalidade do objeto contratual, e, com efeito, as cláusulas que derivam da posição dominante da Administração Pública, única e exclusivamente para resguardar o interesse público.

Tendo esses critérios como referência, interessa ressaltar que, se a Administração Pública tiver necessidade de celebrar ajuste com um terceiro, ela o fará mediante um contrato administrativo ou mediante um contrato privado, dependendo da vontade do legislador e da determinação das modalidades de contratos que, em um certo momento social, adquiriram a condição de administrativos.

Prevalece atualmente, na doutrina administrativa sobre o tema, o entendimento de que a Administração Pública pode celebrar dois tipos de contratos diferentes: contrato administrativo e contrato privado.

Convém esclarecer que há quem sustente que todos os contratos celebrados pela Administração Pública são contratos administrativos, afastando dessa órbita os contratos de direito privado. É a posição defendida por TANAKA (2007), p. 49³, *in verbis*: “Em razão do fato de a Administração Pública não poder se despir de suas prerrogativas, entendemos que a afirmativa de que ela pode celebrar contratos de Direito Privado é equivocada, posto, pressupor uma alienação que não pode efetivamente se concretizar”.

Numa posição diversa, alguns autores sugerem que os contratos administrativos (da Administração Pública regidos pelo Direito Público) não seriam contratos em sua essência, pois não há igualdade entre as partes na formação das cláusulas, sendo que este só existiria quando as partes têm igualdade. Faltaria, inclusive, autonomia de vontade, pois o contratado se obriga a assinar o contrato e a Administração Pública se vincula ao que fora estabelecido na licitação. Nesta linha de pensamento encontra-se MELLO (2004), p. 569, para quem as prerrogativas em pauta colocam o ‘contrato’ à mercê de uma das partes, tanto no que atina à continuidade quanto, dentro de certos limites, no que respeita às condições relativas à prestação devida pelo particular.

Em que pese as duas posições acima, contrárias à defesa da existência de dois tipos distintos de contratos celebrados pela Administração (público e privado), é exatamente o que prevalece atualmente na doutrina majoritária.

No direito brasileiro, foi desenhada uma estrutura legal a qual os Contratos Administrativos devem se amoldar, atualmente regulados pelas normas gerais

³ Acrescenta TANAKA, em outra obra: “Assim, sendo a Administração, uma das partes contratantes, o objeto do contrato sempre será a satisfação de algum interesse público. Em razão de suas prerrogativas, que são indeclináveis, ela sempre poderá alterar seus contratos, nos termos da lei, para a efetiva satisfação do interesse público, implicando a existência de uma relação de subordinação do particular contratada frente à Administração Pública. Pela mesma razão, tais contratos serão regidos pelo Direito Público (TANAKA, Sonia Yuriko, 2006, “Contratos Administrativos”, In: CARDOZO, José Eduardo Martin et ali (coord.) Curso de Direito Administrativo Econômico, Vol. III. São Paulo: Malheiros Editores, p. 706.

instituídas pela Lei n. 8.666/1993 (arts. 54 a 80) e, supletivamente, pelos princípios da Teoria Geral dos Contratos e Disposições de Direito Privado.

3. Parcerias público-privadas

a) Definição, características e objeto dos contratos de parcerias público-privadas

A ideia de que no futuro o setor privado, em estreita cooperação com o setor público, deveria desempenhar um papel mais ativo e colaborativo na busca do desenvolvimento social e econômico de um país, foi o mote para o surgimento de novos arranjos institucionais com a Administração Pública, permitindo-se a prestação de serviços e/ou execução de atividades de interesse público, antes exclusivas do poder central do Estado.

Uma das formas de se materializarem esses novos arranjos institucionais foi efetivar a colaboração entre a Administração Pública e as empresas privadas, mediante os chamados programas e projetos de Parceria Público-Privada (PPP).

SOUTO (2005), p. 30, relata a amplitude do termo Parceria Público-Privada, pontuando que a primeira abordagem cabível é quanto à imprecisão do termo ‘Parcerias Público-Privadas (PPP)’, cuja amplitude poderia comportar, além das concessões e permissões comuns, outros tipos de terceirizações, acordos-de-programa, termos de parceria, contrato de gestão, sem falar nos convênios e consórcios.

Também adotando essa visão sobre a nomenclatura, MARQUES NETO (2011, p. 309) conceitua Parceria Público-Privada como o ajuste firmado entre a Administração Pública e a iniciativa privada, tendo por objeto a implantação e a oferta de empreendimento destinado à fruição direta ou indireta da coletividade, incumbindo-se a iniciativa privada da sua concepção, estruturação, financiamento, execução, conservação e operação.

Segundo o ordenamento brasileiro, ‘parceria público-privada é uma espécie de contrato administrativo de concessão patrocinada ou administrativa, que adota um regime jurídico especial, e que necessariamente deve envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado’ (art. 2º da Lei 11.079/2004).

Outra questão em pauta relaciona-se aos tipos de ajustes que poderão receber a incidência da Parceria Público-Privada. A lei 11.079/2004 foi clara, e trouxe em seu art. 2º a possibilidade, somente, de aplicação para as concessões *patrocinadas* e *administrativas*. Tal lei, em seu art. 2º, define as concessões patrocinada e administrativa.

Como quer o art. 2º, § 1º, da Lei das PPPs, *concessão patrocinada* é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas já previstas na Lei 8.987/1995 quando envolver, além das tarifas cobradas dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Na visão de NIEBUHR (2008), p. 194, o objeto de concessões *patrocinadas* são preponderantemente *atividades autossustentáveis economicamente*, que envolvam serviços e obras rodoviárias, ferroviárias, de portos, de fornecimento de luz elétrica, gás e água, em condições cuja demanda não seria suficiente à manutenção autônoma do serviço, com custeio exclusivo pelos usuários, por exemplo.

A *concessão administrativa*, por sua vez, é o contrato de prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, mesmo que haja execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

É notório que a Administração Pública toma serviços e adquire bens dos particulares para a consecução dos seus objetivos. A diferença entre a situação anterior (trazida pela Lei 8.987/95) e a nova (da Lei 11.079/2004), é que o Estado não será apenas um usuário, locatário ou comprador, de bens que o particular gerou pelos seus próprios meios, conta e risco. Esse novo regime jurídico permite que a Administração Pública se associe ao particular também na geração desses recursos, injetando dinheiro ou bens públicos. A modalidade pode ser aplicada na construção de presídios, por exemplo.

Na verdade, *concessões administrativas* nada mais são que pura prestação de serviços à Administração Pública. Note-se que é da natureza das concessões que se estabeleça uma relação jurídica triangular, entre a Administração Pública, o concessionário e os usuários dos serviços, que são terceiros com relação aos outros dois. No modelo inaugurado pelas PPPs cria-se uma insólita concessão em que as três partes são duas: a Administração Pública e o concessionário.

A Parceria Público-Privada pode ter como objeto a delegação, total ou parcial, da prestação ou exploração de serviço público, o desempenho de atividade de competência da Administração Pública, a execução de obra para a Administração Pública e a execução de obra para alienação, locação ou arrendamento à Administração Pública (art. 3º).

As alternativas apresentadas pela lei permitem uma grande quantidade de parcerias público-privadas, não somente nas áreas tradicionais (como estradas, saneamento básico, portos, hidrovias, irrigação etc.), como também em outros setores. Ressalvam-se apenas, por enquanto, as funções típicas do Estado, que só ele pode explorar.

Sem embargo, quanto à sua natureza jurídica, à primeira vista, se poderia ter a ideia de que a Parceria Público-Privada seria uma nova tipologia contratual, o que de plano pode-se negar. Na verdade, o que se tem é um novo regime jurídico para *determinadas* espécies contratuais já existentes em nosso direito administrativo.

Destarte, contratos de obras públicas realizadas sob a égide desta Lei 11.079/2004 continuam a ser contratos de obra pública, bem como as concessões de serviços públicos continuam a ter esta natureza. A ressalva é que, quando submetida ao regime jurídico daquela lei, terão regras alteradas.

Portanto, não se cria, com a Lei nº 11.079/2004, um novo tipo de contrato, não há um contrato de Parceria Público-Privada – como parte da doutrina equivocadamente

afirmou. Há, sim, um contrato de concessão sob o regime jurídico de parceria público-privada, ou seja, há um regime jurídico excepcional que traz novas regras e novas situações de disposição sobre contratos de concessão cuja tipologia já se encontram definidas no direito administrativo brasileiro.

b) Origem no direito comparado: algumas experiências internacionais e a experiência brasileira

i) *Experiências internacionais*

A partir deste momento colaciona-se a experiência de alguns países na condução de projetos de Parcerias Público-Privadas, que reputa-se serem experiências que merecem destaque.

A implantação deste instituto no Reino Unido tem como base projetos desenvolvidos sob uma fórmula denominada *Private Finance Initiative* – PFI (em tradução livre: *Iniciativa para o Investimento Privado*), na qual o setor público mantém a responsabilidade pela provisão de parte dos serviços. O Governo contrata com o setor privado a oferta de serviços cujo retorno social é maior que o retorno financeiro (por exemplo, o setor privado constrói um hospital e o setor público fornece os médicos e pessoal). Esse modelo buscou alcançar mais eficiência na prestação de serviços públicos, associado ao fato do risco do empreendimento ser transferido para o setor privado. Grandes obras foram objeto de PPPs, tal como o Canal da Mancha, que não seria viável caso não houvesse investimentos privados envolvidos.

As características-chaves dos contratos de PPP foram as seguintes: a) A transferência para o setor privado dos riscos que ele está mais apto a administrar (riscos operacionais, obsolescência tecnológica e outros); b) Remuneração do setor privado apenas contra a prestação do serviço claramente especificado (nenhum pagamento é feito durante a fase de construção); c) O longo prazo de vigência dos contratos (tempo suficiente para a recuperação do investimento) e, d) A concorrência na licitação⁴.

O conceito de PFI foi introduzido no Reino Unido em 1992. Inicialmente, o objetivo era aumentar os investimentos nas áreas sociais, como a da saúde⁵.

⁴ Nas palavras de SILVA (2009): “Na Inglaterra, esse movimento teve grande visibilidade, e englobou não só a busca por financiamento privado, mas, também, a eficiência na contratação da prestação de serviços públicos. Pelo modelo britânico, o risco associado a um empreendimento seria transferido para os agentes privados e deveria privilegiar o bom emprego dos recursos. Não haveria taxas de retorno nem pisos de lucratividade asseguradas aos investidores. O projeto de maior envergadura e considerado bem sucedido foi a construção do túnel sob o Canal da Mancha, entre a Inglaterra e a França, que teria custado perto de seis bilhões de dólares.”

⁵ Segundo TAVARES (2012) p. 8, em relação à área da saúde, “em 31 de dezembro de 2011, no Reino Unido, existiam 192 hospitais públicos sob o signo da PFI, dos quais 152 se encontravam em funcionamento, tendo este projeto sido também alargado à rede de cuidados de saúde primários e cuidados continuados, (...). Apesar de existirem outras modalidades de PPP no Reino Unido, o modelo PFI é sem dúvida o mais frequente e o mais popular. (...) O parceiro privado fica encarregue das funções de concepção, construção, financiamento e gestão do equipamento, ao passo que o parceiro público é responsável pela prestação dos serviços clínicos. A duração típica destes contratos é de 30 anos.”

No modelo britânico de PFIs há três tipos de projetos: o *free standing*, o *joint ventures* e os *projetos envolvendo serviços vendidos ao setor público*.

Os primeiros (*free standing*) são projetos onde os seus custos de implantação e implementação são “*recuperados integralmente por meio da cobrança dos serviços pelo usuário final*”⁶ onde o “*Governo fornece o planejamento inicial e suas diretrizes, bem como o arcabouço jurídico normativo*”, é o que aduz COUTINHO (2011), p. 57. Cite-se, como exemplo, a construção em Dartford, da Ponte Queen Elizabeth II, oriunda desse tipo de ajuste.

Já os *joint ventures* são os projetos em que embora participem os setores públicos e privados, estes últimos é que controlam a sua gestão. O setor público portanto, participa por meio de concessão de empréstimos a juros favoráveis, participação acionária minoritária, entre outras formas de estímulos positivos.

O terceiro tipo, onde se efetuam *projetos envolvendo serviços vendidos ao setor público*, configuram a prestação de serviços pela iniciativa privada ao setor público, sendo comum quando se tratam de serviços sociais (saúde, educação, entre outros).

Os resultados das PPPs no Reino Unido podem ser considerados positivos, constatando-se a grande utilização desse modelo.

Pode-se comprovar economia de até 17% (dezessete por cento) para os cofres públicos em projetos envolvendo estradas e prisões. Ainda, constatou-se a economia de até 4% (quatro por cento) em projetos de saúde e educação, afirmando os defensores das PPPs britânicas que a maioria dos projetos atualmente existentes⁷ nem chegariam a existir se não fosse o incremento deste novel instituto e que a qualidade do serviço prestado no âmbito das PPPs é muito superior à do setor público

Já os críticos, a exemplo de ALVARENGA (2005), p. 15, apontam situações de enriquecimento ilícito por meio de renegociações contratuais duvidosas, serviços de má qualidade na área da saúde e bilhetes caros e atrasos no Metrô de Londres.

⁷ “A experiência inglesa é a mais emblemática, pois é fruto de projetos desenvolvidos e testados desde o ano de 1992 quando o conceito de PFI (Private Finance Initiative) foi introduzido. Desde o começo da utilização da modalidade de PPP até meados de 2005, o governo britânico assinou 564 projetos de PFI/PPP. Esses projetos totalizaram um valor de US\$ 54 bilhões e representaram mais de 10 % de todo investimento público realizado entre os anos de 1998 e 2002. O objetivo das PPPs no Reino Unido viu-se inicialmente frustrado por fatores como falta de coordenação inicial e priorização insuficiente, com muitos projetos sendo tocados ao mesmo tempo e de forma muito rápida. A correção de rumos incluiu a formação de uma força-tarefa do Tesouro para coordenar os projetos, a definição de prioridades, a remoção de obstáculos técnicos e uma abordagem flexível que permitiu que as PPPs admitissem outros modelos além do modelo típico conceber, construir, financiar e operar. Até o ano de 2003, os projetos executados sob a forma de PFI/PPP, permitiram, em média, uma economia de 17% ao governo britânico em relação às formas convencionais de oferta de serviços públicos. Além disso, 75% dos projetos foram concluídos dentro do prazo e 80% dentro do orçamento previsto, contra um percentual de 30% dos projetos convencionais. Em sondagem realizada no ano de 2001 com autoridades responsáveis pelos serviços públicos, constatou-se que 81% estavam satisfeitos com a relação preço-qualidade obtida com o instituto da Parceria Público-Privada.” (SILVA), 2009, pp. 5-6.

Em Portugal, algumas dificuldades vêm sendo constatadas no modelo adotado: nos investimentos em projetos rodoviários (SCUT – Sem Custo para o Utilizador)⁸ sob a forma de parcerias público-privadas, por exigirem prazos longos de amortização, que passam de uma geração, é necessário um imenso e perene consenso político para garantir a execução dos projetos e incentivar o investimento privado. Além disso, a adoção exige rigoroso estudo das desvantagens e riscos ambientais, expropriações, modificações unilaterais pelo concedente, preservação do patrimônio histórico etc.

O modelo entrou em crise também financeira. As despesas que o Estado enfrentou em 2005 eram da ordem de 500 milhões de Euros e em 2007 passaram para 800 milhões de Euros – o que representa 40% mais do que é o atual orçamento do Instituto de Estradas de Portugal para a construção e manutenção de todas as outras estradas. A despesa é o que o Estado tem que pagar aos consórcios formados por construtoras e bancos titulares de sete concessões: Norte Litoral, Interior Litoral, Grande Porto, Costa de Prata, Beiras Litoral e Alta, Beira Interior e Algarve.

Nessa perspectiva, ARAÚJO e SILVESTRE (2014)⁹ apresentam os dois principais problemas apontados nesses projetos, que são a falta de transferência de riscos para os investidores privados e a não mensuração da qualidade dos serviços prestados. Para referidos autores em razão do volume de tráfego nas rodovias foram introduzidas algumas cláusulas nos contratos de PPPs a fim de salvaguardar o investimento privado e a sustentabilidade financeira destes. Uma dessas cláusulas está relacionada com os níveis médios de utilização. Quando foram introduzidas as portagens virtuais, o governo central ficou responsável pelo reembolso aos parceiros privados, caso os níveis de tráfego não atingissem um nível mínimo esperado e calculado. Ou seja, o modelo de financiamento que está presente nestes projetos deveria ser sustentado com base nos *cash-flows* do projeto, devendo ser "avalizados" fundamentalmente pelo desempenho econômico do projeto e não pelas garantias reais concedidas a terceiros.

No caso das portagens virtuais, previu-se, ainda, que "os *cash-flows* do projecto seriam pagos pelo Estado, assim se privilegiando o princípio do contribuinte pagador em desfavor do princípio do utilizador pagador". Tal cláusula reduziu a transferência de risco para os parceiros privados, ou seja, se os níveis de utilização estiverem acima do estimado, as empresas privadas podem obter um retorno considerável sobre o investimento e, por outro lado, se os níveis de utilização estiverem abaixo do esperado,

⁸ Acrescenta SILVA (2009), pp. 8-9: que a parte do programa de parcerias voltada para as estradas ganhou a designação de SCUT, associada à forma de remuneração do capital privado, em que se adota o chamado pedágio-sombra (shadow toll), sendo o operador da estrada remunerado pelo Poder Público, e não pelo usuário final, com base no número de veículos que trafegam pela estrada. A despeito do grande apelo político em razão da ausência de cobrança direta de pedágios, as concessões do tipo SCUT têm-se mostrado insustentáveis do ponto de vista financeiro, representando grande ônus para o governo português, que tem anunciado a construção de pedágios nessas rodovias.

⁹ ARAÚJO, Joaquim Filipe Ferraz Esteves; SILVESTRE, Hugo Consciência. As parcerias público-privadas para o desenvolvimento de infraestrutura rodoviária: experiência recente em Portugal. In: Revista de Administração Pública, vol. 48, ano 3, Mai./Jun. de 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122014000300003, (29.10.2017).

os parceiros privados também têm garantido o retorno sobre o investimento por meio do reembolso realizado por parte das autoridades públicas. Desse modo, os incentivos para gerir de forma eficiente essas infraestruturas desaparecem, bem como a crença teórica de que os parceiros privados são mais propensos a fazer o melhor uso do dinheiro dos contribuintes.

Acrescentam ARAÚJO e SILVESTRE (2014)¹⁰ que o segundo problema refere-se aos padrões de qualidade dos serviços, sendo esta uma dimensão crucial que deve ser contabilizada para a compensação do parceiro privado, nas PPPs. Para os autores, a solução apresentada no intuito de solucionar o déficit, foi a introdução da cobrança de pedágio (*portagem*) em todas as estradas, com evidentes e constatados reflexos políticos, principalmente porque essas autoestradas cortam regiões densamente povoadas, e a reação ao pedágio no trânsito de vizinhança foi grande¹¹.

SILVA (2009) foi mais otimista com as PPPs portuguesas. Embora reconheça equívocos da gestão, o que inclusive levou o Governo Português a criar uma entidade gestora das mesmas, o autor defende que as PPPs portuguesas têm propiciado ganhos de dinamismo no desenvolvimento da infraestrutura daquele país. Defende, ademais, que foram constatados problemas que podem servir de lições, como atrasos e adiamentos do lançamento de obras, excessivo impacto orçamentário, gastos governamentais imprevistos, procedimentos demasiadamente burocráticos (em especial para obtenção de licenças ambientais), compartilhamento insuficiente e impreciso de riscos, pouca concorrência na licitação, insuficiências técnicas em gestão de PPP, etc. Para mitigar esses aspectos negativos, foram anunciadas mudanças institucionais, como a criação de unidade gestora de PPP, com função de coletar, analisar e difundir informações, prover expertise técnica, avaliar licitações e negociar com os parceiros privados.

Outro país que nos interessa analisar é o Chile, no qual as Parcerias Público-Privadas, por meio de contratos de concessão de obras públicas, têm sido a técnica utilizada para a renovação e ampliação da infraestrutura de comunicação do país (rodovias, aeroportos, vias urbanas, entre outras), bem como para ampliação do sistema

¹⁰ ARAÚJO, Joaquim Filipe Ferraz Esteves; SILVESTRE, Hugo Consciência. As parcerias público-privadas para o desenvolvimento de infraestrutura rodoviária: experiência recente em Portugal. In: Revista de Administração Pública, vol. 48, ano 3, Mai./Jun. de 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=SO034-76122014000300003 (29.10.2017).

¹¹ ARAÚJO e SILVESTRE (2014) atestam que o Tribunal de Contas em 2008 teria afirmado que não foram realizados estudos suficientes em relação à dimensão da qualidade dos serviços que deveriam ser prestados nas estradas. Para aquela Corte de Contas os contratos de concessão estabelecidos não incluíam cláusulas sobre a solução técnica para o controle de tráfego. Igualmente não foram realizados estudos sobre os acidentes nessas estradas, o que inevitavelmente levou à remuneração dos parceiros privados sem se saber da real qualidade do serviço prestado. Além disso, a supervisão das reclamações dos utilizadores só começou a ser efetivada a partir de 2009, e só foi realizado um inquérito sobre a "Satisfação do utente de autoestradas de Portugal", entre 2008-09, sendo bastante tardio para que as remunerações dos parceiros privados pudessem coincidir com a qualidade do serviço que prestaram. Em resumo, as PPPs rodoviárias em Portugal não seguem a experiência internacional, onde a qualidade do serviço está incluída no início do processo e a compensação ao parceiro privado depende de padrões mínimos de qualidade.

hospitalar e carcerário. Todavia, o Chile não ficou imune a denúncias de corrupção envolvendo os projetos de PPPs, mormente quando se procedia à renovação desses contratos, é o que lembra CÉPEDA (2014), pp. 141-164.

O Chile operacionalizou diversos projetos de PPPs, em várias áreas, tais como ampliação e construção de rodovias (a principal foi a Rodovia Panamericana, que corta boa parte do país, com mais de 1.500 km), pontes, aeroportos, prisões, linhas de trem, terminais de integração para transportes públicos e o que chama atenção para os fins desse trabalho, modernização do sistema viários na cidade de Santiago, com a construção e reforma de vias expressas, como a Costanera Norte e a Autopista Central.

SAVI (2007), pp. 110-111, relata que os empreendimentos via PPPs no Chile, foram bem sucedidos, e que a utilização desses modelos não implica em substituição do Estado pelo mercado, mas sim uma cooperação, incorporando um *“conceito fundamental na prestação de serviços públicos e a equidade”*, adotando-se instrumentos de financiamento *“onde os beneficiários diretos pagam pela utilização dos equipamentos, permitindo ao Estado liberar recursos destinados a projetos de maior impacto social, como a educação e saúde”*.

Segundo a autora, a experiência vivenciada pelo Chile pode exemplificar a realidade de muitos países da região, de criar um ambiente institucional propício à celebração de contratos de PPP e, ao mesmo tempo, articular políticas de recuperação da capacidade estatal de investimento, sendo que naquele país, o sucesso das PPPs decorre da sólida estrutura político-institucional e jurídico-regulatória. (SAVI (2007), pp.110-111).

Com efeito, as PPPs no Chile são consideradas uma experiência bem-sucedida. É o que sustenta MAGRO (2015): Desde 1994, o governo chileno participou de 36 projetos de transporte rodoviário, que envolveram recursos da ordem de US\$ 5,5 bilhões aplicados em mais de 2.000 km de rodovias. O mecanismo utilizado foi a Concessão, pelo qual a empresa privada constrói determinado projeto e depois o opera por certo número de anos como forma de recuperar seus investimentos por meio de cobrança de pedágio dos usuários. Ao final desse período, a concessão se extingue e ocorre a expropriação dos ativos pelo governo chileno.

ii) Experiência brasileira

As Parcerias Público-Privadas refletem toda a dificuldade vivenciada pelo poder público na obtenção de recursos que permitam a realização de obras e certos serviços públicos, exclusivamente pelo Estado. Na perspectiva de se buscar uma nova dimensão na captação de recursos que possibilitem aquilo que hoje o Poder Público não tem condições de realizar sozinho é que surgiram as PPPs, visando ampliar o campo de colaboração como o universo privado.

Como é baixa a credibilidade do Poder Público no Brasil e praticamente esgotou-se as suas possibilidades de endividamento, a Lei nº 11.079/2004 cuidou de prever garantias objetivas para os financiadores, o que, com o tempo se mostrou uma estratégia

acertada, visto que desta forma, captou-se recursos de investidores externos.

DI PIETRO (2012) esclarece que, numa visão mais ampla, as PPPs representam todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre os setores público e privado, para a consecução de fins de interesse público.

Inúmeros são os casos em que essas parcerias são feitas, sendo, portanto, forçoso afirmar que elas não são novidade no direito. Por exemplo, na época do Império (de 1822 a 1889) as ferrovias eram financiadas por acionistas privados.

Igualmente, desde os tempos de Colônia, as ordens e irmandades religiosas tem cuidado de assistência social, cemitérios, orfanatos e educação, recebendo dotações de cofres públicos e contribuições privadas. Sindicatos e órgãos de classe ou patronais também atuaram e ainda atuam assim. É fato histórico que empresários recebiam títulos de nobreza em função de investimentos em áreas de atuação do Estado. Mais recentemente, pode-se citar o exemplo da Usina Hidroelétrica de Itaipu, envolvendo parceria internacional, e o da Hidroelétrica de Machadinho, em que os demandantes de energia receberam o arrendamento da usina no lugar de um contrato de garantia firme de compra da energia (*power purchase agreement*).

Em termos legais, a Lei n. 11.079, de 31.12.2004, instituiu normas gerais para licitação e contratação de Parceria Público-Privada na Administração Pública e acabou por discipliná-la também.

Desde a criação desse modelo de concessão em nosso país, em nível federal, alguns projetos dele se utilizaram, a saber¹²: Complexo Datacenter; Colégio Militar de Manaus. Construção e manutenção de novo Colégio Militar em Manaus – AM; Centro de Educação Física Almirante Adalberto Nunes (CEFAN); Parques Nacionais de Jericoacoara, Serra das Confusões, Sete Cidades e Ubajara; Vila Naval de Itaguaí – Módulo I; Abastecimento e Gerenciamento de Frota (AGEFROT); Parques Nacionais de Brasília, da Chapada dos Veadeiros e das Emas; Arsenal da Marinha; Fuzil-Imbel; Pontal de Irrigação; Esplanada Sustentável; Satélite Geoestacionário Brasileiro; Rede de TV Pública Digital (RTVDB); BR 116-324; e, Ferrovia Norte-Sul.

Já em nível estadual (em São Paulo), houve projetos e obras implementadas em praticamente todos os Estados brasileiros, sendo que, particularmente, no Estado de São Paulo, a mais emblemática foi a contratação do Metrô Linha Amarela (Linha 4).

c) Regime jurídico das parcerias público-privadas

i) *Âmbito de aplicação e fundamento constitucional da parceria público-privada*

A Lei 11.079/2004 prescreve, em seu art. 1º, que sua aplicação se refere a todos os entes federativos: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Nos termos deste artigo: *“Esta Lei institui normas gerais para licitação e contratação de parceria*

¹² Fonte: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/desenvolvimento/parcerias-publico-privadas/projetos/projetos-federais>, (10.01.2018).

público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, logo ela tem aplicação nacional.

Partindo do pressuposto de que a Lei 11.079/2004 – como afirma seu art. 1º – cria efetiva e unicamente normas gerais – deve-se considerar que a superveniência de outra norma geral (nacional) suspende a eficácia dos dispositivos das Leis Estaduais e Municipais já existentes, cujo conteúdo seja conflitante com a Lei das PPPs, vista como norma geral. Não se pode esquecer de que a principal característica da norma geral é o fato de que ela dá espaço para os outros entes federados tratarem da mesma matéria, editando normas específicas de interesse local.

Não obstante, é forçoso concluir que não se pode aplicar todos os artigos da Lei n. 11.079/2004 em âmbito nacional. O correto será admitir que ela contém dois tipos de normas: as *gerais*, válidas para todos os entes da Federação; e as *específicas*, que dizem respeito apenas e tão-somente aos contratos sob o regime de parcerias público-privadas firmados em âmbito federal – e, neste caso, os demais entes federativos estão desobrigados de segui-las.

De qualquer modo, *normas gerais* são regramentos para outras normas, objetivando uniformidade na matéria legislada. Nos dizeres de NETO (1976), p. 162, *normas gerais* são declarações principiológicas que cabe à União editar no uso de sua competência concorrente limitada, restrita ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos, que deverão ser respeitados pelos Estados-membros na feitura de suas respectivas legislações, através de normas específicas e particularizantes que detalharão, de modo que possam ser aplicadas, direta e indiretamente, as relações e situações concretas a que se destinam, em seus respectivos âmbitos políticos.

Em síntese, deve-se considerar que *norma geral* é composta de uma hipótese e de um preceito, os quais deverão ser destinados a todos os entes da Federação.

Com efeito, a Lei n. 11.079/2004 veio expressar regra exarada no art. 22, XXVII, da CF, ou seja, a de que a União tem competência “privativa” para legislar em matéria de licitações e contratos administrativos. Nos termos dessa norma constitucional, compete à União legislar sobre “*normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades*, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, (...)”.

Numa primeira leitura do texto constitucional se poderia entender que a competência para legislar é privativa federal. Todavia, utilizando-se de interpretação sistemática, pode-se concluir que a União legisla sobre *normas gerais*, cabendo a cada um dos entes federados legislar para si sobre *normas específicas*, dentro do mesmo modelo fixado no art. 24, § 2º, da CF, que prescreve que “a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados”. O § 4º do mesmo artigo adverte para o fato de que “a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário”.

Em relação à competência municipal, a partir da Constituição de 1988 ela se encontra enumerada, discriminando competências específicas, mas deixando espaço para a competência decorrente de matéria de interesse local, onde, ainda, segundo NETO (1988) p. 140, “autoriza a edição de quaisquer leis em que predomine este interesse.”. Afirmar ademais, o autor, que “a predominância e não a exclusividade continua sendo, portanto, a justa interpretação desse novo conceito que substituiu o tradicional ‘peculiar interesse’, que remontava ao art. 68 da primeira Constituição da República”¹³.

Da União podem provir normas específicas para ela e gerais (para todos), e isto tudo em uma mesma lei pode acontecer. Segundo SUNDFELD (1995), p. 28, o fato de a atividade legiferante federal haver sido inserida no preceito concernente às competências exclusivas da União, e não no relativo às competências concorrentes, não tem o condão de conferir-lhe o poder de regular exaustivamente, para os demais entes políticos, a matéria de licitação e contratos administrativos. Destarte, os Municípios, Estados da Federação e o Distrito Federal só estão obrigados a seguir, na legislação federal sobre licitações e contratos, o que for efetivamente norma geral. Quanto ao mais, têm poder regulador próprio¹⁴.

Algumas disposições, do art. 14 ao art. 29 da Lei, constantes no Capítulo VI, que expressamente estabeleceu “Disposições Aplicáveis à União”, indubitavelmente aplicam-se apenas a este ente federativo, apresentando-se, portanto, como normas federais, e não nacionais.

O art. 16 deixa claro que o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas é exclusivo da União: “Art. 16. Ficam a União, suas autarquias e fundações públicas autorizadas a participar, no limite global de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de Reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP, que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em virtude das parcerias de que trata esta Lei.”

Ao dimensionar o âmbito de aplicação jurídica dos conceitos de “normas gerais”, é importante que se traga essa questão para a discussão a que se deseja efetuar, a da aplicabilidade de preceitos da Lei de PPPs que se enquadrariam como normas gerais e outros, que mesmo estando situadas como “Disposições Preliminares”, não parecem se tratar de normas gerais.

O caso mais importante para esse estudo é o conteúdo normativo do art. 2º, § 4º, inciso I, da Lei n. 11.079/2004 que impõe que o valor mínimo para contratação de PPPs é de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de Reais).

¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, 1988, “Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais”, In: Revista de Informação Legislativa, v. 25, n.100, out./dez. p. 140.

¹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. Licitação e Contrato Administrativo, 2. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1995, p. 28.

Entender que este valor se aplica aos Estados e Municípios seria aceitar que o regime jurídico da Parceria Público-Privada nunca se realizaria em Municípios menores, já que esse valor supera, em inúmeros deles, seu próprio orçamento anual.

Porém, se acompanharmos a mesma técnica do legislador, que teria pretendido incluir as *normas gerais* nos arts. 1º a 13 e as *específicas* da União nos demais, ainda assim estaríamos diante do mesmo problema. O limite mínimo de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) está na “parte geral” (art. 2º, § 4º, inciso I). De duas, uma: ou o legislador quis, mesmo, impedir os Municípios menores de utilizarem o instituto – no que os estaria discriminando –, ou houve erro de técnica legislativa, e o artigo deveria estar alocado dentro do “Capítulo VI – Disposições Aplicáveis à União”, ou mesmo fixar valores tendo como base a proporcionalidade em relação ao número de habitantes de cada Município.

Alguns doutrinadores têm se posicionado sobre o tema e a matéria é conflituosa.

JUSTEN FILHO (2014), p. 486, sustenta que a União não pode se valer da sua competência legislativa para mitigar os princípios constitucionais sensíveis, sendo que “a regra do art. 22, XXVII¹⁵, deve ser interpretada em função do princípio federativo”, pois “a competência da União para legislar sobre norma geral não se sobrepõe ao princípio da Federação”.

Emprestando essas afirmações ao instituto das Parcerias Público-Privadas, JUSTEN FILHO (2014), p. 486, aduz que: a eficácia das disposições em face dos Estados e Municípios é duvidosa (...) em virtude da autonomia local inerente à Federação e a impossibilidade de se estabelecer regra restritiva da utilização de instrumentos contratuais em face de seu valor (...)”¹⁶.

Do que conclui o autor que as competências locais derivadas da organização federal não podem ser limitadas mediante lei da União, destinada a veicular normas gerais. Tem termos ainda mais diretos: *norma geral* não é instrumento de restrição da autonomia federativa”¹⁷.

Para FURTADO (2005), p. 609, a vedação prevista no art. 2º, § 4º, inciso I, da Lei n. 11.079/2004 merece ser criticada, pois “do ponto de vista das despesas realizadas pela Administração Pública federal, a fixação do limite de R\$ 20 milhões pode ser considerada parâmetro razoável”, destacando o autor, “certamente para a grande maioria dos Municípios brasileiros, a imposição do limite importa em inviabilizar a utilização da PPP”. Teria havido um desprestígio aos Municípios pequenos, que não

¹⁵ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
(...)”

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.”

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal, 2014, Curso de Direito Administrativo, 10. ed. São Paulo, RT, p. 833

¹⁷ JUSTEN FILHO, 2014, p. 486.

poderão se utilizar desse instituto para pequenas obras de infraestrutura em virtude de vedação legal, já que “a fixação do limite linear de R\$ 20 milhões desconsidera a diversidade econômica de nosso País e restringe a utilização das PPPs à União e a pequeno número de Estados e Municípios.”.

Para solucionar esse impasse, SCHWIND (2207) se posiciona entendendo que cabe aos Municípios fixarem seus valores, a exemplo da Lei de PPP de Curitiba (Lei 11.929/2006), sustentando que a crítica que se fez à limitação instituída pela Lei Federal é de fato procedente e é plenamente possível que cada Município institua valores menores em suas leis, ou deixem para fixar o valor em cada caso concreto.

Ademais, a principal preocupação, neste aspecto, é com a competência legislativa restante para os Estados e Municípios, posto que alguns já normatizaram a matéria.

Pois bem, o que resta a esses entes federativos em matéria de competência concorrente é muito pouco, já que a Lei das PPPs regulou quase todas as situações e, subsidiariamente, em algumas hipóteses, estabeleceu a aplicação da Lei 8.666/1993 e da Lei 8.987/1995.

De qualquer forma, o que, de fato, auxiliaria e muito esse impasse seria a aprovação do Projeto de Lei nº 472/2012, que se encontra desde março de 2017, em tramitação na Câmara Federal brasileira, no qual se propõe a alteração dos valores mínimos para celebração de contratos de PPPs, passando a valer para os Estados o montante de partida de R\$ 10 milhões e para os Municípios de R\$ 5 milhões. Mas enquanto isso não ocorre, os Municípios ainda se vêem diante da dificuldade de discutir se os R\$ 20 milhões já referidos são ou a eles aplicáveis. Mais a frente, apresentaremos uma alternativa de solução para o atual cenário jurídico existente.

Por fim, interessa aduzir que a Carta Federal de 1988, no seu art. 175, fundamenta constitucionalmente as Parcerias Público-Privadas, *in verbis*: “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o *caráter especial de seu contrato* e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão e permissão”.

Com base nessa norma e na expressão “*caráter especial de seu contrato*”, pode-se concluir que as Parcerias Público-Privadas têm aparato constitucional, já que são um regime jurídico diferenciado aplicado aos contratos de concessões.

ii) Principais aspectos do novo regime jurídico instituído para contratos de concessão: as parcerias público-privadas

Dentro da perspectiva da existência de um novo regime jurídico para os contratos de concessão –, é necessário identificar os aspectos que serão modificados nesse regramento imposto pelo novo regime, em relação às concessões administrativas, em seu sentido amplo, arroladas na Lei 8.987/95.

No que diz respeito ao novo regime das PPPs, em comparação às concessões da Lei 8.987/95, desde já podem ser vislumbradas quatro espécies de alterações no ordenamento jurídico nacional: a) no direito dos agentes envolvidos na relação contratual; b) das regras relativas aos procedimentos administrativos pré-contratuais; c) na situação jurídica da própria Administração Pública contratante; e, d) nos aspectos relativos aos litígios contratuais que eventualmente possam marcar disputas e ajustes firmados sob a égide dessa norma.

Além dessas modificações, outros dois aspectos merecem análise: as garantias da Administração Pública em favor do parceiro privado e as sociedades de propósitos específicos.

Para que as PPPs se tornassem interessantes para o setor privado, restou estabelecida na Lei 11.079/2004 a possibilidade de estipulação de garantias da Administração Pública em face do investidor privado, o que é de certa forma coerente com seu objetivo principal de atrair recursos.

Denota-se que as Parcerias Público-Privadas contam com o maior rol de garantias até hoje apresentado pelo Estado Brasileiro a investidores privados. Conforme o art. 8º da Lei 11.079/2004, as obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: (a) vinculação de receitas; (b) instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; (c) contratação de seguro-garantia junto a companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; (d) garantias prestadas por organismos internacionais; (e) garantias de instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; (f) fundo garantidor; (g) empresa estatal criada especificamente para prestar garantia.

Outro importante ponto, é que houve a exigência, por meio do art. 9º, de criação de uma empresa especializada em encampar a Parceria Público-Privada, denominada de Sociedade de Propósito Específico, que deverá implantar e gerir o objeto da parceria. Entretanto, essa exigência vai de encontro à necessidade de se dar maior grau de eficiência aos gestores do contrato de concessão patrocinada ou administrativa.

Como afirmado neste artigo, a Parceria Público-Privada não é outra modalidade de contrato senão a própria concessão, com algumas diferenças. É exigência da Constituição Federal (art. 175) que a concessão se dê por meio de licitação, e não é tarefa fácil explicar como uma pessoa vence a licitação e quem contrata é outra – que, aliás, não preenche requisito algum dos que se exigiram dos licitantes no certame licitatório.

É verdade que a Sociedade de Propósito Específico, depois de constituída, só poderá transferir seu controle com autorização expressa da Administração Pública.

A anuência para transferência de controle está condicionada a que o pretendente atenda às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e se comprometa a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

A mesma exigência não existe quando se trata de transferir o controle da sociedade para os *financiadores*, conforme disposto no art. 5º, § 2º: não se aplicará o inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei 8.987, de 13.2.1995. Ou seja, o financiador (que assumirá, na prática, a parceria) não necessitará atender a qualquer exigência de capacidade técnica ou financeira necessária à assunção do serviço (nem mesmo regularidade jurídica ou fiscal).

A Administração Pública não pode deter a maioria do capital votante da Sociedade de Propósito Específico, exceto no caso da eventual aquisição pela instituição financeira controlada pelo Poder Público por inadimplemento de contratos de financiamento. Porém, nessa hipótese estar-se-á criando, na prática, empresa “estatal” sem lei específica – o que é proibido pelo art. 37, XIX, da Constituição da República.

O capital público a ser investido nas parcerias público-privadas não pode, em princípio, ser superior a 70% (setenta por cento) do valor total dos recursos a serem investidos no projeto – limite válido para todas as operações de crédito com recursos de empresas públicas e sociedades de economia mista controladas direta ou indiretamente pela União.

A forma de remuneração dos contratos por parte do Poder Público pode ser feita: (a) em dinheiro, por ordem bancária; (b) por meio de cessão de créditos não-tributários (título da dívida pública, por exemplo); (c) mediante outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; (d) por meio de outorga de direitos em face da Administração Pública; e, (e) por outros meios legais admitidos.

A observação que se faz necessária neste ponto, é que a remuneração ao parceiro privado poderá ser diretamente proporcional ao seu desempenho, conforme estiver definido no contrato.

Respeitados os limites do tema nesse estudo a que nos propusemos, é correto preliminarmente defender que o denominado Contrato de Parceria Público-Privada é um Contrato de Concessão, já conhecido do Direito Brasileiro de longa data, com algumas peculiaridades flexibilizadoras da legislação antes existente.

Essas novidades consistem, primeiramente, no fato de que, além das tarifas a que o concessionário fará jus, poderá a Administração Pública remunerá-lo suplementarmente.

Em segundo lugar, graças ao uso híbrido da nova lei e das anteriores que continuam vigentes, em especial da Lei 8987/95, muito maior será o número de cláusulas livremente contratadas.

Por último, e talvez esse seja o aspecto mais importante a se considerar, a Administração Pública quando utilizar-se desse modelo, poderá se tornar concedente, sócia e usuária de bens ou serviços prestados por terceiros.

4. Cidades inteligentes ou smart cities: direito à cidade e a disciplina do ordenamento urbano

Cidade vem do latim *civitas*¹⁸, significando área urbana que apresenta uma alta densidade de população.

CAVALCA (2015), p. 97, aduz que as ideias e as ações relativas à cidade têm girado em torno de dois termos clássicos: *polis* e *urbs*. O primeiro de origem helênica, *polis*, significa assentamento, estilo de vida (em oposição ao rural), organização da sociedade (política, polícia e cidadania), influência na criação de novos centros (metrópole e metropolização); o segundo, de origem latina *urbs/orbis*, era aplicado com exclusividade a Roma, centro político do Império e, por extensão, do mundo conhecido, donde o binômio *urbs et orbis*.¹⁹

Todo Município define o espaço urbano de sua Cidade, ao qual se dará o nome de perímetro urbano. Um Município pode ter diversos distritos, mas somente ao distrito sede é que se dará o nome de cidade.

A Cidade compreende o que, vulgarmente, se chama de perímetro urbano, não se estendendo, pois, seus arredores rurais e términos, melhormente compreendidos na jurisdição municipal, não citadina. Daí se infere a distinção da cidade e do município. Onde termina a zona urbana termina a cidade. O Município é o todo que compreende a cidade, a zona suburbana e a zona rural, sob sua jurisdição, ou intendência, é o que define De Plácido e Silva (2004), p. 288.

Nesse contexto, “a cidade é, pois, um ecossistema, efetivamente, mas não natural. Nele sobressai-se o homem, pois por ele construído pra suprir suas necessidades” (CAVALCA (2015), p. 97).

Deve-se ter como parâmetro as funções urbanas tradicionais trazidas pela Carta de Atenas²⁰: habitação, recreação, circulação e trabalho. Ainda, nos dias atuais, a cidade que consegue garantir essas funções aos seus habitantes, já estaria alcançando o desenvolvimento urbano suficiente.

Atualmente, tem se falado em garantir o direito (fundamental) à cidade aos seus cidadãos, que vai ao encontro destas funções. O sociólogo francês LEFEBVRE (2001) p.

¹⁸ “O vocábulo vem do *civitas* latino, com significado muito mais amplo do que aquele em que é tido pela técnica administrativa. Nesta, com melhor razão, adotou-se o sentido de *urbs*, também com a tradução de cidade. E a compreensão do próprio perímetro citadino está concentrada na frase latina: *Urban designat aratro*, frase esta atribuída a Virgílio e que se traduz: ele marca com o arado o círculo da cidade.” (DE PLÁCIDO E SILVA (2004). Dicionário vocabulário jurídico, 25^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 288).

¹⁹ CAVALCA, Renata Falcon. O Município na Ordem Federativa do Brasil: A (Re)invenção da Cidade e o Direito à Cidade. (Tese de Doutorado em Direito apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo). São Paulo: PUC. 2015, p. 107

²⁰ Documento firmado em Atenas, Grécia, em 1933, no 4º Congresso Internacional de Arquitetura Moderna. É composto de três partes: I – A Cidade e a Região; II – Habitação, Recreio. Trabalho e Circulação; III – Patrimônio Histórico das Cidades e Conclusões. (IPHAN. Carta de Atenas. Acessada em 30.10.2017, in: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Carta%20de%20Atenas%201933.pdf>).

134, foi quem originalmente fixou um conceito de direito à cidade, para o qual se manifesta como forma superior dos direitos: direito à liberdade, à individualização na socialização, ao habitat e ao habitar. O direito à *obra* (à atividade participante) e o direito à *apropriação* (bem distinto do direito à propriedade) estão implicados no direito à cidade.”

HARVEY (2014), p. 246, evoluiu nesse conceito, não considerando o direito à cidade como um direito individual exclusivo, mas sim um direito coletivo que concentra todos aqueles responsáveis pela reprodução do cotidiano (expansão do conceito de proletariado).

Para referido autor o direito à cidade deve ser entendido não como um direito ao que já existe, mas como um direito de reconstituir e recriar a cidade como um corpo político socialista com uma imagem totalmente distinta: que erradique a pobreza e a desigualdade social e cure as feridas da desastrosa degradação ambiental. (HARVEY (2014), p. 246).

Nessa mesma linha, OLIVEIRA (2017), tentando apresentar uma ideia moderna do que seria o Direito à Cidade, considera que o mesmo se apresenta como o direito da população do local, comandar, orientar e pressionar todo o processo urbano, em oposição aos interesses meramente relacionados ao capital e a absorção do excedente desse - que teria marcado o surgimento e expansão dos centros urbanos.

Desta forma, mais do que estabelecer um conceito de cidade, urge a necessidade de se buscar uma interlocução entre o que cada um dos seus inquilinos, de forma coletiva, deseja como espaço de convivência e o que realmente é necessário para atender todas as prioridades do ser humano. É nesse contexto que se deve falar em direito à cidade.

No Brasil, antes do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), o Urbanismo e o Direito Urbanístico Brasileiro se ressentiam de um instrumento legislativo que coordenasse, de uma forma mais coesa, a disciplina urbanística.

Em que pese várias leis diretamente ligadas ao Direito Urbanístico terem surgido, não havia uma lei que apontasse diretrizes para implementação das políticas urbanas de uma forma globalizada e que impusesse a todos o espírito de responsabilidade social no meio ambiente urbano.

O Estatuto da Cidade, promulgado em 10 de julho de 2001, representou uma efetiva mudança na concepção da política urbanística no Brasil, onde em tempos de vicissitudes poderemos até vislumbrar uma quebra das concepções misonéistas criadas pelos administradores públicos municipais em dois séculos de falhos gerenciamentos do urbanismo brasileiro. Essa lei, adveio em virtude do sobressalto que se teve em relação às preocupações com a disciplina urbanística nas últimas duas décadas. Pode-se até argumentar que isso tenha ocorrido em virtude da Lei de Parcelamento do Solo Urbano, de 1979.

Entretanto, como já ressaltou GASPARINI (1988), p. 10, essa lei não tem outra finalidade senão a de disciplinar o parcelamento dos imóveis situados nas zonas urbana

e de expansão urbana exclusivamente para fins urbanos. Explicando, ainda, o administrativista afirma que ela não se predispôs a solucionar problemas sociais, econômicos, profissionais ou ecológicos, sendo assim improcedentes as críticas que nesses e em outros aspectos lhe são feitas.

Percebidos esses problemas, ou seja, de que a mencionada lei não era instrumento hábil a solucionar as questões acima relacionadas, foi que se intentou desenvolver um instrumento normativo que viabilizasse o debate direto dessas questões, com objetivo de solucioná-las. Encaminhou-se, desta feita, ao Congresso Nacional, em 1990, o Projeto de Lei nº 5788, o qual, após três substitutivos redundou na aprovação do Estatuto da Cidade.

Convém anotar que a Constituição de 1988 já previa no capítulo II, do título VII - que trata da Ordem Econômica e Financeira - dois artigos que se destinam a tratar da Política Urbana: o art. 182 e o 183.

a) Direito constitucional da cidade: fundamentos constitucionais do estatuto da cidade frente ao artigo 182 da Constituição Federal de 1988

No Brasil, embora tenha havido uma maior preocupação da Constituição Federal de 1988 com o Município e com a Cidade, é inevitável concluir que somente com o Estatuto da Cidade é que a mesma recebeu condicionamentos para que se realizassem políticas de desenvolvimento urbano, do que, por si só, pode-se dizer que este instrumento legislativo consagra o direito constitucional das cidades.

O artigo 182 da Carta Magna dispõe que a política de desenvolvimento urbano, a ser executada pelo Poder Público Municipal, tem o objetivo de ordenar o desenvolvimento de funções sociais da cidade e garantir o bem-estar social.

O *caput* do art. 182 estabelece que a Política de Desenvolvimento Urbano é um dever do Poder Público Municipal, que agirá por meio de diretrizes fixadas em lei. Mas qual seria essa lei? A resposta é intuitiva. Essa lei é o Estatuto da Cidade.

Neste ponto do presente estudo será feita uma análise pontual de aspectos importantes do Estatuto da Cidade que, de alguma forma, digam respeito aos contratos de Parceria Público-Privadas no contexto das cidades inteligentes, sem a pretensão de esgotar o assunto.

As diretrizes gerais fixadas no Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/2001, são as previstas no artigo 2º dessa lei, que serão analisadas a seguir:

O inciso I do art. 2º prescreve o direito a cidades sustentáveis. O próprio artigo explica que a cidade só será sustentável quando alguns direitos previstos nesse artigo forem alcançados. Vejamos quais são esses direitos: (a) Direito à Terra Urbana; (b) Direito à Moradia. C) Direito ao Saneamento Ambiental. Sanear é “preparar um edifício para que reúna condições de salubridade” e Saneamento é o “sistema de evacuação e tratamento dos resíduos urbanos e industriais”²¹; (d) Direito à Infraestrutura Urbana; e)

²¹ Diccionario de la Construcción. Barcelona: CEAC. 1978, p. 555

Direito ao Transporte Urbano; f) Direito aos Serviços Público; g) Direito ao Trabalho. Deve ser entendido como não só o direito ao trabalho, mas também ao emprego; h) Direito ao Lazer.

O inciso II do art. 2º do Estatuto da Cidade **insere** no sistema brasileiro a gestão democrática participativa para a formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano. Como reflexo dessa diretriz, o Estatuto fixou o planejamento municipal participativo, o orçamento participativo, o referendo popular e o plebiscito. Ainda, destinou um capítulo específico à Gestão Democrática da Cidade, onde obriga o poder público a utilizar alguns instrumentos garantidores dessa gestão democrática.

O inciso III do mesmo artigo 2º estabelece a necessidade da cooperação entre governos, a iniciativa privada e outros setores da sociedade para atendimento do interesse social no processo de urbanização. A urbanização é usada para designar o processo de crescimento da população urbana. Essa cooperação para urbanização tem por objetivo afastar os problemas que dela decorram, quais sejam: degradação do meio ambiente urbano, desemprego, problemas sanitários (higiene) e de saneamento básico, problemas em relação à habitação, problema de utilização inadequada do solo e de paisagismo urbano.

Aqui interessa apontar que para efeitos do presente artigo, que tem como foco a implantação das *smart cities*, a questão da participação da sociedade civil nos projetos intentados pelo Poder Público e pelas empresas privadas é de vital importância, seja como participante ativo do desenvolvimento de políticas públicas relacionadas às cidades inteligentes seja como ator do controle externo dos ajustes celebrados.

O inciso IV impõe a obrigatoriedade de se planejar o desenvolvimento das cidades, condicionando, assim, à distribuição espacial da população, das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, para que haja um combate direto às distorções do crescimento urbano, no sentido de corrigi-lo, para que seus efeitos negativos sobre o meio ambiente sejam diminuídos. O que pretende o Estatuto é que, ao se organizarem os Municípios, até na elaboração de seu planejamento, esses se preocupem com o direito à cidadania de todos. Tal direito só se concretizará se o Município se preocupar diretamente com o oferecimento dos suprimentos, insumos básicos para a sobrevivência do cidadão dentro do seu espaço urbano, ou seja, oferecendo em seu bairro: água, luz, telefone, escolas, postos médicos, mercados.

O art. 30, VIII, da Constituição Federal, atribui competência aos Municípios para a promoção do ordenamento adequado dos seus territórios, que deverá ser feito através de planejamento e controle do uso, do seu parcelamento e da ocupação do solo urbano, todos constantes no plano diretor do Município.

SILVA (1995), p. 160, a respeito da ordenação do solo urbano, sustenta tratar-se de um conjunto de medidas destinadas a realizar o conteúdo do plano urbanístico. Consiste fundamentalmente, pois, na sistematização do solo municipal, e implica uma série de medidas, quer voluntárias, que impostas pela lei, destinadas à consecução de

determinados objetivos urbanísticos, por meio das quais se modificam ou alteram certas relações dominiais sobre os terrenos ou se configuram, de modo diverso, as propriedades imóveis, do ponto de vista econômico ou jurídico, para os efeitos de sua edificação.

O inciso VIII do art. 2º incentiva a adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência. Neste inciso, o Estatuto da Cidade demonstra claramente a sua preocupação com a Cidade Sustentável, com a cidade simplesmente habitável. Cidade habitável no sentido de que ofereça o mínimo de dignidade à pessoa humana, o que só será possível se ela respeitar os limites da sua sustentabilidade.

O conceito de cidade habitável é bíblico²². Cidade habitável é aquela onde tem água para todos beberem e desfrutarem. Alimento, e conseqüentemente, empregos para a comunidade. E, igualmente, moradia. Naquele tempo, há mais de dois mil anos atrás, esse era o conteúdo mínimo desejável de uma Cidade.

Preleciona o inciso IX do art. 2º que deve haver uma justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização.

O Inciso X do mesmo artigo exige uma adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais.

Moral e eticamente, essa exigência não precisaria ser feita, pois é dever de qualquer Administração Pública, investir seus recursos públicos focando o bem-estar social para todas as classes sociais.

Por seu turno, o inciso XII do art. 2º, obriga a se promover a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico.

Todavia, não se pode olvidar que aos particulares, cabe o dever de preservar o patrimônio cultural de que têm propriedade. O Estado fomenta, mas o particular não se desincumbe do seu dever.

Destarte, o inciso XIII do art. 2º fixa a necessidade de se ouvir o Poder Público Municipal e a população interessada, quando houver implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população. Mais uma vez, neste ponto, se coloca

²² "Erravam na solidão do deserto, sem encontrar caminho de cidade habitável. Consumidos de fome e de sede, sentiam desfalecer-lhes a vida. Em sua angústia clamaram então para o Senhor, ele os livrou de suas tribulações. E os conduziu pelo bom caminho, para chegarem a uma cidade habitável. Agradeçam a Senhor por sua bondade, e por suas grandes obras em favor dos homens; Porque dessedentou a garganta sequiosa, e cumulou de bens a que tinha fome." (Salmo 106: 4-9)

a necessidade de viabilizar a participação da sociedade civil no contexto de implantação das *smart cities*.

Essa diretriz trazida pelo Estatuto da Cidade é reflexo da democracia participativa e do princípio da consensualidade, pretendendo esta lei que seja feita uma comunicação à população de que serão implantados empreendimentos modificadores do meio ambiente.

Prevê o inciso XVI a necessidade de se tratar com isonomia os agentes públicos e privados quando da promoção de empreendimentos e atividades relativas ao processo de urbanização, pois só dessa forma estar-se-á atendendo o interesse social, ou seja, o particular se sentindo igual ao público, poderá pleitear a sua participação nesse processo de urbanização; entretanto, para que isso ocorra, é necessário, antes, que o público seja o primeiro a procurar diminuir essa distância que o separa do particular.

Por fim, cabe dizer que o art. 182 da Constituição Federal ainda fixa os objetivos da política de desenvolvimento urbano, que é a ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes.

Para saber quais são as funções sociais da cidade, basta uma interpretação analógica ao artigo 6º da Constituição Federal, que traz como direitos sociais: a) direito à educação; b) direito à saúde; c) direito ao trabalho; d) direito à moradia; e) direito ao lazer; f) direito à segurança; g) direito à previdência social; h) direito à proteção à maternidade e à infância; e, i) direito à assistência aos desamparados.

Portanto, a cidade só completará sua função social quando oferecer todos esses direitos aos cidadãos, que embora seja por enquanto utópico, é uma norma programática na Constituição Federal de 1988, devendo gradativamente promover políticas para atendimento desses direitos sociais.

A cidade ainda tem por fim garantir o bem-estar dos seus habitantes. Essa garantia se liga diretamente aos citados direitos. O que a Constituição quis pregar é a efetiva imposição do Estado de bem-estar, ou *Welfare State*, que é um dos anseios da população brasileira.

BOBBIO (2003), p. 416, define o Estado de bem-estar ou Estado Assistencial, como aquele que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão, não como caridade mas como direito político. Nessa perspectiva, o que se denota do art. 182, *caput*, da Carta Magna é que ele acolhe a Cidade do bem-estar como princípio constitucional.

Em relação ao art. 182, §2º da Constituição Federal, pode-se dizer que nele se estabelece a necessidade da propriedade urbana atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, para que assim cumpra a sua função social.

A promulgação do Estatuto da Cidade, sem dúvida alguma, deu uma sobrevida ao Direito Urbanístico no Brasil e ampliou o interesse pela proteção do Direito à Cidade.

Não está se afirmando que o Direito Urbanístico se encontrava em "estado vegetal", mas sim que ele precisava se revigorar.

Com o Estatuto da Cidade, se criaram expectativas não só para os juristas que se dedicavam ao estudo do Direito Urbanístico, mas agora também os Urbanistas, que devido a não obrigatoriedade legal do Plano Diretor, se viam de certo modo, "de mãos atadas", diante da falta de regulação inserida no contexto das Cidades.

b) Inteligência e criatividade humana: cidades inteligentes

A nomenclatura “Cidades Inteligentes” surgiu no início dos anos 2000, segundo SANTELLA (2016), p. 25, com motivações decorrentes da necessidade de resolução dos problemas estruturais que enfrentam as grandes metrópoles e as megalópoles, principalmente as que se encontram em estágio de conurbação.

No Brasil, o grupo de estudos pertencentes à Fundação Getúlio Vargas (FGV), denominado URBANTEC (2017), elucida o conceito de Cidade Inteligente, admitindo o seu surgimento consubstanciado no fato de que “o enfoque atual é na cidade criativa e sustentável, que faz uso da tecnologia em seu processo de planejamento com a participação dos cidadãos”²³

Esses pesquisadores explicam que a Cidade Inteligente na União Europeia, conhecida pela sua nomenclatura em inglês, “Smart Cities”, são sistemas de pessoas interagindo e usando energia, materiais, serviços e financiamento para catalisar o desenvolvimento econômico e a melhoria da qualidade de vida. Esses fluxos de interação são considerados inteligentes por fazer uso estratégico de infraestrutura e serviços e de informação e comunicação com planejamento e gestão urbana para dar resposta às necessidades sociais e econômicas da sociedade. Consideram ainda, que há dez dimensões a serem consideradas como indicadores do nível de inteligência de uma cidade, quais sejam: “governança, Administração Pública pública, planejamento urbano, tecnologia, o meio-ambiente, conexões internacionais, coesão social, capital humano e a economia”.²⁴

TIRONI (2017), após aduzir que a “cada mês cerca de 200 mil pessoas passam a viver em cidades, e a ONU prevê que em 2050 setenta por cento da população mundial viverá em zonas urbanas”, adverte para o fato de que as grandes cidades inexoravelmente terão que se adequar a este modelo de Cidade Inteligente. Segundo ele, se não quiserem sucumbir ao caos que pode produzir uma demanda por serviços cada vez mais incontrolável, se vêem obrigadas a transformar-se no que se tem chamado de Smart Cities, desenvolvendo infraestruturas mais eficientes, inteligentes e respeitosas em relação ao meio ambiente. Atualmente todas as iniciativas urbanas devem ter a

²³ URBANTEC/FGV. O que é uma cidade inteligente? in: <http://fgvprojetos.fgv.br/noticias/o-que-e-uma-cidade-inteligente>, (20.2.2017).

²⁴ URBANTEC/FGV. O que é uma cidade inteligente? In: <http://fgvprojetos.fgv.br/noticias/o-que-e-uma-cidade-inteligente>, (20.2.2017).

categoria *smart*, desde a experiência de passeio em uma praça pública, a forma de consumir no restaurante, até o caixa automático de um banco”.

Desta forma, a premissa na qual se baseia essa ideologia é simples: as cidades podem se tornar lugares mais eficientes, habitáveis e sustentáveis por meio do uso de infraestruturas tecnológicas, o que incluiria um aparato de quatro áreas necessárias à concretização dos seus objetivos: a) desenvolvimento urbano sustentável (*smart environment*); b) incorporação de tecnologias de informação e comunicação na gestão de serviços (*smart economy*); c) geração de espaços participativos de colaboração e inovação (*smart governance*); d) formação de cidadãos responsáveis (*smart citizen*). (TIRONI, 2017).

Nessa perspectiva e para alcançar tais objetivos, acaba sendo inevitável concluir, como já o fez SANTAELLA (2016), 25, que “o campo de que, em princípio, depende o desenvolvimento das cidades inteligentes é o campo da governança e Administração Pública governamental”.

Por sua vez, SALGADO (2016), p. 39, apresenta essa necessidade de se falar em “inteligência” para algo não humano, ou seja, intitula-se de inteligente “às criações humanas e/ou empilhamentos, depósitos dessas criações, caso das cidades”.

De outra parte a linha traçada por BASTOS e MITTERMAYER (2016) p. 54, conclui que a inteligência deve ser compreendida como um movimento, um processo, algo em transformação e em mutação. Dentro do contexto das cidades inteligentes, a inteligência está aberta a diferentes possibilidades. Ela toma diferentes rumos porque é um desdobramento de diversos interesses e proposições. O que há nas cidades inteligentes é a coexistência de inúmeras inteligências que operam ao mesmo tempo e de forma engenhosa.”

Pensar a cidade para obtenção de resultados planejados parece um dos objetivos principais desse modelo de Cidade Inteligente, o que, e acaba por ser condizente com a boa política de planejamento, desejada pela Constituição Federal de 1988, quando no seu art. 182 trouxe a necessidade de se fixar uma política de desenvolvimento urbano com o objetivo de “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”, o que foi refletida infraconstitucionalmente na elaboração do Estatuto da Cidade e na criação do Ministério das Cidades para ser o principal executor dessas políticas públicas.

Não obstante, ao colocar as cidades em modelos padronizados não estaria a se criar um plano robotizado para o desenvolvimento urbano, sem respeitar as características antropológicas, sociológicas e culturais dos indivíduos que compõem a cidade. Por consequência, embora louvável qualquer iniciativa de melhorar o quadro perverso do urbanismo atualmente existente, tem se questionado se não seria essa proposta uma ameaça à democracia, ou se não seria apenas para atender a interesses corporativos de empresas de tecnologia, conforme BORBA (2017).

Em relação à primeira questão, POOLE, em artigo publicado no *The Guardian*, argumenta que o conceito de Cidade Inteligente está se cristalizando em torno de um grande robô eficiente, do qual estaria excluindo o cidadão, e criando ideais utópicos em relação à sua absorção pela sociedade. Questiona-se ainda a quem serviria esse modelo, concluindo que “uma grande rede de sensores para milhões de ouvidos, olhos e narizes eletrônicos - também potencialmente permite que a cidade do futuro seja uma arena para vigilância perfeita e permanente por quem quer que tenha acesso aos dados”.

Desencadearia, portanto, em questões de sobreposição às garantias individuais do cidadão, principalmente a privacidade.

BORJA (2017), por sua vez, também critica a concepção de Cidade Inteligente, na seguinte passagem: “Houve alguma vez cidades estúpidas? Teriam sobrevivido as cidades, a construção humana mais complexa, se não houvesse inteligência coletiva? (...) Agora a moda é descobrir que as cidades podem ser inteligentes. Se não fossem não existiriam. Na realidade se trata de um reclame publicitário.”²⁵

O autor afirma, ainda, que com os conceitos de economia pós-industrial e filosofia pós-modernista, surgiram, decorrentes do modismo, novos conceitos urbanos desnecessários e de certa forma confusos: “a cidade informacional, a cidade competitiva, a cidade do conhecimento, as cidades criativas e agora a moda é a cidade inteligente”. Em relação a essa última, o autor assegura que o conceito de cidades inteligentes é simplesmente uma vulgaridade ridícula própria apenas de uma publicidade descarada a serviço de empresas pouco escrupulosas e com clientes impressionados diante da novidade da “tecnologia”. (BORJA (2017).

Para o autor, a inteligência urbana não pode se resumir à aquisição dos últimos produtos da tecnologia, devendo optar apenas por aqueles compatíveis com “as habilidades de comportamentos da população, o bom uso dos recursos, as prioridades sociais, as características morfológicas e o funcionamento do território”. Por fim, ele adverte e conclui que as cidades não merecem estes adjetivos que obstruem a visão da realidade, facilitam negócios às empresas que possuem tecnologia e justificam operações

²⁵ Prossegue BORJA (2017): “Houve tantas cidades adjetivadas para atrair atenção e nenhuma memorável. Pela simples razão de que a todas é mais ou menos possível aplicar o adjetivo promissor. Além disso, este adjetivo quase nunca é qualificativo, mas define a cidade. Cidades patrimônio da humanidade? A UNESCO encontrou um nicho bastante lucrativo, é preciso pagar pelo título. Em toda parte encontramos patrimônio. Cidades globais? Saskia Sassen selecionou, a princípio, três cidades globais, mas outras grandes cidades protestaram. Ampliou a lista, mas teve então que estabelecer categorias. Quase ninguém estava satisfeito. Além disso, se muitas eram globais, perdia-se o valor de distinção. No final, assim como Castells, acabou reconhecendo que todas as cidades, algumas mais e outras menos, têm dimensões e elementos globalizados. Outras cidades se apoiam em diversos rankings que as favorecem. Cidades de negócios, atrativas para os investimentos, com áreas de prestígio para a localização de entidades financeiras e sedes de grandes empresas. Outras cidades vendem sua qualidade de vida, sua oferta cultural ou de lazer, sua imagem, seu potencial inovador, ou se autoproclamam “ecológicas” ou “sustentáveis”. Ou simplesmente se legitimam por sua história. Outras oferecem uma posição que favorece os intercâmbios, as conexões globais, sua inserção em uma macrorregião econômica. Enfim, todas as cidades acabam vendendo os mesmos atributos, todas possuem seus atrativos, todas se vestem de seda e se colocam a venda”.

caras dos responsáveis políticos. Melhor seria ocupar-se com as cidades e os sistemas de cidades e não a urbanização cega e desregulada, reduzir as desigualdades sociais e garantir a qualidade de vida das populações urbanas e recuperar conceitos mais claros como o direito à cidade e a gestão democrática do território” (BORJA (2017),

De qualquer forma, não há como negar que, aceitando-se a existência de cidades inteligentes, como é o nosso caso, há de se fundamentar a concepção desta categoria de cidade no tripé: Tecnologia da Informação, Gestão e Direito. Sobre este último já nos detivemos no presente artigo, demonstrando amplamente, de que forma o ordenamento jurídico legal pode criar institutos que amparam as iniciativas municipais, como é o caso da Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Cidade, diplomas que avançaram e que são bastante elogiados na visão urbanística que apresentam.

No que concerne à Tecnologia da Informação LEITE e AWAD (2012), p. 172. ponderam que “as cidades inteligentes atuarão como um sistema de redes inteligentes conectadas”, pois, ainda segundo os autores “as contínuas inovações em tecnologia da informação e comunicação propiciem inúmeras revoluções urbanas”.

Todavia, para desenvolver essa capacidade de inovação é necessária uma sociedade baseada no conhecimento, que estimule a competitividade e a prosperidade. Os autores fixam os seguintes parâmetros fundamentais para atingir esses objetivos: (a) presença da nova economia; (b) sistema de mobilidade inteligente; (c) ambientes inovadores/criativos; (d) recursos humanos de talento; (e) habitação acessível/diversificada; (f) e-governance, que deverá incorporar sistemas inteligentes e integrados de governo, transporte, energia, saúde, segurança pública e educação. (LEITE e AWAD (2012), p. 172.)

A tecnologia resulta da conjugação de um conjunto de elementos estruturais e funcionais, dependendo fortemente dos conhecimentos científicos e técnicos. Assim, as cidades assumem-se como meios de inovação tecnológica, onde o “virtual” assume papel de preponderância.

As cidades digitais compreendidas como o primeiro patamar das cidades inteligentes, fazem parte de uma nova forma de distribuição do fluxo informacional da sociedade (SOUZA e JAMBEIRO (2005) e assim se projetam para auxiliar na construção destas últimas.

Por derradeiro, o terceiro elemento do tripé encontra-se na Gestão, a qual permite a operacionalização e administração de uma cidade inteligente. A gestão, aqui colocada, representa efetivar os desdobramentos da atuação eficiente da Administração Pública. Cuida-se de propor objetivos e metas, dentro de um planejamento estratégico que permita apurar as prioridades municipais para implementação de projetos. Arelados à correta Gestão há de se fomentar os instrumentos de controle, como forma de aumentar a efetividade constitucional.

c) Experiência internacional: caso do Central Park em Nova York

As PPPs têm sido adotadas como potencial modelo de absorção de recursos privados para promoção de projetos urbanísticos em todos os setores, seja transporte, lazer, habitação, tecnologias, sustentabilidade ambiental entre outros.

Um dos projetos de sucesso que envolveu sustentabilidade ambiental e lazer ocorreu na cidade de Nova York, com a existência de uma PPP para restauração, conservação e manutenção do Central Park, que devido aos seus 843 hectares se encontrava praticamente abandonado.

A estrutura jurídica de formatação foi implementada através de uma forma de Concessão Patrocinada entre a Prefeitura e a Central Park Conservancy, esta uma organização privada sem fins lucrativos criada na década de 1980 especificamente para gerenciar o Central Park, recebendo doações de empresas e cidadãos para alcançar o orçamento anual de 67 (sessenta e sete) milhões de dólares necessários para a sua manutenção.

A Prefeitura é responsável pelo repasse desse valor, e para realizar a regulação do serviço firmou com a Central Park Conservancy um Contrato de Gestão onde prioriza suas metas e acompanha as despesas e os investimentos que são empenhados no projeto.

Em termos administrativos, a Central Park Conservancy implantou o sistema de gestão de zonas, atualmente divididas em 49 (quarenta e nove), onde cada uma tem um Jardineiro responsável para liderar a sua equipe, isso garante a descentralização da gestão e consequentemente o sucesso do projeto (BERGER, 2017)

Os principais resultados positivos que podem ser apontados para os investidores nesses mais de 30 (trinta) anos de PPP foram os seguintes: a) enorme valorização dos imóveis lindeiros; b) desenvolvimento de projetos econômicos no seu espaço, tais como publicidades, lazer, lanchonetes e restaurantes; c) diminuição drástica da criminalidade no Central Park e em seu entorno; d) aumento de receitas fiscais decorrentes de tarifas e em virtude de valorização dos imóveis.

PIVA (2017), em estudo sobre o tema, trouxe alguns números importantes e apresentou as vantagens desse modelo de gestão implantado em 1980 no Central Park aduzindo que para a comunidade local, a vantagem é ter um parque bem gerido. Para os empresários não há um retorno financeiro direto. Mas a *Central Park Conservancy* indica que a manutenção do espaço rende US\$ 1 bilhão anuais à cidade. O valor é a soma das atividades econômicas (US\$ 390 mi) às receitas fiscais e valorização imobiliária (US\$ 650 mi) oriundos do parque. Só em 2014, a ONG estima que as propriedades próximas ao parque foram valorizadas em US\$ 26,07 bilhões.”

Não obstante, recentemente (em 2016), a Central Park Conservancy fechou o ano com um déficit superior a 1 (um) milhão, tendo que demitir 8% de sua equipe, num total

de 30 (trinta) funcionários, o que fez a empresa suportar um declínio de 40 (quarenta) milhões dos seus ativos²⁶.

Em contrapartida, a avaliação positiva que se apresentou, tomando como referência os benefícios trazidos pelo Projeto, por si só, já é suficiente para justificar o seu investimento.

d) Experiência no Brasil: Cidade de Croatá

De qualquer forma, recebendo críticas ou não, esse modelo tem se difundido, no Brasil e em Croatá, distrito do município de São Gonçalo do Amarante, no Ceará, empresas israelenses estão construindo a primeira *smart citie* social do Brasil. Trata-se do protótipo real de uma cidade inteligente para população de baixa renda que atenderá a uma área com forte déficit habitacional e de outros serviços. A primeira fase do projeto está em construção e com 80% dos lotes vendidos. Devia ficar pronta em dezembro de 2017, mas só foi entregue a 1ª fase²⁷.

A nova cidade vai se chamar “Croatá Laguna Ecopark” e é uma iniciativa conjunta do “StarTAU”/Centro de Empreendedorismo da Universidade de Tel Aviv, com duas organizações italianas, a Planeta Idea e a SocialFare/Centro para Inovação Social, que compartilham esforços para gerar impacto social e tecnológico.

Segundo BARATTO (2017) o complexo será construído dentro dos padrões do programa governamental “Minha Casa, Minha Vida” e receberá aproximadamente 25 mil habitantes. A responsável pelo projeto é a empresa italiana Planet, que pretende que a *Smart City Laguna* seja apresentada como um modelo referencial para novas cidades, inteiramente preparada para atender às necessidades do seu morador – com áreas de lazer, comércio e serviços públicos. Ainda, de acordo com os seus administradores, a “*Smart City Laguna* deve ser reconhecida por sua estrutura projetada com tecnologia de ponta”. Ou seja, o transporte público, as áreas de entretenimento, a geração de energia, e o tratamento da qualidade do ar são aspectos que incorporam essas novas tecnologias para melhor atender as demandas dos moradores.

A cidade contará com áreas com *wi-fi* grátis. Seus cidadãos aderirão ao *Planet app*, que pode ser acessado por todos os moradores por meio de seus smartphones. O *app* possibilitará o devido controle do consumo de luz e água, bem como recebimento de informações acerca de eventos, e informações sobre a qualidade do ar e da água e, ainda. O aplicativo também permitirá a interação com moradores na utilização de meios de transporte compartilhados como: bicicletas e carros e ainda a indicação da localização de vagas para carros. (GUIMARÃES e TONETTO (2017).

²⁶ OTIS, Ginger Adams, 2017, Central Park Conservancy boss Doug Blonsky to depart after 32 years. In: New York Daily News, in: <http://www.nydailynews.com/new-york/central-park-conservancy-boss-depart-32-years-article-1.3226050>

²⁷ Dados extraídos do site: <http://alefnews.com.br/israelenses-constroem-cidade-inteligente-no-ceara/>, (2.11.2017)

5. Possibilidade de implementação de projetos de cidades inteligentes por meio de parcerias público-privadas e de consórcios públicos

A maneira mais eficiente de dignificar a vida de bilhões de pessoas ao redor do mundo, sem sombra de dúvidas, está na implementação de melhorias na forma como as cidades funcionam.

Para este objetivo, as Parcerias Público-Privadas, aliadas a outras estratégias governamentais, surgem como uma hipótese legal que, se levada a bom termo e dentro de um aparato legal, muito auxiliam os gestores públicos.

As Parcerias Público-Privadas, se bem planejadas, têm o potencial de auxiliar no incremento de investimentos em infraestrutura que, de outra forma e se dependesse apenas de recursos públicos, não sairiam do papel e não passariam de projetos.

A utilização das Parcerias Público-Privadas nos municípios, como alternativa para superar a crise urbana, deve ser objeto de ampla discussão. Todavia o principal obstáculo a ser superado, na aplicação desses Contratos de Concessão nos Municípios, além do aparato burocrático é claro, como já sustentamos neste artigo, é o que sobreveio em decorrência do próprio art. 2º, § 4º, inciso I da Lei 11.079/2004, ou seja, o valor mínimo para contratação ser de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais). Esta é uma questão de vital importância.

No nosso entender, pode-se optar pelo caminho mais arriscado para resolver tal situação e que aqui já expusemos, que se trata de interpretar que a Lei 11.079/2004, em que pese ser reconhecida como norma geral, não ser obrigatória a Estados e Municípios, neste aspecto concernente ao valor mínimo de contratação.

Outra alternativa que por ora propomos e que parece ser mais segura, envolve a celebração de consórcios públicos entre entes federados, para que, nos termos da Lei 11.107/2005, celebrem o ajuste com vistas a somar esforços e cooperarem entre si para que o valor mínimo de contratação, mencionado na Lei nº 11.079/2004, seja alcançado.

O consórcio público assumiu feição diferenciada da de um simples ajuste, como era tratado antes do advento da Lei nº 11.107/2005. Assemelhava-se a um convênio, visto sua vocação para ser um instrumento de cooperação entre entes do mesmo nível de governo (por exemplo, entre Municípios ou entre Estados,

Com o advento da Lei nº 11.107/2005 passou-se a permitir a criação de consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público e também de direito privado (art. 6º, I e II). Assumindo personalidade de direito público, chamados pela Lei 11.107/2005, de *Associações públicas*, serão autarquias plurifederativas, já que as entidades da Administração Indireta com personalidade jurídica de direito público são sempre consideradas espécies de autarquias (ARAGÃO (2013, pp. 721-722).

De outra parte, sendo criados com personalidade jurídica de direito privado, se assemelham às Fundações Governamentais de direito privado. Entretanto, é de se deixar claro que a criação do consórcio deverá *autorizada* por lei, nos termos do art. 37,

XIX, da Carta Federal de 1988. A lei não cria o consórcio, apenas o autoriza, visto que a criação efetiva se dá por meio do registro dos seus estatutos sociais no cartório de títulos e documentos.

Feitas as considerações retro, observamos que não é objetivo por ora, discorrer longamente a respeito da figura dos consórcios públicos, pois não é a proposta do presente artigo, mas apenas, indicá-lo como instrumento hábil e seguro para que os Municípios, em especial os menores, que dispõem de poucos recursos, fazerem uso desta sistemática.

Desta feita, parece ser viável que a criação de um consórcio público possa celebrar contrato de Parceria Público-Privada em montante compatível com as necessidades individuais de cada ente consorciado, que somados cheguem a R\$ 20 milhões, de forma a que o (s) parceiro (s) privado (s) possa reputar atraente a negociação que se propõe.

Os Municípios envolvidos poderão optar, num esforço coletivo e por meio de um consórcio público, pela celebração de contratos de Parceria Público-Privada, almejando a execução de obras e serviços de vital importância concernentes à infraestrutura necessária que os alce à categoria de cidades inteligentes.

6. Conclusões

O Estado, antes com funções precipuamente provedoras e, nos dias atuais, com feições predominantemente reguladoras, teve de se adequar a novas práticas de contratação, que honrassem instrumentos mais eficientes e adequados às necessidades, tanto das partes envolvidas, Poder Público e empresas privadas, quanto da sociedade civil, verdadeira beneficiária da atuação da Administração Pública.

Segmentos de prestação de serviços públicos, bem como de execução de obras públicas, no passado encampados integralmente pelo Estado, passaram a ser delegados à iniciativa privada, exigindo a mudança de paradigmas até então vigentes, no sentido de que é preciso envolver os diversos atores fora da seara do Poder Público.

Com vistas a atender estas mudanças, surge o instituto das Parcerias Público-Privadas, tendo por missão auxiliar na desoneração do Poder Público, em geral detentor de poucos e escassos orçamentos, os quais, muitas vezes, já se encontram integralmente comprometidos com o pagamento de dívidas há muito contraídas.

A tradicional figura do contrato administrativo, em que pese, manter-se incólume em seu significado e regime jurídico, foi recebendo novas feições e se moldando a alterações legislativas, na busca de melhor atender às expectativas sociais.

O grande desafio para a Administração Pública está em definir em que momento deve utilizar as Parcerias Público-Privadas, visto que não é possível defender que, existindo a possibilidade do próprio Estado arcar com o ônus da execução de obras e prestação de serviços públicos, deveria ele deixar de o fazê-lo e, em consequência, deixar de se beneficiar com a exploração de tais atividades, partindo para um modelo de

negócio, trazido pelas PPPs, no qual a divisão do resultado é igualmente compartilhada entre os contratantes.

Trazendo as Parcerias Público-Privadas para o contexto das *smart cities* vê-se, de forma bastante clara, as oportunidades que surgem, em especial nos Municípios, de incrementar projetos por vezes distantes de serem efetivados.

Para que uma cidade seja considerada inteligente é necessário uma gestão integrada, com vários atores envolvidos (Poder Público, mercado e sociedade civil), que deverão contar com uma infraestrutura mínima e recursos direcionados ao desenvolvimento de tecnologias avançadas, dentro de padrões de sustentabilidade e desenvolvimento urbano, bem como de um sistema legal que ampare os procedimentos e projetos a serem intentados.

A *smart citie* não se define apenas pelo seu caráter digital, pois outros aspectos devem ser levados em consideração, como a capacidade de implementação de práticas inclusivas, gestão de equipamentos públicos, participação democrática da sociedade civil em projetos que envolvem questões sociais, entre outros aspectos.

Evidentemente que um fator crucial diz respeito ao financiamento dos projetos de PPPs, que, vindo da iniciativa provada desoneram os cofres públicos, mas obrigam o acompanhamento e fiscalização por parte do Poder Público e, também da comunidade que deles se beneficiam.

Na busca de recursos, o Poder Público, principalmente o municipal, encontra um entrave criado pela Lei nº 11.079/2004 que estabeleceu um limite mínimo de 20 milhões para que os contratos de Parceria Público-Privada sejam assinados. A doutrina brasileira se divide em defender que a citada Lei, neste aspecto, não seria norma geral, criando-se para os Municípios a possibilidade de ter sua própria legislação a respeito, estabelecendo limites inferiores ao federal.

Demonstrando que o caminho mais prudente é entender que a Lei 11.079/2004, é *norma geral* e define o limite de R\$ 20 milhões para todos os entes federados, encontra-se em tramitação na Câmara Federal o Projeto de Lei nº 472/12, alterando mencionado valor e estabelecendo para Estados o montante de partida de R\$ 10 milhões e para os Municípios, R\$ 5 milhões.

Entretanto, cumpre aclarar que, tendo em vista o longo caminho que se percorre no legislativo brasileiro federal para aprovação de projetos de lei, certamente não poderão os Municípios aguardar que a aprovação ocorra, para que seus projetos de PPPs saiam do papel. Uma alternativa que se constrói no presente artigo é que as entidades municipais façam uso do instituto dos Consórcios Públicos, visto ser instrumento de cooperação, passível de conferir contornos legais favoráveis à implantação de cidades inteligentes.

Em conclusão, entende-se ter restado demonstrada a pertinência e importância dos contratos de Parceria Público-Privada posto que, se bem planejados, apresentam a vantagem de auxiliar no incremento de investimentos em infraestrutura em regiões,

muitas vezes não atendidas pelo mínimo necessário a uma vida digna à sua população. Ademais, mesmo para Municípios mais beneficiados cultural e socialmente, mas que ainda almejam transformações e avanços tecnológicos e sustentáveis, no sentido de se transformarem em *smart cities*, as Parcerias Público-Privadas se apresentam como uma garantia de retorno positivo diante dos necessários indicadores para se configurarem como cidades inteligentes.

Referências

- ALVARENGA, José Eduardo de, 2005, *Parcerias Público-Privadas: Comentários à Lei Brasileira*, São Paulo: M. A. Pontes.
- ARAGÃO, Alexandre Santos, 2013, *Direito dos Serviços Públicos*, 4^a. ed. Rio de Janeiro, Forense.
- ARAÚJO, Joaquim Filipe Ferraz Esteves; SILVESTRE, Hugo Consciência, 2017, “As parcerias público-privadas para o desenvolvimento de infraestrutura rodoviária: experiência recente em Portugal”. In: *Revista de Administração Pública*, vol. 48, ano 3, Mai./Jun. de 2014, in: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122014000300003. (29.10.2017)
- BARATTO, Romullo, 2017, *Primeira cidade inteligente do Brasil será inaugurada ainda este ano*, in: <http://www.archdaily.com.br/br/804172/primeira-cidade-inteligente-do-brasil-sera-inaugurada-ainda-este-ano>, (20.2.2017).
- BASTOS, Marcus; MITTERMAYER, Thiago, 2016, “Cidades Inteligentes ou Cidadãos Pensantes? Entre a eficiência máxima e o bem comum”, in: SANTAELLA, Lucia (Org.). *Cidades Inteligentes: Por que, para quem?* São Paulo, Estação das Letras e Cores, p. 54.
- BERGER, Joseph, 2004, “Nurturing the People Who Help Central Park”. In: *The New York Times*, In: <https://www.nytimes.com/2004/11/11/nyregion/11profile.html?scp=1&sq=Nurturing%20the%20People%20who%20help%20central%20park&st=cse> (02.11.2017)
- BORJA, Jordi, 2017, *Cidades inteligentes ou vulgaridade de interesses?* (Tradução de Naiane Marcon), in <http://www.archdaily.com.br/br/601260/cidades-inteligentes-ou-vulgaridade-de-interesses> (19.2.2017).
- CÉPEDA, Gladys Camacho. “La regulación de la colaboración público-privada para la provisión de servicios y de infraestructuras: Examen del modelo reformulado por la Ley n° 20.410.” In: *Derecho Público Iberoamericano/Revista del Centro de Justicia Constitucional*. Ano 2, N. 4 (abril 2014): pp. 141-164. In <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/138892> (19.2.2017)

- COUTINHO, Diogo Rosenthal, 2011, “Parcerias Público-Privadas: Relatos de Algumas Experiências Internacionais”, in: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*, 2ª ed. São Paulo, Malheiros, p. 57-67.
- DE PLÁCIDO E SILVA, 2004, *Dicionário vocabulário jurídico*, 25ª. ed. Rio de Janeiro, Forense.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 2001, *Direito Administrativo*. 13ª. ed. São Paulo, Atlas
- _____ 2017, *Direito Administrativo*, 30ª. ed., Rio de Janeiro, Forense.
- _____ 2012, *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas*, 9ª. ed. São Paulo, Atlas.
- FURTADO, Lucas Rocha, 2005, *Curso de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, Fórum
- GASPARINI, Diógenes, 1988, *O Município e o Parcelamento do Solo*, 2ª. ed. São Paulo, Saraiva.
- GRAU, Eros Roberto, 1990, “Poder discricionário”, in: *Revista de Direito Público*, n. 93. São Paulo, RT, pp. 41-43.
- HARVEY, David, 2014, *Cidades Rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana*, São Paulo, Martins Fontes.
- JUSTEN FILHO, Marçal, 2014, *Curso de Direito Administrativo*, 10ª. ed. São Paulo, RT,
- LEFEBVRE, Henri, 2001, *O Direito à Cidade*, São Paulo, Centauro.
- LEITE, Carlos; AWAD, Juliana di Cesare Marques, 2012, *Cidades Sustentáveis, Cidades Inteligentes: desenvolvimento sustentável num planeta urbano*. Porto Alegre, Bookman
- MAGRO, J. M., 2015, Vassallo. *Asociación Público Privada en América Latina - Aprendiendo de la experiencia*. Bogotá: CAF. In <http://scioteca.caf.com/handle/123456789/758> (22.10.2017).
- MARQUES NETO, Floriano Azevedo, 2011, “As Parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental”, in: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.), *Parcerias Público-Privadas*, 2ª. ed. São Paulo, Malheiros, pp. 276-325.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de, 2004, *Curso de Direito Administrativo*, 17ª ed, São Paulo, Malheiros.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, 1988, “Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais”, in: *Revista de Informação Legislativa*, v. 25, n.100, pp. 127-162.
- MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo, 1997, *Curso de Direito Administrativo*, 11ª. ed, Rio de Janeiro, Forense, pp. 75-76.
- NIEBUHR, Pedro de Menezes, 2008, *Parcerias Público-Privadas: Perspectiva Constitucional Brasileira*, Belo Horizonte, Fórum.

- PIVA, Naiady, 2016, “PPPs para a gestão de parques funcionam?” In: *Gazeta do Povo*, in: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/futuro-das-cidades/ppps-para-a-gestao-de-parques-funcionam-4f9gg92xh219jph747p6ezz3b> (30.10.2017).
- OLIVEIRA, Vitor Garcia de, 2017, *Cidades mais humanas: o Direito à Cidade e a importância dos espaços públicos* - Por que o direito à cidade é essencial para a construção de cidades pensadas pelas e para as pessoas, in: <https://trendr.com.br/cidades-mais-humanas-o-direito-%C3%A0-cidade-e-a-import%C3%A2ncia-dos-esp%C3%A7os-p%C3%BAblicos-7ff261a293d4> (02.11.2017).
- PEREZ, Marcos Augusto, 2005, “Parceria Público-Privada”, In: www.manesco.com.br/artigos (20.02.2005)
- POOLE, Steven, 2014, *The truth about smart cities: “In the end, they will destroy democracy”*. In: <https://www.theguardian.com/cities/2014/dec/17/truth-smart-city-destroy-democracy-urban-thinkers-buzzphrase>. (20.2.2017).
- SALGADO, Marcelo de Mattos, 2016, “A Inteligência na Sociedade Positiva: Dos Humanos às Cidades”, In: SANTAELLA, Lucia (Org.), *Cidades Inteligentes: Por que, para quem?* São Paulo, Estação das Letras e Cores.
- SANTAELLA, Lucia, 2016, ‘As ambivalências das Cidades Inteligentes’ In: SANTAELLA, Lucia (Org.), *Cidades Inteligentes: Por que, para quem?* São Paulo, Estação das Letras e Cores.
- SAVI, Erika Monteiro de Souza e, 2007, Parcerias Público-Privadas (PPPs) na Irlanda e no Chile: alternativa de alavancagem para o desenvolvimento em infraestrutura no cenário brasileiro, Escola de Engenharia de São Carlos da Universidade de São Paulo.
- MAGRO, J. M. Vassallo, 2015, *Asociación Público Privada en América Latina - Aprendiendo de la experiencia*. Bogotá: CAF, In: <http://scioteca.caf.com/handle/123456789/758>, (22.10.2017).
- SCHWIND, Rafael Walbach, 2007, “Breves comentários acerca da Lei de PPP do Município de São Paulo”, *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 9, in: <http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=9&artigo=764&l=p t#> (05.11.2017).
- SILVA, Cláudio Moura, 2009, *A Parceria Público-Privada em sistemas metroferroviários*, Biblioteca Digital da Câmara de Deputados, in: <http://bd.camara.gov.br>, (30.10.2017).
- SILVA, José Afonso da, 1995, *Direito Urbanístico Brasileiro*, 2ª ed. São Paulo, Malheiros.

SOUTO, Marcos Juruena Villela, 2005, *Direito Administrativo das Parcerias*, Rio de Janeiro, Lumen Juris.

SOUZA, Leandro; JAMBEIRO, Othon (2005), “Cidades Digitais e Controle da Informação”, *Actas do III Congresso Panamericano de Comunicação*, Buenos Aires.

SUMMERHILL, William, 1998, “Market Intervention in a Backward Economy: Railway Subsidy in Brazil, 1854-1913”, in: *The Economic History Review*, Vol. 53, n. 3 ;; p. 542-568. In: https://www.williamsummerhill.com/s/Market_Intervention_in_a_Backward_Econo.pdf(19.10.2017)

SUNDFELD, Carlos Ari, 1995, *Licitação e Contrato Administrativo*, 2ª. ed., São Paulo, Malheiros Editores.

TÁCITO, Caio, 1993, “O Equilíbrio Financeiro nos Contratos Administrativos”, in: *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, NDJ, pp. 162-173.

TANAKA, Sônia Yuriko, 2006, “Contratos Administrativo”, in: CARDOZO, José Eduardo Martins et alli (coord.), *Curso de Direito Administrativo Econômico*, Vol. III. São Paulo, Malheiros Editores, pp. 706-720.

TAVARES, Nuno Ricardo Teixeira, 2012, *Parcerias Público-Privadas: Uma Reflexão*. Mestrado Integrado em Medicina da Universidade do Porto.

TIRONI, Martin, 2017, *Smart Cities ou Smart Citizens? Reflexões a partir de uma perspectiva sociotécnica* (Traduzido por Naiane Marconi), in: <http://www.archdaily.com.br/br/01-163101/smart-cities-ou-smart-citizens-reflexoes-a-partir-de-uma-perspectiva-sociotecnica>. (25.2. 2017).

URBANTEC/FGV, 2017, *O que é uma cidade inteligente?* In: <http://fgvprojetos.fgv.br/noticias/o-que-e-uma-cidade-inteligente> (20.2.2017).

O VELHO (E O) DIREITO PENAL (ALGUNS APONTAMENTOS PARA A DISCUSSÃO EM TORNO DA TUTELA PENAL DOS IDOSOS)

Marlene Neves¹

1. Considerações iniciais

Estamos a ficar velhos! Quando somos infantes, esta afirmação soa a elogio porque sinónimo de crescimento e aprendizagem; com o tempo adquire, porém, um sabor que, com o incessante somar dos anos e o aproximar de um fim que, sendo certo, é, por regra, indesejado, se torna amargo. Mas é um facto: estamos a ficar velhos. E estamos a ficar cada vez mais velhos. Todos – como comunidade que somos – e cada um de nós, na nossa singularidade.

O envelhecimento da população é um dado da nossa realidade que traz consigo os múltiplos benefícios da evolução técnico-científica, designadamente na área das ciências médicas e medicamentosas: vivemos mais tempo porque temos mais e melhores (mesmo que contestados e que nem sempre sejam os desejados ou derivadamente atempados) cuidados de saúde, acesso a uma vasta variedade de medicamentos e outras substâncias farmacológicas que visam debelar ou, pelo menos, atenuar as múltiplas patologias de que vamos padecendo e usufruímos de um leque de produtos ditos de apoio que nos auxiliam quando as nossas capacidades (físicas) teimam em nos lembrar que já não somos os jovens de outrora. Ao mencionado acrescem, entre outros factores, o progressivo melhoramento das condições higio-sanitárias, de habitação e de alimentação, sem olvidar as prestações sociais com que o Estado garante (ou tenta garantir) uma existência minimamente condigna.

Se é bela a imagem, por exemplo, de avos que passeiam os netos ou de amigos que, para além dos baralhos de cartas, partilham a cor grisalha dos cabelos, é, ao invés, dolorosamente esmagador o relato de muitos velhos que estão sós, que (sobre)vivem sós e que morrem sós. Que estão sós porque os filhos, se tidos e vivos, “estão longe”, “têm lá a vida deles” ou, estando perto, semeiam, por palavras e gestos, o desejo de que estivessem longe. Que estão sós porque os rostos das funcionárias dos lares, se inicialmente amistosos, ficaram temerosos. Que estão sós porque os médicos, os enfermeiros e os auxiliares que os cuidam são, por mais genuinamente preocupados que sejam, estranhos.

São, por isso, cada vez mais as vozes que salientam, censurando, o que, de entre várias denominações, se usa comumente designar por maus-tratos aos mais velhos. Vozes que, carregadas de números que aspiram a ser estatística, alertam para os diversos comportamentos que são cometidos contra os mais velhos, desconsiderando-os na sua pessoa e/ou nos seus bens. Vozes que, perante situações atroz, clamam pela intervenção do direito e, de um jeito muito especial, pela intervenção do direito penal.

¹ Mestre e doutoranda em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Mas, ousamos perguntar, para os casos que justifiquem a sua intervenção, não será já o atual direito penal suficiente para tutelar os actos ofensivos praticados contra os nossos velhos? Esta é a pergunta a partir da qual teceremos as próximas reflexões que, pela brevidade que o tempo e o modo nos impõe e pela sua densidade, mais não são do que singelos apontamentos para a discussão em torno da (assim nominada) tutela penal dos idosos.

2. O que é ser velho (nos nossos dias)?

As considerações que se façam sobre um determinado assunto pressupõem, antes de mais, que os conceitos basilares para a compreensão desse mesmo assunto estejam minimamente delineados. Importa assim, como é bom de ver, que, ao se falar de uma “coisa”, se saiba, desde logo, de que “coisa” é que se está a falar.

Não é, pois, despidendo, em jeito de reflexão preliminar, dedicarmo-nos a concretizar o que se deve entender por velho ou, como de modo “politicamente correto” se prefere, por idoso.

Antes, contudo, permitam-nos assinalar – como, acreditamos, já resulta do que foi dito – que não temos qualquer pejo em chamar velho a quem se aproxima da fase invidual da sua vida. A isto se chama envelhecer (com tudo o que – de bom, como o acumular de experiências e de conhecimentos, e de menos bom, como a transformação de actividades corriqueiras em desafios quase insuperáveis ou carecidas da ajuda de uma terceira pessoa – esse processo implica). Não esquecemos, todavia, que há um generalizado sentimento de repúdio pela palavra velho, sendo o seu emprego preterido por outros termos tidos como menos agressivos, como sejam idoso ou pessoa de idade.^{2/3}

Feita esta brevíssima e preliminar consideração, é tempo de nos embrenharmos na compreensão possível do termo velho ou idoso, sublinhando, desde já, a referência umbilical que o une à incessante passagem de *Cronos*.

Falar de velho ou idoso é falar de alguém que atingiu uma determinada idade. Esta é uma ideia que está pressuposta e é, atrevemo-nos a afirmar, pacificamente aceite. Discutível é, no entanto, o limite etário que está em causa para que, uma vez atingido, se passe a considerar uma pessoa adulta como velho ou idoso. E discute-se porque o conceito em torno do qual nos centramos é mutável. Aliás, é duplamente mutável: muda no tempo e muda no espaço.

Expliquemo-nos: por certo que ninguém ignora que ser velho nos nossos dias não é o mesmo que ser velho há duas, três ou quatro décadas atrás. E não o mesmo não só

² De entre a diversa literatura que nos esclarece quanto a esta circunstância, atente-se, por exemplo, nas palavras de SIMÕES: «nem sequer dizemos a palavra *velho*, por a acharmos ofensivo. Usamos rodeios e eufemismos como *idoso*, *sénior* ou *terceira idade* (...)» (2010), p. 486 [itálicos do autor].

³ Refira-se, como nota parentética, que a palavra velho pode ainda, em um específico contexto, incorporar uma carga afectuosa quando, usada como substantivo, substitui os termos “pai” ou “avô” e, se empregada no feminino, “mãe” ou “avó”.

porque as condições de vida – aqui entendidas em um amplíssimo sentido – são diferentes mas, mormente, porque o aumento da esperança média de vida tem vindo a repercutir-se no entendimento que a comunidade faz sobre a idade a partir da qual se é velho. Paradigmático do afirmámos são as sucessivas – mas espaçadas – alterações à idade legal prevista para o final da vida ativa ou laboral (vulgo, idade da reforma por velhice).

A par da influência do tempo, também o local onde nos encontramos é determinante para se aferir quando é que uma pessoa pode ser tida como velha ou idosa, pois se nos países mais desenvolvidos essa idade é mais tardia, nos países ditos subdesenvolvidos o patamar etário da velhice situa-se, por comparação, uns anos antes.

Assim, impõe-se responder – ou, pelo menos, avançar uma tentativa de resposta – à pergunta “a partir de que idade é que se é velho ou idoso?”. A Organização Mundial de Saúde, num relatório europeu sobre a prevenção dos maus-tratos perpetrados contra idosos, alude aos 60 anos como a idade a ter, nesta matéria, como referente⁴, o mesmo sucedendo com o ordenamento jurídico brasileiro.⁵ Tem-se, todavia, entendido – em diversas áreas do saber (*v.g.*, sociologia, medicina e psicologia) – que a velhice se principia com os 65 anos de idade.⁶ Cientes das dificuldades que se colocam sempre que nos socorremos de um número de anos para balizar etapas da vida, escolhemos acompanhar a última tese mencionada, fazendo, da mesma forma, alusão ao facto de os octogenários ou pessoas mais velhas poderem ser vistos também como anciãos.

Temos, porém, para nós que tal “categorização” não deve ser, sem mais, transportada para a normatividade jurídica, principiando ou concluindo a produção de certos efeitos ou de algumas limitações. Quer isto significar que, se de um ponto de vista empírico e sociológico, é relativamente incontestado a inclusão de uma pessoa com, por hipótese, 68 anos na “categoria” de velho ou idoso, no que ao direito respeita já nos suscita algumas reservas.

3. A idade não é (sempre) sinónimo de incapacidade

O ordenamento jurídico não é alheio à idade do ser humano. O direito determina, por exemplo, que a maioridade se inicia aos 18 anos⁷ e que a capacidade de contrair matrimónio⁸ ou para perfilhar⁹ pode ser exercida com e após os 16 anos. Idade esta que também delimita a (in)imputabilidade penal¹⁰ e a eficácia do consentimento como causa

⁴ Cfr. Organização Mundial de Saúde (2011).

⁵ *Vide*, a este propósito, o artigo 1.º do Estatuto do Idoso (aprovado pela Lei n.º 10 741 de 1 de outubro de 2013 e suas alterações).

⁶ Cfr., *ad exemplum*, o parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida n.º 80/CNECV/2014, de 21 de julho de 2014 e FARIA (2018), p. 15.

⁷ Cfr. artigo 130.º do Código Civil.

⁸ Cfr. artigo 1601.º, alínea a), *a contratrio*, do Código Civil, conjugado com o artigo 1612.º, n.º 1, do mesmo diploma.

⁹ Cfr. artigo 1850.º, n.º 1, do Código Civil.

¹⁰ Cfr. artigo 19.º do Código Penal.

de exclusão de ilicitude¹¹. No extremo oposto da vida, a referência etária é igualmente existente em normas jurídicas, como o ilustra a imperatividade do regime de separação de bens quando, pelo menos, um dos nubentes tiver 70 anos¹², idade que, uma vez atingida, converte, *ope legis*, o contrato de trabalho por tempo indeterminado a um contrato a termo¹³.

Deste brevíssimo elenco (ilustrativo) de como a idade releva para o direito e para a produção de efeitos jurídicos pode-se, se a razão não nos desacompanha, concluir que o estabelecimento de um marco temporal pessoal tem como principal desiderato a proteção da pessoa. Proteção essa que numa fase geralmente caracterizada pela imaturidade se apresenta como redutora da autonomia do ser humano e da sua capacidade jurídica e que, com o tempo, subordina a vontade dos mais velhos – vontade que, sublinhe-se, não está restringida – a algumas condições. Por outras palavras: um menor de 18 anos é, com ressalvas de situações como as descritas, juridicamente incapaz, enquanto um velho ou idoso não perde a sua capacidade, podendo, contudo, vê-la sujeita à observância de um ou outro requisito que o legislador concebeu como seu protetor.

Assim sendo, um velho ou idoso não se torna, à luz do nosso quadro jurídico-normativo, incapaz. O que não invalida e até poderá exigir que o direito o proteja, como sucede com as normas que explicativamente referimos. Coisa diversa é dizer que uma pessoa que tem determinada idade está limitada na sua esfera jurídica. E uma outra coisa ainda é afirmar que os velhos, pelo simples facto de o serem, são, de jeito quase automático, mais vulneráveis, o que, em concreto, pode não se verificar.

Vejam: o ser humano é, por definição, um ser vulnerável. Por isso, ele sofre, adoece e, no limite, morre. Há, porém, estados ou condições que podem contribuir para que nos tornemos (mais) desprotegidos. O legislador não ignorou esta circunstância e contemplou a idade, a deficiência, a doença e a gravidez como fundamentos possíveis para uma situação de especial ou maior vulnerabilidade e, por conseguinte, carecedora de maior proteção. No entanto, e com ressalva para a diminuta idade, estes fundamentos não operam automaticamente.¹⁴ Isto é, e a título de exemplo, não é porque uma pessoa está grávida que deve, sem outras considerações, ser considerada como mais vulnerável que outra que não esteja em tal estado. Tudo depende do concreto circunstancialismo. O que não impede, é bom de ver, que às pessoas que estejam nas referidas condições possam ser consagrados direitos específicos ou formas especiais de exercício de seus direitos.

Detenhamo-nos um pouco nesta observação: um infante de poucos anos de vida não pode, por si só, sobreviver. Não tem capacidades físicas e cognitivas suficientes para

¹¹ Cfr. artigo 38.º, n.º 3, do Código Penal.

¹² Cfr. artigo 1720.º, n.º 1, alínea b) do Código Civil.

¹³ Cfr. artigo 348.º, n.º 3, do Código do Trabalho.

¹⁴ Mesmo em relação aos menores de idade já se discute e admite – e, quanto nós, bem – que a incapacidade decorrente da idade possa, em específicas temáticas, ceder perante uma efectiva capacidade de compreensão e decisão do jovem, como ocorre, por exemplo, com a questão atinente ao consentimento prestado por “menor maduro” para efeitos de intervenções médicas. Sobre este assunto cfr. RODRIGUES (2001), pp. 202-215.

satisfazer as suas necessidades, tendo de ser alimentado, vestido e lavado. Ou, dito de outro modo, tem de ser cuidado e, com o tempo, aprenderá a cuidar-se de si mesmo. O que, em termos jurídicos, significa que é incapaz e que necessita, por essa razão, de quem (legalmente) o represente. No que a um adulto diz respeito, é legítimo pressupor que o mesmo sabe cuidar de si próprio e, se necessário for, dos outros. Mas esta é uma pressuposição que não aspira – nem o poderia fazer – a uma validade universal, antes admitindo exceções. Situações que, de modo temporário ou definitivo, restringem as capacidades de uma pessoa, requerendo uma atitude mais protetiva do direito e, até, da própria comunidade em que está inserida. Por isso se reconhecem específicos direitos (ou formas especiais de exercício de direitos) aos cidadãos com deficiência, às grávidas, a quem se encontre doente e aos mais velhos¹⁵, assim reconhecendo a sua (eventual) maior fragilidade sem que, contudo, sejam tidos jurídica e automaticamente como incapazes.

Esta breve reflexão tem o singelo propósito de destrinçar duas realidades que, sendo em muitos casos contemporâneas, nem sempre coexistem. O mesmo é dizer que apesar de não raras vezes a velhice e a incapacidade (pelo menos fáctica) andarem de “mãos dadas”, em algumas situações são viajantes solitários. Um velho não é, pelo facto de ser velho, incapaz; ele poderá sê-lo se a doença e/ou a deficiência o incapacitarem, mas apenas nestes casos.¹⁶ E se o que acabámos de dizer pode ser difícil visualizar numa sociedade que olha para os seus velhos como seres dependentes, importa não esquecer que essa mesma sociedade, estando cada vez mais envelhecida, está, em simultâneo, cada vez menos antiquada. Ousamos mesmo dizer, por paradoxal que possa parecer, que está cada vez mais jovem. Para que bem se entenda: uma sociedade que está cada vez mais letrada, preparada e inclusiva, o que, em consequência, faz com que os mais velhos se sintam e pareçam mais jovens ou, dito por outros termos, se sintam menos velhos. E, por conseguinte, menos vulneráveis.

Em todo o caso, se é importante promover e defender os direitos fundamentais dos mais velhos, é também relevante tudo fazer para que se densifique e constantemente se corporize o «direito a ser velho de ser inteiro»¹⁷. O direito a ser velho sem ser diminuído nos seus direitos e nas posições jurídicas e sociais que assuma. O direito a ser velho e a ser respeitado por isso. O direito a ser velho e a não ser tratado como uma criança. Em suma: o direito a ser integralmente velho, que mais não é que uma especificidade – que em nada minimiza – do direito a ser pessoa.¹⁸

¹⁵ Pensamos, por exemplo, no leque de apoios e prestações sociais de que estas pessoas podem beneficiar ou da prioridade que lhes pode ser conferida no atendimento público.

¹⁶ Neste sentido, *vide*, entre outros, BARROSO (2014), p. 119: «a velhice, por si só, não constitui nem deve constituir um fator redutor da capacidade jurídica, nem uma condicionante da autonomia.» O que equivale a dizer que um velho pode tornar-se incapaz não por ser velho mas, por motivo de doença ou deficiência, se encontrar diminuídos nas suas capacidades físicas e/ou mentais. Entendemos, destarte, que a usual degenerescência (física e cognitiva) associada a uma idade dita (muito) avançada deve ser perspectivada como uma doença e não como uma consequência normal e umbilicalmente ligada à velhice.

¹⁷ COSTA (2017b).

¹⁸ Para que dúvidas não subsistam, impõe-se uma clarificação: o direito a ser pessoa é por

4. Violência sobre idosos: um fenómeno dos nossos tempos

A realidade mostra-nos que, em total afronta com a dignidade humana e os valores e direitos que decorrem deste princípio baluarte da nossa convivência comunitária, os nossos velhos são, com assaz frequência e intensidade, mal tratados. Violentados na sua integridade física, na integridade psíquica, na sua liberdade, no seu património e, em casos extremos, na sua própria vida.

Não se pense, sob pena de errar, que a prática de comportamentos ofensivos dos idosos é um fenómeno hodierno e circunscrito à nossa geografia; a violência perpetrada contra os mais velhos não conhece latitudes nem longitudes e os seus relatos retroagem na História. Mas, mais do que conhecer e lamentar tais atitudes, importa que cuidemos hoje dos nossos velhos, prevenindo os maus-tratos de que estes são, amiúde, vítimas.

Exoneramo-nos, assim nos permitam, de esmiuçar as diversas formas de maus-tratos e abusos que a gerontologia distingue e define (maus-tratos físicos e psíquicos, abusos sexual e patrimonial), remetendo para a leitura – interessada e interessada – de literatura de várias áreas que tratam este assunto.¹⁹ São, cremos, conceitos por todos conhecidos, ainda que com nuances interpretativas no tocante à sua compreensão. Assinalamos tão-só, correndo o risco assumido de frisar o que se apresenta aparentemente perceptível, que as espécies de maus-tratos e de abusos citadas não são conceitos jurídicos, mas antes noções operatórias de ciências sociais que o direito, para melhor compreensão do dado, pede emprestadas.

5. A proposta de criminalização (e outras opções)

Consciente que está a comunidade dos fenómenos e das situações que nela ocorrem, várias têm sido as propostas que, por meio de alterações legislativas (em diversos ramos do saber jurídico), comungam do desiderato de melhor promover e defender os direitos e legítimos interesses dos mais velhos. Assim o recomenda a Estratégia de Proteção ao Idoso – aprovada em anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º 63/2015, de 13 de agosto – e com esse intento foram apresentadas propostas para modificar o regime juscivilista das incapacidades dos maiores e suas formas de suprimientos²⁰, criminalizar ou agravar determinadas condutas²¹ e alterações

nós empregue como uma expressão que deve ser lida e interpretada não no sentido de se reconhecer um direito novo e autónomo, mas como a ideia do correlativo dever que sobre todos nós, membros de uma comunidade, impende de respeitar o outro e de, se necessário, o auxiliar a ser ele próprio como pessoa que é.

¹⁹ Pela forma sintética mas elucidativa como são apresentados estes conceitos, *vide*, por exemplo, FERNANDES (2016), pp. 31-32.

²⁰ Cfr. Projeto de Lei n.º 61/XIII, apresentado pelos grupos parlamentares do Partido Social Democrata e do Partido do Centro Democrático Social e, mais recentemente, a Proposta de Lei n.º 110/XIII, apresentada pelo Governo e que tem por base a criação do «estatuto jurídico do maior acompanhado», ambos in www.parlamento.pt.

²¹ Cfr. Projeto de Lei n.º 62/XIII, apresentado pelos grupos parlamentares do Partido Social Democrata e do Partido do Centro Democrático Social (disponível in www.parlamento.pt), muito próximo do disposto na quarta medida da mencionada Estratégia de Proteção ao Idoso.

em matéria eleitoral²².

Circunscrevamo-nos, então, à proposta de alteração do Código Penal que tem como objeto, por um lado, a criminalização de um conjunto de condutas que ofendem os direitos dos idosos e, por outro, a criação de circunstâncias agravantes para determinados tipos legais de crime em razão da (eventual) situação de maior vulnerabilidade em que a vítima se encontre ou de um concreto modo de atuação do agente.

Dita, assim, a medida 4 da Estratégia de Proteção ao Idoso:

«(...)

1 – Deve ser alterado o Código Penal, no sentido de prever que:

- a) Constitui crime:
 - i) Lavrar ato notarial que envolva pessoa idosa que se encontre, à data, notoriamente limitada ou alterada nas suas funções mentais, em termos que impossibilitem a tomada de decisões de forma autónoma ou esclarecida, sem que se mostre assegurada a sua representação legal;
 - ii) Coagir uma pessoa idosa que se encontre, à data, notoriamente limitada ou alterada nas suas funções mentais, em termos que impossibilitem a tomada de decisões de forma autónoma ou esclarecida, a outorgar procuração para fins de administração ou disposição dos seus bens;
 - iii) Negar o acolhimento ou a permanência de pessoa idosa em instituição pública ou privada destinada ao internamento de pessoas idosas, por recusa desta em outorgar procuração para fins de administração ou disposição dos seus bens ou em efectuar disposição patrimonial a favor da instituição em casa;
 - iv) Abandonar pessoa idosa em hospitais ou outros estabelecimentos dedicados à prestação de cuidados de saúde, quando a pessoa idosa se encontre a cargo do agente;
 - v) Impedir ou dificultar o acesso de pessoa idosa à aquisição de bens ou à prestação de serviços de qualquer natureza, em razão da idade;
- b) Constitui circunstância agravante:
 - i) Dos crimes de injúria e difamação, ser a atuação dirigida a pessoa particularmente indefesa, em razão da idade, deficiência, doença ou gravidez;
 - ii) Do crime de burla, a atuação envolver um plano, campanha ou promoção destinados a induzir alguém a adquirir bens ou serviços que não solicitou previamente, executada através de contactos telefónicos da iniciativa do promotor do plano, campanha ou promoção».

São múltiplas as interrogações que esta formulação nos coloca, ainda mais se tivermos em conta o Projeto de Lei anteriormente aludido que, na tentativa de concretizar esta medida, sugere – apenas com a introdução de uma epígrafe, numeração ao artigo e determinação de uma moldura penal – a sua inclusão no Código Penal por

²² Cfr. Projeto de Lei n.º 63/XIII, apresentado pelos grupos parlamentares do Partido Social Democrata e do Partido do Centro Democrático Social (disponível in www.parlamento.pt).

meio de aditamento com a criação do capítulo «Dos crimes fundamentais contra direitos fundamentais dos direitos dos idosos».

Em primeiro lugar, frisamos que não é nosso objetivo escrutinar o Projeto de Lei referido (sendo, para nós, sublinhe-se, totalmente irrelevante o quadrante político-partidário que o elaborou), mas sim, tendo como mote o chamamento da intervenção do direito penal para a proteção dos direitos dos idosos, refletir – ainda que de modo perfunctório – sobre o modo como mais recentemente se tem legislado.

Com efeito, temos sérias reservas quanto à criação de incriminações nos moldes citados porque temos, desde logo, grandes dúvidas sobre se deve ser o direito penal a responder aos problemas que foram identificados como sendo paradigmáticos da violência que é cometida contra os mais velhos. Não estamos com isto a afirmar que não há casos em que, pela sua gravidade e danosidade social, o direito penal não deve, de facto, intervir; o que estamos a afirmar é coisa diversa: o direito penal não serve para, *em primeira linha*, resolver problemas sociais. Não é essa a natureza do direito penal, antes pelo contrário: a intervenção do direito penal é de *ultima ratio*. O que significa que «só quando, de todo em todo, os outros ramos do direito não conseguem responder às necessidades de tutela dos bens jurídicos necessitados de protecção é que, então, se devem empregar os mecanismos de tutela repressiva que cabem ao direito penal».²³

Partindo da (legítima) premissa que os comportamentos descritos, sendo sociais, justificam a intercessão do direito, impõe-se a pergunta: para os problemas identificados não encontramos já soluções (adequadas ou não, mas esse aspeto é uma outra questão) no nosso ordenamento jurídico? A resposta revela-se-nos, neste contexto, positiva. E quando assim é importa, depois, saber se a resposta legal existente é suficiente ou adequada a proteger os interesses que possam estar a ser postos em causa com aquelas condutas. E por fim, e só por fim, feito este exercício analítico-interpretativo – a que, como melhor veremos, acrescem a identificação de bens jurídicos carecidos de tutela penal – é que devemos perguntar ao direito penal se é ele a solução necessária, adequada e proporcionada para a resolução daquelas condutas.

Avançamos há instantes que o nosso ordenamento jurídico responde já a alguns dos comportamentos que foram identificados como afrontas aos direitos dos idosos. Tomemos como exemplo a conduta «[l]avravar ato notarial que envolva pessoa idosa que se encontre, à data, notoriamente limitada ou alterada nas suas funções mentais, em termos que impossibilitem a tomada de decisões de forma autónoma ou esclarecida, sem que se mostre assegurada a sua representação legal». E conjuguemos a sua leitura com as normas dos diplomas legais reguladores da profissão de notário que determinam como fundamento de recusa deste a elaboração de ato notarial quando se duvide «da integridade das faculdades mentais dos participantes»²⁴. O que nos leva a

²³ COSTA (2005), p. 89

²⁴ Cfr., *v.g.*, o n.º 1 do artigo 1.º do Código do Notariado, conjugado com a alínea c) do n.º 1 do artigo 173.º do mesmo diploma, com a alínea b) do n.º 2 do artigo 11.º do Estatuto do Notário (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 26/2004, de 4 de fevereiro, e suas alterações) e com as alíneas d) e e) do n.º 2 do artigo 78.º do Estatuto da Ordem dos Notários (aprovado pela Lei n.º 155/2015,

concluir que o ordenamento jurídico contempla já a conduta descrita e, por meio da recusa do notário e dos princípios que guiam a sua atividade, a mesma está, em um primeiro plano, salvaguardada.

Ainda assim, tomemos como hipótese que tais preceitos não são observados e é concebido um documento autêntico que atesta indevidamente uma dada vontade ou um determinado facto. Não poderá o direito penal intervir? Sem dúvida que sim. E, para esse efeito, foi consagrado o crime de falsificação ou contrafacção de documento, previsto e punido no artigo 256.º do Código Penal, agravado, nos termos dos seus n.ºs 3 e 4, se se tratar de um documento autêntico praticado por funcionário.²⁵ O que acrescentaria – a ser criada – a incriminação proposta? Uma especificação que pode, até, ser contraditória. Senão vejamos: admitamos que a proposta de criminalização se tornou lei nos termos anteriormente mencionados. Admite-se, neste hipotético cenário, que a representação legal (conceito que pode, ele próprio, gerar dúvidas, pois deve o mesmo ser entendido como representação por tutor judicialmente nomeado e/ou por advogado devidamente mandatado, podendo colocar-se, neste casos, em causa a (in)validade da procuração se feita ou não em pleno gozo das faculdades mentais do representado) pode suprir a limitação ou alteração das funções mentais do declarante e, nesta hipótese, parece resultar da norma que o ato notarial a ser lavrado não padece de vícios nem é merecedor de censura. Imaginemos agora que o ato notarial em apreço é um testamento e atentemos no teor do n.º 1 do artigo 2182.º do Código Civil: «[o] testamento é acto pessoal, *insusceptível de ser feito por meio de representante* ou de ficar dependente do arbítrio de outrem (...)» [itálico nosso].²⁶ Poderá o direito penal, como mero raciocínio académico que ora se faz, tornar lícito um documento que, sendo forjado ou, pelo menos, não correspondente à vontade do declarante, é nulo? Não cremos.

Urge agora que se clarifique que a hipótese que até agora nos orientou serviu-nos para, chegados a este ponto, podermos dar como assente alguns referentes para a matéria que curamos: saber se e em que medida deve ou pode o direito penal tutelar os nossos velhos.²⁷ Um deles já o mencionámos: é importante identificar os bens jurídicos que possam estar a ser ofendidos e, justificando-se a sua proteção jurídico-penal, se ela já existe ou, não existindo, se é necessário, adequada e proporcionada. O outro prende-se uma visão global do ordenamento jurídico para, deste modo, obviar a contradições internas como a exposta. O direito, sendo constituído por vários ramos, é um todo e como um todo que é não pode ser incoerente.

de 15 de fevereiro).

²⁵ No que às declarações de terceiros que acompanhem os idosos aos notários diz respeito, poderá estar em causa o preenchimento do crime de falsas declarações, previsto e punido no artigo 348-A do Código Penal, com a agravação do seu n.º 2.

²⁶ Veja-se também o artigo 2180.º do mesmo diploma que prevê a nulidade «[d]o testamento em que o testador não tenha exprimido cumprida e claramente a sua vontade (...)».

²⁷ De fora desta temática fica, destarte, toda aquela se prende com o cumprimento de sanções penais por arguidos idosos, matéria que, sendo lateral, está enquadrada no universo compreensivo que, sem outras considerações, trate dos velhos e do direito penal.

Sem nos determos, com detalhe, nas restantes propostas de criminalização²⁸, salientamos três breves notas que, na ânsia de responder a problemas sociais por meio da criação de tipos especiais de crime, pode (melhor, poderia se o direito penal não fosse já interpretado para responder a estes casos) colocar em causa a efetiva proteção do idoso. Uma nota refere-se ao tipo estabelecimento contemplado na alínea *iii*), ficando de fora os casos em que a conduta descrita ocorre com o acolhimento ou permanência de um velho em uma casa particular que cuida de um número reduzido de idosos (2 ou 3). Nestes casos, temos dúvidas quanto ao cabimento desta possibilidade na expressão «instituição (...) privada destinada ao internamento de pessoas idosas». Um outro apontamento tem por base um problema já identificado, em sede de audição da Comissão de Proteção às Vítimas de Crime²⁹, pela Senhora Procuradora da República, Dra. Maria Fernandes Alves: nem sempre o “abandono” dos mais velhos tem lugar em estabelecimentos hospitalares ou outros que se dediquem à prestação de cuidados de saúde. Foi, a este propósito, partilhado o caso (real) de uma idosa que foi abandonada no aeroporto. A terceira consideração, também relacionada com a alínea *iii*) consubstancia-se no facto de o “abandono” do idoso poder não ser feito por quem o cuida, mas por terceiro, com ou sem o conhecimento daquele, a mando ou não daquele. Em comum, estas três notas ilustram, reiteramos, alguns problemas que a edificação dos hipotéticos tipos legais de crime poderia suscitar, ocasionando a eventual desprotecção dos mais velhos. O que, a par de tudo o que já firmamos, permite relevar que não é por meio da descrição de condutas frequentes que se constroem incriminações.

Retornaremos a este ponto. Por ora, e para finalizar os nossos apontamentos sobre as ações sugeridas na medida acima transcrita, debrucemo-nos sumariamente sobre as circunstâncias agravantes propostas. Uma relativa a especiais característica ou condição da vítima dos crimes de injúria e de difamação e, outra, atinente a uma específica execução do crime de burla, relembremos.

Os crimes de injúria e de difamação tutelam a honra de uma pessoa e, por dependerem da apresentação de acusação por parte do ofendido constituído assistente, são crimes particulares. Não entrando na discussão sobre a bondade da atualidade e da pertinência da proteção penal da honra (que já se equacionou serem crimes que poderiam deixar de existir, uma vez que a honra hoje não tem a importância que teve, sendo, até pelo próprio titular, muitas vezes minorada e beliscada), não se pode ignorar que se propõe agravar, naqueles moldes, crimes cuja prossecução penal é das mais limitativas, no sentido de estes configurarem exceções ao princípio da oficialidade. Isto é, quer-se proteger os mais vulneráveis por meio da agravação de crimes que não são

²⁸ Concordando, neste assunto, com várias pessoas (*v.g.*, Prof. Doutora Maria Fernanda Palma, em representação do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa) e entidades (*v.g.*, Ordem dos Advogados) que, em sede de audição parlamentar do processo legislativo em causa, perscrutaram as várias alíneas e concluíram, no geral, que existem tipos legais de crime que dão já a resposta que se exige ao direito penal na proteção dos bens jurídicos dos idosos que sejam, por meio daquelas condutas, violados, alguns dos quais com a previsão de agravação da sanção com base na especial situação de vulnerabilidade do ofendido.

²⁹ Ocorrida no dia 29 de março de 2016.

públicos nem sequer semi-públicos. O mesmo é perguntar: terá sentido agravar os crimes que, tendo por base a proposta em apreço, estejam dependentes do impulso processual de quem é tida como «pessoa particularmente indefesa»? Nada mais sendo dito, estranhámos que, por um lado, especiais características da vítima reclamem uma intervenção mais dura por parte do direito penal e que, por outro, se subordine essa “mão mais pesada” (permitam-nos o plebeísmo) à observância de um conjunto de formalidades processuais sem as quais não há processo penal e, por conseguinte, não há crime.³⁰

Preocupa-nos ainda que – e com maior substância – que o bem jurídico que se pretenda acautelar por meio desta agravação seja não a honra mas sim a integridade psíquica da vítima. Ou, dito de um modo, que o que se quer sancionar mais severamente sejam os maus-tratos psíquicos ou verbais, os quais são já sancionados (e, cremos, adequadamente sancionados) pelos crimes contra a integridade físico-psíquica, designadamente – e para o presente contexto – pelos crimes de violência doméstica (artigo 152.º do Código Penal) e de maus-tratos (artigo 152.º-A do Código Penal).

No tocante à proposta de agravação do crime de burla, temos também algumas dificuldades em acompanhá-la, na medida em que, de acordo com o proposto, parece que mais do que uma agravação, o que se pretende é uma incriminação especial com um moldura penal superior. Se dúvidas temos quanto à sua (des)necessidade, outras inquietudes se nos surgem quando atentamos na ação que se quer agravar, pois se “a atuação envolver um plano, campanha ou promoção destinados a induzir alguém a adquirir bens ou serviços que não solicitou previamente», o que estará em causa não será a punição da publicidade por meio do agravamento do crime de burla? Percebemos que, quando se concretiza que esta atuação seja «executada através de contactos telefónicos da iniciativa do promotor do plano, campanha ou promoção», o que está na base desta (aspirante a) norma são as práticas comerciais agressivas utilizadas por alguns operadores comerciais. Mas não é isso que resulta do texto proposto, faltando neste a persistência das solicitações para que estas sejam qualificadas como prática comercial agressiva.³¹ E, ousamos perguntar, um único telefonema feito com o fito de divulgar um determinado bem ou serviço pode configurar uma agravante do crime de burla? E pode sê-lo se nem, ao invés do que se exige no tipo-padrão, se requer a indução do outro em erro ou engano, bastando-se com a indução da (pseudo)necessidade aquisitiva do bem ou serviço divulgado? Não nos parece que as respostas possam ser afirmativas, para além de que podem até, face ao circunstancialismo que curamos, apresentarem-se desnecessárias, visto que, se o crime de burla for praticado com aproveitamento «de

³⁰ Recorde-se que o direito penal, diversamente do que sucede noutras áreas da ciência jurídica, necessita do direito adjetivo para se concretizar. Só no *terminus* de um processo penal é que se pode afirmar se determinada pessoa é ou não responsável pela prática do(s) crime(s) pelo(s) qual(ais) fora acusada e, no caso de ser responsável, qual(ais) a(s) consequência(s) jurídica(s) que lhe deve(m) ser aplicada(s). O direito penal e o processo penal encontram-se, assim, numa «relação mútua de complementaridade funcional» [DIAS (1988/1989), p. 5].

³¹ Conforme a alínea d) do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março (e sua alteração). Sobre este assunto cfr. LEITÃO (2011), p. 439.

situação de especial vulnerabilidade da vítima, em razão da idade, deficiência ou doença»³², ele é qualificado e, portanto, a moldura penal que o sanciona é majorada face à do tipo-padrão.³³

6. Um outro caminho

Perturbados com a intensidade e a frequência da violência que é cometida contra os nossos velhos, temos trilhados caminhos que nem sempre nos conduziram a um bom destino. E por bom destino não queremos dizer ao final do processo legislativo com a aprovação de diplomas³⁴, mas antes com a efetiva defesa dos direitos dos idosos e a prevenção de maus-tratos e abusos.

Qual deve ser então o nosso destino? Não o sabemos. Podemos apenas salientar o que temos como pedras-angulares do nosso ordenamento jurídico e, de modo particular, do ordenamento jurídico-penal.

O direito penal tem por função a proteção de bens jurídicos³⁵ e a sua intervenção é de *ultima ratio*, como vimos. O direito penal, sendo histórico-espacialmente situado, não é – ou não deve ser – volátil, o que, bem se entenda, não deve ser lido como imune a modificações. O que se quer frisar é que o direito penal vive e alimenta-se de constância, de um mínimo de perenidade dos valores e interesses que uma comunidade defende e, se violados, pune.

Quando falamos de tutela penal dos idosos, importa, desde logo, perceber se esta expressão espelha o que verdadeiramente queremos falar quando pedimos ao direito penal que intervenha, protegendo os mais velhos. Para o perceber, e depois de devidamente identificados os comportamentos lesivos dos seus direitos que sejam concomitantemente merecedores e reclamantes de tutela penal³⁶, temos de identificar

³² Alínea c) do n.º 1 do artigo 218.º do Código Penal.

³³ Se tomarmos por referência o citado Projeto de Lei 62/XIII, seria por meio da qualificação do crime de burla e não por meio da sua agravação que o legislador aumentaria a sanção penal nestas situações. Convém, por isso, lembrar que a qualificação do crime não é mesma coisa que a sua agravação: os crimes são agravados em virtude da produção de resultados sequentes ao comportamento do agente, devido a específicas características da vítima ou a especiais relações entre o seu autor e o ofendido e, por uma ou mais destas razões, a sua moldura penal é alargada; nos crimes qualificados, por seu turno, há elementos adicionais «respeitantes à ilicitude ou/e culpa» (DIAS (2007), p. 313) que justificam que, mais do que uma agravação da pena, se esteja perante um outro tipo legal de crime.

³⁴ O que, presentemente, parece estar próximo de ser conseguido com a aprovação do «estatuto jurídico do maior acompanhado», anteriormente referido.

³⁵ O bem jurídico pode ser perspectivado como «um pedaço da realidade, olhado sempre como relação comunicacional, com densidade axiológica a que ordem jurídico-penal atribui dignidade penal» (COSTA (2017b), p. 186), sendo esta «expressão de um juízo qualificado de intolerabilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva da sua criminalização e punibilidade.» (ANDRADE (1992), p. 184).

³⁶ A identificação de tais comportamentos não é, ao contrário do possa parecer, uma tarefa fácil. Para o elucidar, permitam-nos a menção à intervenção do Coordenador Nacional para a Reforma do Sistema Nacional de Saúde, Manuel José Lopes, que, em audição parlamentar ocorrida em 29 de março de 2016, e a propósito da proposta de criminalização do abandono de idosos em hospitais e das “estatísticas” que foram apresentadas referentes aos internamentos, frisou a complexidade que o aparentemente simples pode, em boa verdade, revestir. E,

que bens jurídicos é que são por aqueles afetados.³⁷ Encontrados tais bens, e com recurso a uma interpretação teleológico-hermenêutica das normas jurídico-penais, analisamos se, de facto, eles estão, total ou insuficientemente, desprotegidos. Se, chegados aqui, concluirmos que há bens jurídicos que devem ser penalmente protegidos mas que ainda não o são ou, sendo-o, são-no deficitariamente, então sim estamos – mas só agora – em condições de estudar a construção de novas incriminações. E ao fazê-lo não podemos, sem desrespeitar o princípio da legalidade criminal, criar normas que, querendo responder ao concreto, não sejam gerais e abstratas; é relevante possibilitar que se enquadre no tipo legal de crime o maior número de comportamentos que possam lesar os bens por ele protegidos.

Temos, como partilhamos, muitas dúvidas, algumas que, por economia ou redundância, não foram aqui abordadas. Mas temos também alguns portos de abrigo e, a par do caminho que expusemos, partimos de outras duas ideias estruturantes: a idade avançada não justifica, por si só, que se olhe para um velho como um incapaz e, quando falamos em direitos dos idosos, queremos, em boa verdade, referir-nos aos direitos de todos nós (a vida, a integridade físico-psíquica e o património, entre outros). Direitos dos idosos adquire, deste modo, uma interpretação que se confunde com os direitos de qualquer pessoa, deixando para um outro plano a discussão em redor dos específicos direitos dos idosos (como seja o direito a ter e receber a sua reforma).

7. Em jeito de conclusão

Temos, pois, todos, cada um de nós e a comunidade no seu todo, de encontrar a serenidade necessária para acalmar e afastar qualquer ímpeto de criminalização que não o deva ser. O direito penal deve, assim, continuar a assumir uma postura minimalista mas forte. Porque é também através da sua mínima intervenção que o direito penal se densifica. Um direito penal que a tudo e todos acorresse não seria direito penal, seria coisa diversa e estranha ao próprio direito penal.

O combate e a prevenção da violência cometida sobre os nossos adultos em situação de especial vulnerabilidade tem de ser feito a montante, passando, desde logo, por uma educação para a cidadania e para o respeito de todos e dos valores que partilhamos, como seja o da solidariedade. Não peçamos, assim que seja o direito – ou apenas este – a assumir esta hercúlea tarefa. Mas não o peçamos sobretudo ao direito

concretizou, para a análise dos números apresentados e com base nos quais se propugnava pela criminalização, circunstâncias há que afastam qualquer ideia de necessidade de intervenção penal ou de aplicação de uma pena; basta termos em conta que, de entre aqueles números, muitos idosos eram, antes do internamento, cuidados por outros idosos que, em face das sequelas decorrentes da progressão da doença ou de um episódio agudo que determinou o internamento, não têm capacidade para continuar a prestar os cuidados anteriormente prestados.

³⁷ E a bem jurídico não pode corresponder a dignidade humana; esta, «como valor fundante e transversal a todo o sistema jurídico[,] não está em condições de desempenhar a função de específico bem jurídico-penal» (BRANDÃO (2010), p. 14).

penal. Todavia, se os factos o justificarem, o direito penal intervirá. Mas acreditamos que, para já, vai sendo suficiente o velho direito penal.

Referências

- ANDRADE, Manuel da Costa, 1992, «A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológica-racional do crime», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 2, pp. 173-205.
- BARROSO, Renato Amorim Damas, 2014, «Há direitos dos idosos?», *Julgar*, n.º 22, pp. 117-127.
- BRANDÃO, Nuno, 2010, “A tutela penal especial reforçada da violência doméstica”, *Julgar*, n.º 12 (especial), pp. 9-24.
- CONSELHO Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 2014, Parecer n.º 80/CNECV/2014, in www.cneqv.pt (27.03.2018).
- Costa, José de Faria, 2017a, *Direito Penal*, Imprensa Nacional, Lisboa.
- _____, 2017b, «Um direito fundamental: o direito a ser velho de ser inteiro», in *Diário de Notícias* (28.06.2017).
- _____, 2005, *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra Editora, Coimbra.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, 2007, *Direito Penal – Parte Geral*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra.
- _____, 1988/1989, *Direito Processual Penal* (Lições coligidas por Maria João Antunes), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- FARIA, Maria Paula Ribeiro, 2018, *Os crimes praticados contra idosos*, 2.ª ed., Universidade Católica Editora, Porto.
- FERNANDES, Diana (2016), “Crimes Cometidos Contra Idosos”, in Centros de Estudos Judiciários, *Trabalhos temáticos de direito e processo penal* (e-book) in www.cej.mj.pt (08.03.2018), pp. 19-49.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, 2011, «As práticas comerciais desleais nas relações de consumo», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 71, vol. 3, pp. 423-445.
- Organização Mundial de Saúde, 2011, *European report on preventing elder maltreatment*, in <http://www.euro.who.int/en/home> (09.03.2018).
- RODRIGUES, João Vaz, 2001, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português* (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente), Coimbra Editora, Coimbra.
- SIMÕES, José Augusto, 2010, Reflexão Bioética Sobre a Situação do Idoso e sua Família”, *Acta Médica Portuguesa*, n.º 23 (3), pp. 483-492.

OS ALIMENTOS NA CESSAÇÃO DA UNIÃO DE FACTO POR MORTE – BREVE REFLEXÃO

Rossana Martingo Cruz¹

1. Nota inicial

A obrigação de alimentos é um elemento caracterizador do Direito da Família, uma vez que a especial ligação (jurídica e afetiva) entre as partes leva a que possa surgir uma obrigação de manutenção.

O art. 2009.º do Código Civil apresenta, de forma hierarquizada, os obrigados a alimentos e facilmente se percebe a sua ligação às relações familiares. Em primeiro lugar, nos termos da alínea a), a obrigação recai sobre o cônjuge ou o ex-cônjuge. Quanto aos descendentes e os ascendentes (previstos nas alíneas b) e c)), a obrigação defere-se segundo a ordem da sucessão legítima (o princípio da preferência de graus de parentesco, sem prejuízo do direito de representação - *vide* arts. 2135.º e 2138.º), nos termos do disposto no n.º 2 do art. 2009.º. Por sua vez, se algum dos vinculados não puder prestar os alimentos ou não puder saldar integralmente a sua responsabilidade, o encargo recai sobre os onerados subsequentes (n.º 3 do art. 2009.º)².

O artigo seguinte esclarece o que sucede quando existe uma pluralidade de vinculados. Sendo várias as pessoas obrigadas à prestação de alimentos, respondem todas na proporção das suas quotas como herdeiros legítimos do alimentando (n.º 1 do art. 2010.º) e se alguma das pessoas oneradas não puder satisfazer a parte que lhe cabe, o encargo recai sobre as restantes (n.º 2 daquele art. 2010.º).

Porém, será de ressaltar que nem todas as relações que geram obrigação de alimentos serão familiares. Veja-se a obrigação que recairá sobre o ex-cônjuge³. Não obstante a dissolução do casamento terminar a relação familiar, o vínculo conjugal é de tal forma forte que faz perdurar a solidariedade mesmo após o casamento estar dissolvido. Na união de facto, como veremos, os contornos são ligeiramente distintos, uma vez que só existirão alimentos em caso de dissolução por morte e nos termos do disposto do art. 2020.º⁴. É o cenário que nos propomos a analisar neste breve texto.

¹ Docente convidada na Escola de Direito da Universidade do Minho e na Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave. Doutora em Direito. Membro do Centro de Investigação para a Justiça e Governança (JusGov).

² Todas as disposições legais, sem qualquer outra referência, reportam-se ao Código Civil português.

³ Obrigação transversal a vários ordenamentos jurídicos. Para uma visão histórica do *alimony* nos Estados Unidos, cfr. MAY (2012), p. 3 e ss.

⁴ «Embora esteja frequentemente ao serviço de interesses familiares sendo, por isso, designada como relação acessoriamente familiar, a relação de alimentos é somente um possível efeito de relações familiares (e parafamiliares).» PINHEIRO (2016), p. 47.

2. A obrigação de alimentos – breve caracterização

Nos termos do disposto no n.º 1 do art. 2003.º do Código Civil, por alimentos entende-se tudo o que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário⁵. Esta noção é um conceito indeterminado na medida em que será necessário concretizar quais as despesas que se incluem no sustento ou na habitação, por exemplo⁶.

Os alimentos têm cariz patrimonial, apesar da sua vinculação frequente a relações pessoais e familiares⁷.

A medida dos alimentos depende de uma dupla conjugação de fatores: a necessidade do credor e as possibilidades do devedor. Este binómio decorre do disposto no n.º 1 do art. 2004.º do Código Civil. Deve ainda atender-se às possibilidades que o alimentando tem de prover à sua própria subsistência, aquando a fixação dos alimentos (n.º 2 do art. 2004.º). Este é um preceito geral no âmbito dos alimentos, podendo sofrer ligeiras derrogações perante preceitos mais específicos e situações singulares (designadamente no que concerne aos alimentos relativos aos filhos menores e ao cônjuge)⁸.

⁵ Nos termos do n.º 2 do mesmo art., os alimentos abrangem igualmente a instrução e educação do alimentado no caso de este ser menor. A este propósito, cfr. MELO et al. (2010), pp. 96 e ss. E, ainda, a ideia de que os filhos menores terão direito a usufruir de um estilo de vida idêntico aos dos pais - «...os pais estão obrigados a proporcionar-lhes o mesmo padrão de vida que usufruem e não o estritamente necessário à satisfação daquelas necessidades básicas.» - Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22 de maio de 2014, com o Proc. n.º 17892-12.3T2SNT.L1-6, disponível em www.dgsi.pt [consultado em 13 de agosto de 2016].

⁶ «Mas apesar desta ampla latitude das coordenadas fundamentais com que o legislador português definiu sectorialmente os alimentos, não faltam autores que apontam lacunas na definição da lei, como a das despesas com os tratamentos médicos ou com o próprio funeral e, sobretudo, com os tempos de diversão (idas ao cinema, teatro, aquisição de jornais, livros ou revistas, etc.) ou de repouso (gozo de férias, passeios escolares, etc.) que hoje fazem parte do trem normal da vida das pessoas. (...) Em contrapartida, não falta quem entenda que na palavra sustento cabem, não só os tratamentos médicos, mas também as tais despesas próprias da vida social corrente (seja do menor, seja do maior), os encargos próprios do trem normal de vida da nossa época.» LIMA e VARELA (1992), pp. 577-578.

⁷ Frequente, mas não exclusiva. Até porque, como veremos, os alimentos podem ter uma fonte negocial.

⁸ Não esqueçamos que, no que ao cônjuge concerne, existe a possibilidade da compensação prevista no art. 1676.º, decorrente do dever de assistência. Este dever tem natureza exclusivamente patrimonial e abrange duas vertentes que nunca coexistem: obrigação de prestar alimentos e obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar – n.º 1 do art. 1675.º. A contribuição para os encargos da vida familiar pressupõe a existência de uma comunhão de vida; não havendo essa comunhão de vida, o dever de assistência traduzir-se-á na obrigação de prestar alimentos. Como tal, numa situação de união conjugal existirá uma contribuição para os encargos da vida conjugal (a obrigação de alimentos estará integrada na contribuição para os encargos da vida familiar, não existindo de forma autónoma, será absorvida por esta).

Esta a obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar não se confunde com a obrigação de alimentos em sentido restrito «não só por implicar reciprocidade, mas também por ter como medida o critério do nível de vida comum do agregado familiar e não o da necessidade de um dos sujeitos.» PINHEIRO (2016), p. 51.

O modo de prestar os alimentos está previsto no art. 2005.⁹. Em princípio, os alimentos devem ser fixados em prestações pecuniárias mensais, a não ser que haja acordo¹⁰ ou disposição legal em contrário (bem como se ocorrerem situações que motivem uma medida de exceção)¹¹. O n.º2 daquele preceito estabelece que se o obrigado a prestar alimentos não o puder fazer em prestações pecuniárias, mas apenas em sua casa e companhia, pode tal vir a ser decretado. Tal dependerá de ponderação casuística do juiz, não sendo, naturalmente, de considerar este tipo de prestação ‘em espécie’ quando existam razões de mau relacionamento pessoal ou quando estejam em causa ex-cônjuges¹².

No âmbito geral dos alimentos, pode perguntar-se se para o cômputo das possibilidades do obrigado se devem considerar somente os seus rendimentos ou, também, o seu património. A maioria da doutrina defende que, em circunstâncias normais, deverá bastar o rendimento, não sendo exigível a alienação ou oneração do património¹³. No entanto, a lei remete-se ao silêncio nesta questão o que significará, principalmente nos processos de jurisdição voluntária, que caberá ao tribunal atender aos elementos do caso concreto¹⁴. Por outro lado, também se pode questionar se deverá o património do credor ser tido em conta na avaliação das suas condições de subsistência. Mais uma vez, tal terá de ser avaliado perante as especificidades e circunstâncias concretas, não sendo de afastar a possibilidade de o credor alienar o seu património¹⁵.

⁹ O artigo seguinte esclarece desde quando são os alimentos devidos. «Os alimentos são devidos desde a proposição da ação ou, estando já fixados pelo tribunal ou por acordo, desde o momento em que o devedor se constituiu em mora, sem prejuízo do disposto no artigo 2273.º» - art. 2006.º.

¹⁰ Imagine-se que o devedor não recebe regularmente os seus rendimentos e, por isso, acordam numa prestação trimestral ou consoante a regularidade daqueles pagamentos.

¹¹ Como cuidados médicos ou intervenções cirúrgicas inesperadas. Cfr. LIMA, e VARELA (1992). p. 583.

¹² Neste sentido, *Idem*, pág. 584

«Não tem interesse, no âmbito da obrigação de alimentos entre ex-cônjuges, considerar a exceção prevista no art. 2005.º, n.º 2 — a hipótese de o obrigado demonstrar que não tem disponibilidades para pagar uma pensão mas só para facultar um cumprimento em espécie, mantendo o credor em sua casa e companhia. Mas tem interesse imaginar que os alimentos sejam cumpridos através da constituição de um direito de usufruto, ou através de um contrato de renda vitalícia com terceiro.» COELHO E OLIVEIRA (2016), pp. 777-778.

¹³ Tratando-se de alimentos a menores Clara Sottomayor entende que devem entrar neste cálculo das possibilidades do obrigado «(...) os rendimentos de capital, poupanças, rendas provenientes de imóveis arrendados e o valor dos bens do devedor, que este progenitor terá de alienar em caso de desemprego ou se os seus rendimentos periódicos não forem suficientes para um montante de alimentos adequado às necessidades do alimentando.» SOTTOMAYOR (2011), p. 296.

¹⁴ Neste sentido, LIMA e VARELA (1992), p. 581.

¹⁵ Veja-se, a propósito dos alimentos ao ex-cônjuge, o decidido pelo Tribunal da Relação de Coimbra, em 17 de abril de 2012: «Quanto ao património deve ter-se em conta os rendimentos que lhe proporcionem os bens do qual é proprietário, mas também a possibilidade de proceder à alienação desses bens para daí obter proventos que possibilitem a sua subsistência.» Proc. n.º 320/10.6TBTMR.C1, disponível em www.dgsi.pt [consultado em 13 de setembro de 2016].

O direito a alimentos é irrenunciável e não pode ser cedido¹⁶, embora possa deixar de ser pedido ou possa abdicar de prestações já vencidas (n.º 1 do art. 2008.º)¹⁷. O legislador não admite a renúncia por tal implicar uma rejeição para o futuro¹⁸. Se o direito a alimentos depende da necessidade do credor não poderá este vincular-se abnegadamente a uma abstenção futura de alimentos cuja necessidade não pode prever. Situação distinta é abdicar de receber as prestações vencidas e não pagas ou prescindir de alimentos no presente¹⁹ (sem prejuízo do direito, que sempre terá, de os pedir novamente em caso de necessidade). Esta consideração valerá para o direito legal de alimentos e não para o direito negocial (art. 2014.º). Se os alimentos são contratualmente gizados, recairá na vontade das partes a sua génese e o seu termo. No nosso regime atual, não existe um direito legal de alimentos entre os unidos de facto. Podem, todavia, os

¹⁶ Nos termos do disposto no n.º 1 do art. 577.º, o credor pode ceder a terceiro uma parte ou a totalidade do crédito, independentemente do consentimento do devedor, a não ser que a cessão seja proibida pela lei, por convenção das partes ou o crédito esteja, pela natureza da prestação, ligado à pessoa do devedor. Ora, não só a lei não permite a cessão (no n.º 1 do art. 2008.º), como, no direito legal de alimentos, a natureza da prestação é indissociável da pessoa do devedor, não sendo de todo admissível a sua cessão.

¹⁷ É igualmente imprescritível (n.º 1 do art. 298.º). Só prescrevem as prestações vencidas, no prazo de cinco anos (alínea f) do art. 310.º).

¹⁸ O legislador demonstra, ainda, todo o seu cuidado com o direito legal de alimentos quando estabelece a impenhorabilidade («O crédito de alimentos não é penhorável, e o obrigado não pode livrar-se por meio de compensação, ainda que se trate de prestações já vencidas.» - n.º 2 do art. 2008.º). Veja-se, ainda, que no que tange agora ao devedor de alimentos, o limite dos bens a penhorar vai mais longe quando está em causa o crédito alimentício. Dispõe o n.º 1 do art. 738.º do CPC que «são impenhoráveis dois terços da parte líquida dos vencimentos, salários, prestações periódicas pagas a título de aposentação ou de qualquer outra regalia social, seguro, indemnização por acidente, renda vitalícia, ou prestações de qualquer natureza que assegurem a subsistência do executado.». O n.º 3 do mesmo artigo acrescenta que «a impenhorabilidade prescrita no n.º 1 tem como limite máximo o montante equivalente a três salários mínimos nacionais à data de cada apreensão e como limite mínimo, quando o executado não tenha outro rendimento, o montante equivalente a um salário mínimo nacional.». Porém, quando estiver em caso uma obrigação de alimentos, só será impenhorável ao devedor a «quantia equivalente à totalidade da pensão social do regime não contributivo.» (n.º 4 do mesmo preceito 738.º do Código de Processo Civil). Ou seja, dada a natureza de necessidade inerente ao direito legal de alimentos, o legislador vai mais longe na penhorabilidade do devedor, privilegiando o bem-estar do credor carecido de alimentos.

Também o Código de Processo Civil consagra um processo de execução especial por alimentos (arts. 933.º e segs.). De referir que o direito a alimentos (consoante as circunstâncias e os seus destinatários) terá diferentes formas de ser efetivado: além do processo especial já aludido, pode ainda o seu incumprimento (injustificado) ser punido criminalmente – art. 250.º do Código Penal; podem ser atribuídos direitos reais de garantia ao credor (alínea d) do art. 705.º e alínea c) do n.º 1 do art. 737.º do Código Civil); pode ainda ser fundamento para deserdação do sucessível legítimo («o autor da sucessão pode em testamento, com expressa declaração da causa, deserdar o herdeiro legítimo, privando-o da legítima, quando se verifique algumas das seguintes situações: (...) c) ter o sucessível, sem justa causa, recusado ao autor da sucessão ou ao seu cônjuge os devidos alimentos» - alínea c) do n.º 1 do art. 2166.º do Código Civil); se o alimentando for menor, pode ainda ser diretamente deduzida do seu salário a prestação alimentícia (vide art. 48.º do RGPTC – Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro) ou, cumpridos os requisitos, recorrer-se ao Fundo de Garantia de Alimentos devidos a Menores (FGAM) – Lei n.º 75/98, de 19 de novembro (com a redação da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro).

¹⁹ De igual modo, se o alimentando aceitar, em determinado mês, uma quantia inferior àquela que lhe era devida não significa que tal vale como renúncia, para futuro, do valor total. LIMA e VARELA (1992) p. 589.

conviventes contraturalizar um direito a alimentos num pacto de coabitação, nos termos do disposto no art. 2014.º.

O direito legal de alimentos subordina-se ao binómio já referido: necessidade do credor e possibilidades do devedor. Estas duas conjunturas não são estanques, as realidades no entorno destas pessoas podem modificar-se. Pelo que, acautela a lei, se as circunstâncias determinantes da fixação dos alimentos fixados se modificarem, podem os alimentos alterar-se em conformidade (reduzindo, aumentando ou extinguindo-se) – art. 2012.º. Aliás, nem seria preciso este preceito legal dispor neste sentido, pois tal casuísmo decorreria da própria natureza da jurisdição voluntária – art. 988.º do CPC.

O direito a alimentos pode cessar por morte, impossibilidade de cumprimento pelo devedor, falta de necessidade do credor ou violação grave dos seus deveres para com o obrigado (n.º 1 do art. 2013.º). Ocorrendo a morte do obrigado ou a impossibilidade de este continuar a prestar alimentos, poderá o alimentado exercer o seu direito em relação aos outros onerados no art. 2009.º, na ordem lá estabelecida (n.º 2 daquele art. 2013.º).

Atendendo ao carácter de eminente necessidade normalmente associada aos alimentos, esta premência nem sempre se coadunará com as delongas de uma demanda judicial. Daí que o legislador contemple a possibilidade de serem arbitrados alimentos provisórios. Enquanto não se fixarem definitivamente os alimentos, pode o tribunal (a requerimento do alimentando ou até oficiosamente no caso dos menores), conceder alimentos provisórios (n.º 1 do art. 2007.º). Não haverá lugar à restituição dos alimentos provisórios recebidos, nos termos do disposto no n.º 2 do mesmo artigo²⁰.

3. Os alimentos durante a união de facto

Apesar de a união de facto ser caracterizada, no art. 1.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, como a vivência em condições análogas às dos cônjuges, a dissemelhança nesta matéria é evidente.

No elenco do art. 2009.º não surge o unido de facto²¹, o que não significa que o unido de facto não possa estar vinculado a alimentos em virtude da sua união. Conquanto, podem as partes obrigar-se, por negócio jurídico, a prestar alimentos nos termos do disposto no art. 2014.º (num pacto de coabitação, por exemplo). Tal será uma obrigação negocial de alimentos e não uma obrigação legal²².

²⁰ Contudo, no caso de o requerente ter atuado de má-fé, terá de indemnizar o requerido, nos termos das regras gerais nos procedimentos cautelares. Cfr. n.º 1 do art. 374.º do CPC.

²¹ «There is no obligation on one unmarried partner to support the other.» HERRING (2013), p. 161.

²² Não se pense que, entre cônjuges ou ex-cônjuges, não possa existir, igualmente, uma obrigação negocial de alimentos. Aliás, poderá até ser bastante comum. «Tratando-se de alimentos definitivos, pode resultar de um acordo entre ex-cônjuges, que não é mais do que um negócio jurídico entre eles, sujeito às regras gerais e ao art. 2014.º; a obrigação também pode nascer de um acordo entre cônjuges, em vista de um divórcio por mútuo consentimento, homologado pelo juiz segundo os arts. 1775.º, n.º 1, e 1776.º; pode ainda assentar num acordo,

Não impende sobre os unidos de facto, no nosso sistema, uma obrigação de sustento quer durante a união, quer após a cessação da mesma. Também não será de aplicar analogicamente as disposições do casamento nesta matéria uma vez que não se trata de uma lacuna, mas sim de uma opção deliberada do legislador.

A formatação legal atual da união de facto não onera os unidos de facto com obrigações similares àquelas que orbitam no casamento. Num sistema fáctico, como o nosso, é mais difícil levar a união de facto muito mais longe no que aos alimentos concerne²³. No entanto, numa revisitação futura da figura e consagrando-se um sistema formal, talvez fosse de efetivar uma solidariedade consentânea com o compromisso inerente²⁴. Um dever legalmente consagrado de assistência entre os unidos de facto materializaria melhor a comunhão de mesa inerente a esta convivência. Além de proteger a expectativa que as partes criam aquando o início de um relacionamento desta natureza. A vida do dia-a-dia implica sempre uma partição patrimonial que não se coaduna com uma contabilidade organizada de pagamentos proporcionais aos gastos individuais. Não queremos com isto dizer que o caráter alimentício pós-rutura não mantenha o seu caráter excecional (somente em caso de comprovada necessidade), pois o princípio da autossuficiência deve ser privilegiado. O direito da família atual não se compadece com a promoção de uma dependência entre as partes após a falência de uma união familiar. A independência pós-união será a regra, a prestação de alimentos a exceção.

4. Os alimentos na cessação da união de facto por morte

A única referência aos alimentos no âmbito da união de facto é que está plasmada no art. 2020.º. De acordo com este preceito, o membro sobrevivente da união de facto que careça de alimentos, pode exigir alimentos da herança do companheiro falecido²⁵. Contudo, este direito cessa nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, isto é, se não for exercido nos dois anos subsequentes à data da morte do autor da sucessão, e, ainda, se o alimentado contrair casamento, iniciar uma nova união de facto ou se tornar indigno do

estimulado pelo juiz, em processo de divórcio litigioso (art. 931.º, n.º 2, CProcCiv).» COELHO e OLIVEIRA (2016), p. 774. Quando alcançam um acordo sobre a prestação de alimentos esta terá um contorno negocial. Pelo contrário, quando não é logrado o acordo, será o tribunal chamado a apreciar a sua admissibilidade legal.

²³ A maioria dos ordenamentos que prevê alimentos entre companheiros tem um sistema formal da união, como identifica Ingeborg Schwenzer: «All legal systems provide for the duty of spouses to maintain each other. The same is true for those legal systems that recognize some kind of formalized civil union or registered partnership. However, for de facto partnerships, such a duty exists only in selected legal systems» - SCHWENZER (2006), p. 33.

²⁴ Defendendo uma clarificação nesta sede nos Estados Unidos: «First, cohabitation should only affect alimony awards based on need. Second, courts and legislatures should define cohabitation and need precisely to capture relationships that resemble the permanency and mutual financial support of marriage. And third, courts should at most suspend, not terminate, alimony in cases of diminished financial need.» MAY (2012), p. 15.

²⁵ Para Marta Costa este «direito a alimentos não consubstancia a atribuição de qualquer direito real sobre a herança, mas apenas o direito a ser alimentado por aquela, não podemos estar perante um direito real. Logo, o presente direito é de natureza obrigacional.» COSTA (2011), p. 272.

benefício pelo seu comportamento moral (art. 2019.º, *ex vi* n.º 3 do art. 2020.º).

Não poderão as partes, num pacto de coabitação, afastar a futura aplicação deste direito plasmado no art. 2020.º. Se o fizerem, a disposição será inválida por violação de uma norma imperativa. Evidentemente que o membro sobrevivente pode optar por não reclamar os alimentos aí previstos ou, simplesmente, não necessitar deles (a necessidade é condição essencial). No entanto, tratando-se de uma consagração legal de alimentos, esta será irrenunciável nos termos do art. 2008.º²⁶.

Este artigo 2020.º é historicamente importante pois foi nesta disposição que, pela primeira vez, o legislador se referiu à união de facto. Foi pela mão da Reforma de 77 (Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro) que, sob a epígrafe «*união de facto*», se estabeleceu que «*Aquele que, no momento da morte de pessoa não casada ou separada judicialmente de pessoas e bens, vivia com ela há mais de dois anos em condições análogas às dos cônjuges tem direito a exigir alimentos da herança do falecido, se os não puder obter, nos termos das alíneas a) a d) do artigo 2009.º.*» (n.º1 do então art. 2020.º)^{27 28}. Só bem mais tarde surge o primeiro diploma da união de facto (Lei n.º 135/99, de 28 de agosto).

Deste modo, foi também neste art. 2020.º que se valorizou inicialmente o lapso temporal de dois anos na convivência «*more uxorio*». Este preceito só veio a ser alterado em 2010 (Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto), passando agora a constar que «*[o] membro sobrevivente da união de facto tem o direito de exigir alimentos da herança do falecido*». Deixa de existir a referência às condições análogas às dos cônjuges (que pode não coincidir com a realidade da união de facto protegida nos termos da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio)²⁹ e a precedência dos obrigados elencados no art. 2009.º (prioridade esta que poderia vir a revelar-se materialmente injusta)³⁰.

Parece inequívoco que este preceito decorre de uma conceção solidária, onde se entende não ser razoável deixar o membro sobrevivente da união desamparado após a morte

²⁶ Renato Neto defende que um acordo neste sentido não seria admitido por atentar contra a ordem pública. NETO (2006), p. 116.

²⁷ Apesar da epígrafe se referir à união de facto, esta era ainda uma nomenclatura pouco usual entre nós até à entrada em vigor da Lei n.º 135/99, de 28 de agosto. Daí que em 1994, o Supremo Tribunal de Justiça se referiu a este art. 2020.º nestes termos: «O artigo 2020 do Código Civil veio estabelecer uma medida substantiva de tutela da relação de concubinato.» Acórdão de 26 de maio de 1998, Proc. n.º 085295, disponível em www.dgsi.pt [consultado em 16 de setembro de 2016].

²⁸ «O artigo 495.º, 3 do Código Civil concedia já (antes da reforma de 1977) a todas as pessoas a quem alguém prestava alimentos no cumprimento de uma obrigação natural (entre as quais cabe a pessoa que com quem outrem vive em união de facto) o direito a indemnização, sempre que, no caso de lesão corporal, a pessoa que prestava os alimentos morresse ou ficasse incapacitada de os prestar. Simplesmente, esse direito não nasce da herança do lesado, mas sim do dever imposto por lei ao lesante, à margem dos direitos sucessórios.» VARELA (1999), p. 27, nota 2.

²⁹ Vide Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15 de fevereiro de 2007, Proc. n.º 258/2007-6, disponível em www.dgsi.pt [consultado em 16 de setembro de 2016].

³⁰ Sobre a necessidade desta mudança (através de críticas à redação anterior), cfr. COSTA (20...), pp. 272 e ss. Refletindo já sobre a mudança efetivada, OLIVEIRA (2010) p. 149.

do outro. Aventam-se aqui duas questões: a natureza familiar (ou não) deste mecanismo assistencialista³¹ e qual o montante de alimentos a arbitrar ao unido de facto sobrevivente (e se a resposta à primeira questão será óbice da resposta à segunda). O Supremo Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se pronunciar quanto a isto, aclarando que «[a] união de facto não constitui, para o modelo de direito de família instituído pela nossa ordem jurídica, uma ‘relação familiar’, e daí que não seja correcto atribuir aos alimentos previstos no artigo 2020 do CCIV66 o mesmo conteúdo que os resultantes de uma relação conjugal. II - A obrigação alimentar consagrada nesse preceito deve pois, limitar-se ao conteúdo assinalado pelo legislador à obrigação alimentar comum e que, nos termos do artigo 2003 do mesmo diploma, se norteia pelo estritamente necessário ao sustento, habitação e vestuário do alimentando, que não portanto pelo necessário para que o alimentando mantenha o padrão de vida que o falecido companheiro proporcionava ao credor dos alimentos»³².

Quanto à natureza familiar, a nossa opinião diverge do sentido manifestado no aresto. Embora não integre o elenco das fontes jurídico-familiares previsto no art. 1576.º do Código Civil, a união de facto estará – em nossa perspetiva – incluída na proteção do art. 36.º, n.º1, da Constituição da República Portuguesa sendo, portanto, uma relação familiar³³.

Quanto ao montante em causa, julgamos que dependerá de uma ponderação das necessidades do alimentando e, sobretudo, das possibilidades da herança do membro falecido e dos seus herdeiros. Não sendo os unidos de facto herdeiros legais um do outro, poderá revelar-se materialmente injusto ignorar o contributo que uma das partes possa ter tido no ganho de património da outra e, após a morte desta, ficar limitada a uma vivência num limiar de subsistência. Por outro lado, poder-se-á argumentar que, sendo esse o caso, haverá sempre a possibilidade de invocar o enriquecimento sem causa e opô-lo aos seus herdeiros. Porém, não deixará de ser um ónus pesado a cargo do unido de facto sobrevivente que, através dos alimentos, estaria melhor protegido.

Além do disposto no art. 2020.º referente ao direito de alimentos (em caso de morte), não existe uma obrigação legal de sustento entre os unidos de factos³⁴. Sem

³¹ Antunes Varella rejeitava veemente a eventual natureza familiar inerente a este art. 2020.º. «A nova legislação não criou entre as pessoas ligadas pelo concubinato nenhuns deveres próprios da relação familiar, em geral, ou da relação conjugal, em especial. O artigo 2020.º limita-se a conceder a um dos concubinos um direito de crédito contra o espólio do finado.» VARELA (1999), p. 29.

³² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de setembro de 1998, Proc. n.º 98B637, disponível em www.dgsi.pt [consultado em 16 de setembro de 2016]. No mesmo sentido de reconduzir a medida dos alimentos no âmbito do art. 2020.º aos limites previstos no art. 2003.º e 2004.º (e não ao art. 1616.º - A, dos ex-cônjuges), COELHO e OLIVEIRA (2016), p. 96.

³³ Cfr., a esse propósito, CRUZ (2016), pp. 337-344.

³⁴ Ao contrário do que sucede no ordenamento jurídico brasileiro onde se prevê expressamente deveres de sustento e assistência, entre outros. («As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.» - art. 1.724 do Código Civil). A assistência inclui a assistência material «(...) ou seja, prestação de alimentos de um para com o outro quando necessitarem.» NETO (2006), p. 115. O diploma anterior (à inserção da união estável no Código Civil) – Lei 9.278/96 –

prejuízo da partilha de recursos ser inerente à comunhão de mesa da união de facto³⁵, nada se dispõe sobre um dever de manutenção entre as partes quer durante a convivência³⁶, quer quando esta cessa³⁷. Não é de estranhar que o nosso ordenamento siga esta lógica, dado o acolhimento legal tímido da união de facto e a natureza fáctica a ela inerente. Outros ordenamentos decidiram ir mais longe nesta matéria, consagrando expressamente um dever de sustento durante a união e uma solidariedade após a cessação da mesma³⁸. Enquanto uns fazem decorrer estas onerações da união, outros

previa a prestação de alimentos na hipótese de dissolução da união. Todavia, fazia depender esse direito de uma dupla condição: necessidade e culpa. «Essa obrigação devia ser cumprida pelo companheiro culpado ao inocente, quando demonstrada a necessidade de recebê-los.» FREIRE (2006), p. 39. Sobre a evolução legal do direito a alimentos entre os conviventes no Brasil, vide PAZINI (20...), pp. 203 e ss; e CRISPINO (2009), pp. 190 e ss; ALVES (2010), pp. 514 e ss. Para uma perspetiva de alimentos entre concubinos, cfr. MOURA (1985) pp. 237 e ss.

Para um estudo histórico, desde o século XI até ao século XX, do dever de sustento e de alimentos em Inglaterra («alimony» e «maintenance»), vide KUMAR (1978) pp. 31 e ss. Já para uma análise histórica do «alimony» nos Estados Unidos (desde a sua raiz nos tribunais eclesiásticos ingleses), vide MAY (20...) pp. 404 e ss.

³⁵ Será de presumir que ocorra. Com a convivência similar à de pessoas casadas, será normal que cada uma das partes procure o bem-estar da outra e lhe preste a assistência necessária como forma de levarem a cabo um projeto comum de vida. O cumprimento deste auxílio será puramente voluntário. A questão que se coloca é, justamente, a sua efetivação jurídica. Sobre este assunto no ordenamento espanhol, cfr. MESA MARRERO (2012) pp. 128 e ss. Ainda na mesma senda, «Constante la relación, lege lata no existe entre los convivientes un derecho/deber recíproco de sostenimiento de las cargas familiares similar al que se da entre cónyuges, aunque según alguno opinión sí existe un deber moral y social de asistencia y socorro mutuo entre compañeros, si bien no es exigible legalmente.» GARCÍA RUBIO (1995), p. 204.

³⁶ O ordenamento holandês prevê deveres de sustento e assistência para os companheiros, tal como para os casados (vide art. 1.81 ex vi 1.80b do Livro do Direito das Pessoas e da Família do Código Civil). Do mesmo modo, o Código Civil catalão (Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia), estabelece, no art. 234-10, uma prestação alimentícia quando a união estável cessa caso esta união tenha diminuído a capacidade de um deles em obter rendimentos; ou caso tenha a guarda de filhos comuns em circunstâncias em que a sua capacidade de obter rendimentos diminua. Há ainda a possibilidade de reclamar esta prestação aos seus herdeiros nos termos do n.º 3 do mesmo preceito. Esta prestação pode ser una tantum ou em prestações periódicas (art. 234-11-1). Não havendo acordo, é o tribunal que decide (art. 234-11-2). Sendo em prestações, a pensão terá um carácter temporário, com o máximo de três anuidades (a não ser que a prestação se funde na diminuição da capacidade de ganho em virtude da guarda de filhos comuns, nesse caso, será atribuída enquanto durar a guarda (234-11-3).

³⁷ Sem prejuízo de, em determinadas situações pontuais, se poder aplicar o disposto no art. 2011.º, quando tenha havido doações entre os unidos de facto. Este preceito prevê a hipótese de o alimentando ter disposto de bens por doação que lhe pudessem assegurar meios de subsistência. Nessa situação, a obrigação recairá – no todo ou em parte – sobre o donatário ou donatários, segundo a proporção do valor dos bens doados (cfr. n.ºs 1 e 2 do art. 2011.º). Naturalmente que esta hipótese só se colocará no entorno da união de facto se um dos membros tiver doado parte do seu património à outra parte e venha depois a encontrar-se numa situação de carência. Terá, pois, uma aplicação residual e em pouco contribui para a resolução da questão em análise.

³⁸ Há quem defenda que, mesmo que uma lei autonómica espanhola nada disponha nesse sentido, «[h]oy, la doctrina y la jurisprudencia entienden con carácter mayoritario que la regulación del artículo 153 C.c. relativo a la prestación de alimentos debe entenderse extensible a los miembros de la unión o pareja de hecho, sobre la base de una obligación natural, no exigible jurídicamente, pero que tampoco posibilita la restitución de lo entregado por propia voluntad mientras duró la convivencia.» LLEDÓ YAGÜE (2012), p. 25. Porém, não é a esta questão que nos referimos. Não nos estamos aqui a debruçar sobre o carácter de obrigação natural que possam ter eventuais prestações pecuniárias entre as partes durante a convivência e que, dada essa índole,

permitem que as partes decidam livremente se desejam esta vinculação (através de pactos de coabitação, por exemplo)³⁹.

A aparente orfandade legal nesta matéria leva a que os pactos de coabitação sejam a solução imediata mais viável, regulando os alimentos nos termos do art. 2014.^o ⁴⁰.

5. Reflexão final

Após esta breve caracterização sobre os alimentos na órbita da união de facto, percebemos a intenção do legislador em demarcar a união de facto face ao casamento impondo efeitos claramente distintos nestas matérias de natureza alimentar.

não pode depois vir a ser reclamada a sua restituição. O que aqui discutimos é a possibilidade de existir um direito a alimentos durante a convivência (em jeito de dever de sustento ou assistência) e após a cessação da mesma como forma de materializar uma solidariedade pós-união (em caso de necessidade das partes).

Para uma análise global das leis ‘autónomicas’ espanholas sobre a compensação económica entre os conviventes após a dissolução da união, *vide* PÉREZ UREÑA (2009), pp. 31 e ss.

³⁹ Vejamos, designadamente, a Ley 2/2003, de 7 de mayo, Reguladora de las parejas de hecho do País Basco. O art. 6.^o deste diploma estabelece que as partes podem aderir a cláusulas gerais que regulem a união e nestas se inclui uma obrigação de manutenção durante a união (quer através a afetação de recursos económicos, quer por trabalho doméstico) e após o seu fim (desde que reunidos certos requisitos, como a diminuição, em virtude da união, de obter rendimentos; se o cuidado dos filhos comuns durante a união dificultou uma vida profissional mais rentável, etc).

⁴⁰ Usamos o vocábulo aparente porque existe uma situação em que o legislador, ainda que de forma encapotada, admite uma prestação alimentar pós-rutura da união (e não apenas em consequência da morte. Vejamos o art. 4.^o da Lei n.^o 7/2001, de 11 de maio, a propósito da proteção da casa de morada de família em caso de rutura, que remete para os mesmos preceitos legais do regime do divórcio (arts. 1793.^o e 1105.^o do Código Civil). Foquemo-nos no art. 1793.^o (*ex vi* art. 4.^o da Lei n.^o 7/2001, de 11 de maio) para o que aqui releva. Quando a casa de morada de família pertence a um dos unidos de facto, ou a ambos (no caso de serem comproprietários da casa), o direito de habitar na mesma, após a rutura, pode ser concedido a qualquer um deles. Assim, pode ficar a casa de morada de família para o unido de facto único proprietário, para o não proprietário, ou para o membro que é somente um dos proprietários. Nestes últimos dois cenários surgirá uma relação de arrendamento que pode ser constituída por acordo entre os unidos de facto ou por sentença. Quando não haja acordo, o tribunal decidirá as questões atinentes à casa de morada de família, nos termos do art. 1793.^o. Para tal terá em conta as necessidades dos unidos de facto e os interesses dos filhos, caso estes existam (n.^o 1 do art. 1793.^o). As condições e o conteúdo deste arrendamento serão fixadas pelo tribunal (n.^o 2 do mesmo art. 1793.^o). Logo aqui percebemos que o valor da renda a pagar pelo unido de facto que fica a residir na casa (no caso de não ser o proprietário da mesma ou não ser o único proprietário) será determinado em função da necessidade e possibilidades deste e não tanto pelo valor de mercado daquele imóvel. Por conseguinte, a diferença entre o valor de mercado da renda daquela casa (que um estranho pagaria) e o valor mais baixo que o ex-unido de facto pagará, em função do relacionamento que os uniu, terá uma natureza alimentar. Ideia aventada por Jorge Duarte Pinheiro que também conclui que «Deste modo, pode levantar-se a hipótese de serem analogicamente aplicáveis certas regras respeitantes à obrigação de alimentos, como os arts. 2014.^o, 2020, n.^o 3 e 2019.^o do Código Civil.» PINHEIRO (2006), pp. 456-457. Neste caso, existirá uma prestação alimentar entre os unidos de facto pós-rutura que se consubstancia no montante que o unido (com direito a residir na casa) poupa no pagamento da renda. E esta prestação alimentícia enxertada na questão da casa de morada de família tanto pode ser decidida por acordo entre as partes como, na falta destes, ser atribuída por sentença nos termos previsto no art. 1793.^o.

A dissociação é ainda mais evidente uma vez que os unidos de facto não são herdeiros legais um do outro sendo a sua proteção após a dissolução por morte bem mais periclitante. Naturalmente que podem os membros da união de facto lançar mão do testamento para calibrar alguma desproteção futura, tendo sempre em mente que a liberdade para testar estará limitada pela sucessão legitimária.

Ainda assim, com a Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto, o legislador enrobusteceu a proteção no âmbito da morte. Com a nova redação dada ao art. 5.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, ao proteger a casa de morada de família após a morte em termos imperativos (como um 'legado legitimário') tentou, pelo menos, não deixar o unido de facto sobrevivo completamente vulnerável em caso de dissolução da união por morte.

Porém, no que aos alimentos concerne, a lei continua a prever unicamente a proteção do art. 2020.º em caso de morte.

Importará garantir que, em vida, os unidos de facto conheçam os seus direitos (ou a falta deles) para evitar que a situação de infortúnio - provocada pela morte de um deles - se agudize com um desamparo económico.

Referências

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira [et. al], 2010, *Código das Famílias Comentado*, Belo Horizonte, Del Rey
- COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, 2016, *Curso de Direito da Família*, volume I, 5.ª edição, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra
- COSTA, Marta, 2011, *Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais*, Coimbra, Coimbra Editora
- CRISPINO, Nicolau Eládio Bassalo, 2009, *A união estável e os negócios entre companheiros e terceiros*, Belo Horizonte, Del Rey
- CRUZ, Rossana Martingo, 2016, «A união de facto na Constituição da República Portuguesa: entidade digna de que proteção?» in *Direito na Lusofonia. Diálogos Constitucionais no Espaço Lusófono*, 3.º Congresso Internacional de Direito na Lusofonia Escola de Direito da Universidade do Minho
- FREIRE, Reinaldo Franceschini, 2009, *Concorrência sucessória na união estável*, Curitiba, Juruá Editor
- GARCÍA RUBIO, Maria Paz, 1995, *Alimentos entre conyuges y entre convivientes de hecho*, Madrid, Ed. Civitas
- HERRING, Jonathan, 2013, *Family law, 6th Ed.*, Harlow, Pearson
- KUMAR, Virenda, 1978, *Alimony and Maintenance in the light of the changing concept of marriage and divorce*, Publication Bureau Panjab University Chandigarh
- LIMA, Fernando Andrade Pires de e Varela, João de Matos Antunes, 1992, *Código Civil*

Anotado, Vol. V, Coimbra, Coimbra Editora

- LLEDÓ YAGÜE, Francisco [et al], 2012, *El matrimonio y situaciones análogas de convivencia: crisis y efectos comunes a la nulidade, separación y divorcio*, Cuadernos Teóricos Bolonia, Derecho de Familia – Cuaderno I, Dykinson, Madrid
- MAY, Emily M., 2012, «Should moving in mean losing out? Making a case to clarify the legal effect of cohabitation on alimony» in *Duke Law Journal*, n.º 62
- MELO, Helena Gomes; RAPOSO, João Vasconcelos; CARVALHO, Luís Batista; BARGADO, Manuel do Carmo; LEAL, Ana Teresa; D' OLIVEIRA, 2010, *Felicidade – Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, 2.ª ed., Lisboa, Quid Juris
- MESA MARRERO, Carolina, 2006, *Las Uniones de Hecho – Análisis de las Relaciones Económicas y sus Efectos*, 3ª ed. Actualizada y aumentada, Navarra, Thomson Aranzadi
- MOURA, Mário Aguiar, 1985, *Concubinato*, 6.ª edição actualizada e aumentada, Rio de Janeiro, Aide Editora
- NETO, Renato Avelino de Oliveira, 2006, *Contrato de coabitação na União de fato*, Coimbra, Almedina
- OLIVEIRA, Guilherme de, 2010, «Notas sobre a Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto: alteração à lei das uniões de facto» in *Lex familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 7, n.º 14, Coimbra
- PAZINI, Claudio Ferreira, 2009, *Alimentos e sucessão na União Estável*, Belo Horizonte, Del Rey
- PÉREZ UREÑA, Antonio, 2009, *Compensación económica y alimentos en las parejas de hecho*, Madrid, Difusión Jurídica
- PINHEIRO, Jorge Duarte, 2006, «O arrendamento urbano e a união de facto», in *Separata de Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António Sousa Franco*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora
- _____, 2016, *O Direito da Família Contemporâneo*, 5ª edição, Lisboa, Almedina
- SCHWENZER, Ingeborg H., 2006, *Model family code – from a global perspective*, Antwerpen, Intersentia
- SOTTOMAYOR, Maria Clara, 2011, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, Coimbra, Almedina, 5ª edição
- VARELA, Antunes, 1999, *Direito da Família*, 1.º volume, 5.ª edição Revista, actualizada e completada, Livraria Petrony, Lda

LIBERDADE DE ESTABELECIMENTO (E OUTRAS LIBERDADES EUROPEIAS RELACIONADAS), PARAÍSOIS FISCAIS, PLANEAMENTO FISCAL E MEDIDAS ANTIABUSO

Patrícia Anjos Azevedo ¹

1. Introdução e enquadramento ²

A liberdade de estabelecimento e a liberdade de prestação de serviços garantem a mobilidade de empresas e profissionais na União Europeia. A primeira liberdade aqui referenciada inclui o direito de aceder a atividades não assalariadas, como trabalhador independente, e o de criar e gerir empresas para o exercício de uma atividade permanente de natureza estável e contínua, nas mesmas condições que a lei do Estado-membro de estabelecimento fixar para os seus nacionais. Quanto à liberdade de prestação de serviços, esta aplica-se a todas as prestações realizadas mediante remuneração, na medida em que não sejam reguladas pelas disposições relativas à livre circulação de mercadorias, de capitais e de pessoas. Ademais, e como potenciadoras destas liberdades, temos ainda a liberdade de circulação de pessoas, a liberdade de circulação de trabalhadores e a liberdade de circulação de capitais.

Ora, e dado que o contribuinte possui à sua disposição um verdadeiro “direito fundamental ao planeamento fiscal” – desde que se trate de práticas de planeamento fiscal legítimo –, as aludidas liberdades europeias encontram-se conexas com o problema da concorrência fiscal prejudicial e das práticas fiscais prejudiciais, que proliferam no mundo globalizado em que vivemos. Mais concretamente, verifica-se que o recurso aos denominados “paraísos fiscais” poderá redundar numa forte concorrência fiscal, na medida em que se oferecem vantagens bastante atrativas para grandes fortunas e investimentos estrangeiros. A par deste fenómeno, verifica-se ainda a existência de regimes fiscais preferenciais e de zonas de baixa pressão fiscal, que também contribuem para o fenómeno da concorrência fiscal prejudicial. A OCDE, no seu papel de instância harmonizadora e de fomento da cooperação com vista ao desenvolvimento económico e social global, tem prestado especial atenção ao fenómeno, bem como às práticas fiscais prejudiciais, emitindo alguns relatórios nestas matérias.

Neste contexto, convém ainda distinguirmos os diferentes tipos de planeamento fiscal, uma vez que este poderá ser perfeitamente legítimo (planeamento fiscal *intra*

¹ Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP). Professora Auxiliar Convidada no Instituto Universitário da Maia (ISMAI) e Professora Adjunta Convidada no Instituto Politécnico da Maia (IPMAIA). Membro da Comissão Científica do N2i (Núcleo de Investigação do IPMAIA).

² **Lista de abreviaturas utilizadas neste trabalho:** CE (Comissão Europeia); CIRC (Código do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas); EATLP (European Association of Tax Law Professors – Associação Europeia de Professores de Direito Fiscal); LGT (Lei Geral Tributária); OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico); RGIT (Regime Geral das Infrações Tributárias); SIS (Sistema de Informação *Schengen*); TFUE (Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia); TJUE (Tribunal de Justiça da União Europeia); TUE (Tratado da União Europeia); UE (União Europeia).

legem); poderá, por sua vez, ser abusivo, agressivo, excessivo ou elisivo (planeamento fiscal *extra legem*); ou, ainda, poderemos estar em presença de planeamento fiscal ilegítimo (fraude/evasão fiscal), sendo, neste caso, o planeamento fiscal levado a cabo de uma forma claramente atentatória da legislação vigente (planeamento fiscal *contra legem*). Para o que mais aqui nos interessa, esclareça-se que o planeamento fiscal abusivo consubstancia – ainda assim – a prática de atos lícitos, mas cujo resultado não é bem aceite pelo ordenamento jurídico, na medida em que contraria princípios fundamentais do sistema fiscal. Neste contexto, vigoram disposições fiscais antiabuso como forma de corrigir os resultados obtidos pelos contribuintes por intermédio deste tipo de planeamento fiscal. Mais concretamente, no caso português, a cláusula geral antiabuso encontra-se prevista no art.º 38.º da LGT, sendo que as disposições antiabuso específicas encontram-se previstas nos art.ºs 63.º e ss do CIRC, a saber: preços de transferência, subcapitalização e regimes de imputação e de não dedutibilidade fiscal.

2. Análise das principais liberdades europeias

a) Liberdade de circulação de pessoas e de trabalhadores

A liberdade de circulação de pessoas apresenta como base jurídica o art.º 3.º, n.º 2, do Tratado da União Europeia (TUE); o art.º 21.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE); bem como os títulos IV e V do mesmo TFUE.

Mais concretamente, «a liberdade de circulação e de residência das pessoas na UE constitui a pedra angular da cidadania da União, estabelecida pelo Tratado de Maastricht em 1992. A sua implementação prática no direito da UE não foi, porém, uma questão simples. Implicou, em primeiro lugar, a supressão gradual das fronteiras internas, nos termos dos acordos de Schengen, inicialmente apenas num grupo limitado de Estados-Membros. Hoje, as disposições que regem a livre circulação de pessoas estão definidas na Diretiva 2004/38/CE relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da UE e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, embora continuem a existir obstáculos de monta no plano da sua aplicação»³.

A liberdade de circulação de pessoas materializa-se em algumas realizações do Espaço *Schengen*, designadamente as seguintes: (i) abolição dos controlos nas fronteiras internas para todas as pessoas; (ii) medidas destinadas a reforçar e harmonizar os controlos nas fronteiras externas, não havendo necessidade de passaporte ou outro tipo de formalidade; (iii) uma política comum em matéria de vistos para estadias de curta duração, o que significa que os cidadãos de países terceiros incluídos na lista comum de países não membros, cujos cidadãos necessitam de um visto de entrada [cfr. anexo II do Regulamento (CE) n.º 539/2001 do Conselho] e têm direito a um visto único, válido para todo o espaço Schengen; (iv) cooperação policial e judiciária, no sentido de que as forças policiais cooperam entre si na deteção e prevenção de delitos e têm o direito de perseguir

³ Cfr. http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_2.1.3.pdf, consultado em 05.04.2018. Este documento serviu-nos de base a esta parte da nossa exposição.

criminosos em fuga no território de um país vizinho signatário do Acordo de Schengen; (v) existência de um sistema de extradição mais célere e reconhecimento mútuo das decisões penais; e (vi) estabelecimento e desenvolvimento do Sistema de Informação Schengen (SIS).

A liberdade de circulação de pessoas é, portanto, uma das mais importantes liberdades da União Europeia, não obstante a sua implementação prática não ter sido fácil.

Com a finalidade de transformar a União Europeia num espaço de verdadeira mobilidade e liberdade de circulação para todos os seus cidadãos, foram aprovadas diversas diretivas com o objetivo de conceder direitos de residência a pessoas que não exerçam uma atividade profissional, a saber: a Diretiva 90/365/CEE do Conselho, relativa ao direito de residência dos trabalhadores assalariados e não assalariados que cessaram a sua atividade profissional; a Diretiva 90/366/CEE do Conselho, respeitante ao direito de residência dos estudantes; e a Diretiva 90/364/CEE do Conselho, relativa ao direito de residência (para os nacionais dos Estados-Membros que não beneficiem desse direito por força de outras disposições do Direito europeu e para os membros das respetivas famílias).

Foi ainda aprovada uma nova diretiva global, ou seja, a Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros. Esta nova diretiva revoga várias diretivas anteriores, designadamente as três referidas acima, reunindo, num só texto, as disposições dispersas em diferentes atos legislativos e reforçadas pela jurisprudência. Esta diretiva destina-se a incentivar os cidadãos da União Europeia a exercer o direito à livre circulação e residência nos Estados-Membros, a reduzir ao estritamente necessário as formalidades administrativas, a definir melhor o estatuto dos membros da família e a circunscrever a possibilidade de recusar a entrada ou pôr termo ao direito de residência. Todavia, a Diretiva 2004/38/CE foi alvo de problemas e de controvérsia, evidenciando diversos problemas graves nas normas de transposição. Neste contexto, a Comissão iniciou diversos processos por infração contra vários Estados-membros pela transposição incorreta ou incompleta da diretiva, mas os problemas persistem.

Por seu turno, a liberdade de circulação de trabalhadores prevê a abolição de qualquer discriminação com base na nacionalidade entre trabalhadores dos Estados-Membros em matéria de emprego, remuneração e outras condições de trabalho e emprego⁴.

Assim, «(...) a livre circulação de trabalhadores (...) inclui os direitos de circulação e residência dos trabalhadores, o direito de entrada e de permanência dos membros da família e o direito de trabalhar noutro Estado-Membro da UE e ser tratado da mesma

⁴ Cfr., por exemplo, MACHADO, Jónatas E. M. e COSTA, Paulo Nogueira da (2012), *Curso de Direito Tributário*, 2.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 97-99, que versam sobre a liberdade de circulação de trabalhadores.

forma que os nacionais desse Estado-Membro. Em certos países, aplicam-se restrições a cidadãos de Estados-Membros que tenham aderido recentemente à UE. As normas relativas ao acesso a prestações sociais são atualmente definidas sobretudo pela jurisprudência do Tribunal de Justiça»⁵.

Como bases jurídicas para a liberdade de circulação de trabalhadores, veja-se o art.º 3.º, n.º 2, do Tratado da União Europeia (TUE); o art.º 4.º, n.º 2, alínea a), bem como os art.ºs 20.º, 26.º e 45.º a 48.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Esta matéria encontra-se ainda regulada pela já referida Diretiva 2004/38/CE, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros; pelo Regulamento (UE) n.º 492/2011 relativo à livre circulação dos trabalhadores na União; pelo Regulamento (CE) n.º 883/2004 relativo à coordenação dos sistemas de segurança social e pelo Regulamento (CE) n.º 987/2009 que estabelece as suas modalidades de aplicação.

A esfera de proteção desta liberdade parece, à primeira vista, limitar-se aos “trabalhadores”, especialmente se nos cingirmos à letra dos art.ºs 45.º e ss do TFUE, mas o Acórdão *Asscher* (Acórdão do TJUE, de 27 de junho de 1996, C-107/94) vem referir que o conceito de “trabalhador se refere a «qualquer pessoa que exerça actividades reais e efectivas, com exclusão de actividades de tal modo reduzidas que se apresentem como meramente marginais e acessórias”, no pressuposto de “(...) a pessoa realizar, durante certo tempo, em benefício de outra e sob a sua direcção, prestações em contrapartida das quais recebe uma remuneração»⁶.

Destarte, os nacionais de um determinado Estado-Membro têm o direito de trabalhar noutro Estado-Membro, em conformidade com a legislação aplicável aos trabalhadores nacionais. A Diretiva 2004/38/CE introduz a cidadania da União Europeia como estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-Membros quando estes exerçam o seu direito de livre circulação e residência no território da UE. Assim, durante os primeiros três meses, qualquer cidadão da UE tem o direito de residir no território de outro Estado-Membro sem estar sujeito a quaisquer condições ou formalidades. Para períodos de permanência mais extensos, o Estado-Membro de acolhimento pode exigir que os cidadãos procedam ao respetivo registo num prazo razoável e não discriminatório. Os trabalhadores nacionais de um Estado-Membro não podem, no território de outro Estado-Membro, ser tratados de forma diferente dos trabalhadores nacionais, nomeadamente em questões relativas à contratação, ao despedimento, à remuneração, à formação profissional e às medidas de reconversão profissional. Os cidadãos nacionais de um Estado-membro que trabalhem noutro Estado-membro gozam dos mesmos benefícios sociais e fiscais e do mesmo acesso à habitação que os trabalhadores nacionais

⁵

http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_3.1.3.html, consultado em 05.04.2018, que nos serviu de base a esta parte da nossa exposição.

⁶ Para maiores desenvolvimentos, cfr. NOGUEIRA, João Félix Pinto (2010), *Direito Fiscal Europeu*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 207 e 208.

Cfr.

e têm direito a tratamento igual no que respeita ao exercício dos direitos sindicais ^{7 8}.

b) Liberdade de estabelecimento e liberdade de prestação de serviços

«(...) A liberdade de estabelecimento e a liberdade de prestação de serviços garantem a mobilidade de empresas e profissionais na UE. No sentido de aumentar o exercício destas duas liberdades, as expectativas geradas pela Diretiva Serviços, adotada em 2006, são elevadas, uma vez que esta diretiva se reveste de extrema importância para a realização do mercado interno.» ⁹

Como bases jurídicas referentes à liberdade de estabelecimento e à liberdade de prestação de serviços¹⁰, veja-se o art.º 26.º (o mercado interno), os art.ºs 49.º a 55.º (o direito de estabelecimento) e os art.ºs 56.º a 62.º (os serviços), todos do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). A Diretiva Serviços (Diretiva 2006/123/CE, de 12 de dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno), que reforça a liberdade de prestação de serviços na UE é essencial para a realização do mercado interno, tendo como objetivo criar um mercado único aberto para os serviços na UE, garantindo simultaneamente a qualidade dos serviços prestados aos consumidores no seio da União.

Ora, «nos termos da liberdade de estabelecimento não podem ser criados obstáculos nem pelo Estado de acolhimento, tornando mais difícil o estabelecimento de não residentes, nem pelo Estado de origem, dificultando o estabelecimento dos seus residentes noutro Estado-membro.» ¹¹

O direito de estabelecimento inclui o direito de aceder a atividades não assalariadas, como trabalhador independente, e de criar e gerir empresas para o exercício

⁷ Para criar um ambiente propício à mobilidade dos trabalhadores, a UE envidou um conjunto de esforços, destacando-se os seguintes: (i) um cartão europeu de seguro de saúde e uma diretiva relativa aos cuidados de saúde transfronteiriços; (ii) a coordenação dos regimes de segurança social em virtude do Regulamento (CE) n.º 883/2004 e do Regulamento (CE) n.º 987/2009 que estabelece as modalidades de execução do primeiro regulamento; (iii) a adoção da Diretiva 2014/50/UE, relativa aos requisitos mínimos para uma maior mobilidade dos trabalhadores entre os Estados-Membros, mediante a melhoria da aquisição e manutenção dos direitos a pensão complementar; (iv) a Comunicação da Comissão de 2010 «Reafirmar a liberdade de circulação de trabalhadores: direitos e principais desenvolvimentos», e a Comunicação de 2013 «Livre circulação dos cidadãos da UE e das suas famílias: cinco ações que fazem a diferença», bem como as orientações sobre a aplicação do «teste da residência habitual» no domínio da segurança social e sobre a luta contra os casamentos de conveniência; e (v) a Diretiva 2014/54/UE relativa a medidas destinadas a facilitar o exercício dos direitos conferidos aos trabalhadores no contexto da livre circulação de trabalhadores.

⁸ Sobre a livre circulação de trabalhadores, cfr. DOURADO, Ana Paula (2010), *Lições de Direito Fiscal Europeu - Tributação Directa*, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 75-76.

⁹ Cfr. http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_3.1.4.html, consultado em 05.04.2018, que nos serviu de base a esta parte da nossa exposição.

¹⁰ Acerca destas matérias, cfr., por exemplo, MACHADO, Jónatas E. M. e COSTA, Paulo Nogueira da (2012), *Curso de Direito Tributário*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 99-101, sobre as liberdades de estabelecimento e de prestação de serviços.

¹¹ Cfr. NOGUEIRA, João Félix Pinto (2010), *Direito Fiscal Europeu*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 209.

de uma atividade permanente de natureza estável e contínua, nas mesmas condições que a lei do Estado-membro de estabelecimento fixar para os seus nacionais. A liberdade de prestação de serviços aplica-se a todas as prestações realizadas normalmente mediante remuneração, na medida em que não sejam reguladas pelas disposições relativas à livre circulação de mercadorias, de capitais e de pessoas¹².

Deste modo, os trabalhadores independentes e os profissionais ou as pessoas coletivas, na aceção do art.º 54.º do TFUE, que operem legalmente num Estado-Membro, podem: exercer uma atividade económica estável e contínua noutro Estado-Membro (liberdade de estabelecimento: art.º 49.º do TFUE); ou (ii) oferecer e prestar os seus serviços noutros Estados-Membros, a título temporário, permanecendo no seu país de origem (liberdade de prestação de serviços: art.º 56.º do TFUE). Este objetivo impõe não só a supressão de qualquer discriminação com base na nacionalidade, mas também a adoção de medidas tais como a harmonização das regulamentações nacionais ou o seu reconhecimento mútuo.

A liberdade de estabelecimento inclui ainda a eliminação das «restrições à criação de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado-membro estabelecidos no território de outro Estado-membro»¹³, pelo que podemos distinguir o direito de estabelecimento primário (constituição de sociedades) e o direito de estabelecimento secundário (criação de filiais e sucursais, que em princípio constituirão estabelecimentos estáveis).

Existindo dúvidas sobre o enquadramento de uma dada situação na liberdade de circulação de trabalhadores ou na liberdade de estabelecimento, veja-se que, relativamente aos trabalhadores por conta de outrem, estes deverão enquadrar-se na primeira liberdade, ao passo que os trabalhadores por conta própria deverão ser enquadrados na liberdade de estabelecimento¹⁴.

Poderão também existir dúvidas acerca do enquadramento de uma determinada situação na liberdade de circulação de capitais, já que o exercício da liberdade de estabelecimento pode ocorrer através da aquisição e detenção de participações sociais de pessoas coletivas com sede noutro Estado-membro. Para que esta situação seja abrangida na liberdade de estabelecimento, é necessário que tais participações confirmem ao seu detentor «uma participação que lhe conf[ira] uma influência certa sobre as decisões dessa sociedade e lhe permita que determine as respectivas actividades». Os demais casos enquadrar-se-ão na liberdade de circulação de capitais¹⁵.

¹² Sobre o direito de estabelecimento, cfr. DOURADO, Ana Paula (2010), *Lições de Direito Fiscal Europeu - Tributação Directa*, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, pp. 76-84.

¹³ Cfr. NOGUEIRA, João Félix Pinto (2010), *Direito Fiscal Europeu*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 208.

¹⁴ Para maiores desenvolvimentos, cfr. NOGUEIRA, João Félix Pinto (2010), *Direito Fiscal Europeu*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 209.

¹⁵ Para maiores desenvolvimentos, cfr. NOGUEIRA, João Félix Pinto (2010), *Direito Fiscal Europeu*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 209.

Por sua vez, na esfera de proteção em causa na liberdade de prestação de serviços, encontram-se «(...) tanto os prestadores de serviços, como os destinatários desses mesmos serviços, desde que os mesmos tenham um carácter transnacional (...)»¹⁶, o que significa que a situação deverá encontrar-se em conexão com mais do que um ordenamento jurídico, ainda que o respetivo impacto seja apenas para um dos Estados-membros^{17 18}.

c) A liberdade de circulação de capitais

No essencial, a liberdade de circulação de capitais determina que devem ser suprimidas todas as restrições à circulação de capitais entre Estados-membros e entre Estados-membros e países terceiros. A livre circulação de capitais deve contribuir para o estabelecimento do mercado único ao favorecer a livre circulação nos outros domínios (por exemplo, relativamente a pessoas, mercadorias e serviços), devendo igualmente estimular o progresso económico e investimento eficiente do capital e promover a utilização do euro como divisa internacional. Esta liberdade foi assim indispensável para a evolução da União Económica e Monetária, com a introdução da moeda euro^{19 20}.

Como base jurídica relativamente a esta liberdade, refiram-se os art.ºs 63.º a 66.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), bem como os art.ºs 75.º e 215.º do TFUE, em matéria de sanções.

Mais concretamente, e de acordo com a ficha técnica da UE acerca desta liberdade²¹, «a livre circulação de capitais é a mais recente e — devido à sua dimensão única respeitante a países terceiros — a mais ampla de todas as liberdades previstas no Tratado. Inicialmente, os Tratados não previam a plena liberalização da circulação de capitais; os Estados Membros apenas eram obrigados a eliminar as restrições, na medida necessária para efeitos de funcionamento do mercado comum. Não obstante, como as condições económicas e políticas na Europa e no mundo mudaram, o Conselho Europeu confirmou a realização progressiva da União Económica e Monetária (UEM) em 1988. Tal incluía uma maior coordenação das políticas económicas e monetárias nacionais».

¹⁶ Neste sentido, cfr. NOGUEIRA, João Félix Pinto (2010), *Direito Fiscal Europeu*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 210.

¹⁷ Neste sentido, cfr. NOGUEIRA, João Félix Pinto (2010), *Direito Fiscal Europeu*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 210-211.

¹⁸ Acerca da livre prestação de serviços, veja-se DOURADO, Ana Paula (2010), *Lições de Direito Fiscal Europeu - Tributação Directa*, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 84-91.

¹⁹ Sobre a livre circulação de capitais, cfr. DOURADO, Ana Paula (2010), *Lições de Direito Fiscal Europeu - Tributação Directa*, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 93 e ss.

²⁰ Sobre esta matéria, cfr., por exemplo, MACHADO, Jónatas E. M. e COSTA, Paulo Nogueira da (2012), *Curso de Direito Tributário*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 101-104, sobre a liberdade de circulação de capitais.

²¹ Cfr. http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_3.1.6.html, consultado em 05.04.2018, que nos serviu de base a esta parte da nossa exposição.

Esta liberdade aplica-se não só às operações realizadas na União Europeia, mas também aos movimentos de capitais com países terceiros (cfr. art.º 63.º, n.º 1 TFUE, *in fine*).

Existindo dúvidas de enquadramento de uma determinada situação na liberdade de estabelecimento ou na liberdade de circulação de capitais, o critério preponderante é o da “influência decisiva”.

Assim, a liberdade de circulação de capitais abrange situações como as de «(...) investimento directo, portfolios, a aquisição e venda de imóveis, bem como todas as situações de detenção de participações sociais que não possibilitem essa influência decisiva nas actividades societárias (...).»²²

De referir ainda que se encontra prevista a possibilidade de os Estados-membros efetuarem a distinção «entre contribuintes que não se encontram em idêntica situação no que se refere ao seu lugar de residência ou ao lugar em que o capital é investido», sendo todavia esta distinção apenas admissível em casos limitados e desde que as discriminações em causa não sejam arbitrárias²³.

Tal como discutimos relativamente às liberdades anteriormente tratadas, também esta liberdade poderá ser, de certa forma, limitada pela diferente distribuição de competências para tributar levada a cabo pelos diferentes Estados, uma vez que, fiscalmente, as escolhas dos cidadãos são influenciadas pelas diferentes regras de repartição do poder de tributar e respetivas situações implícitas.

3. Paraísos fiscais, regimes fiscais preferenciais e zonas de baixa pressão fiscal

No âmbito do estudo doutrinário do fenómeno da concorrência fiscal prejudicial, tem sido prestada especial atenção ao estudo da utilização dada pelos contribuintes aos “paraísos fiscais” e “regimes fiscais preferenciais”²⁴.

Apesar de estas terminologias não corresponderem ao mesmo conceito²⁵, estas realidades encontram-se em conexão com o desenvolvimento da fraude fiscal

²² Neste sentido, cfr. NOGUEIRA, João Félix Pinto (2010), *Direito Fiscal Europeu*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 212.

²³ Para maiores desenvolvimentos, cfr. NOGUEIRA, João Félix Pinto (2010), *Direito Fiscal Europeu*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 212-213.

²⁴ A propósito dos vários critérios de distinção entre paraísos fiscais e regimes fiscais preferenciais, vide OCDE, *Harmful Tax Competition, An Emerging Global Issue*, 1998.

²⁵ Ao longo do referenciado relatório da OCDE, mais concretamente no seu capítulo 2, encontramos os fatores que nos permitem distinguir entre “paraísos fiscais” e “regimes fiscais preferenciais”. Seguidamente, figura a enunciação dos fatores que possibilitam a atração de investimento estrangeiro, bem como as linhas orientadoras que ajudarão os Governos a identificar paraísos fiscais e a distinguir entre regimes fiscais preferenciais toleráveis e prejudiciais, ao que se acrescenta a análise dos fatores que poderão levar à consideração de certos regimes fiscais preferenciais como causadores de concorrência fiscal prejudicial.

Assim, os fatores chave para identificar os paraísos fiscais são os seguintes: ausência de impostos ou tributação apenas nominal (em geral ou em circunstâncias especiais), o que leva a que essa jurisdição se apresente como um local que poderá ser utilizado por contribuintes não

internacional, potenciada por diversos fatores, tais como a mobilidade de pessoas e de capitais, a internacionalização da economia e o próprio aperfeiçoamento de técnicas e práticas evasivas²⁶.

Contudo, é de notar que a definição do que sejam estes “paraísos” não é unívoca²⁷. Destarte, avança-se para que seja uma questão essencialmente relativa²⁸, uma vez que há jurisdições que podem ser “paraísos fiscais” em relação a outros, bastando que para isso tenham um nível de tributação inferior ou se abstenham de tributar uma situação altamente tributada por uma outra jurisdição com a qual se estão a comparar²⁹. Outras jurisdições adotam uma definição absoluta, apresentando um critério percentual de tributação efetiva – é o caso da Alemanha, que considera estarmos perante um paraíso fiscal quando uma determinada jurisdição tributa a uma taxa inferior a 30% os

residentes para escapar à tributação devida no seu país de residência; falta ou ausência de troca de informações efetiva, possibilitada por leis ou práticas administrativas; falta de transparência; prática de atividades não substanciais, ou seja, prática de atividades muitas vezes fictícias ou práticas que não acrescentem valor económico, havendo pouca atividade efetiva (os chamados “*booking centres*”).

Apesar disso, e ainda relativamente aos paraísos fiscais, o mesmo relatório da OCDE enaltece o progresso feito na área do acesso à informação, nomeadamente os tratados de assistência mútua em matérias criminais e relacionados com determinado tipo de crimes, tais como o narcotráfico, ou a troca de informações em casos de indícios fundados de crime de fraude fiscal. Como restrições a essa troca de informações e assistência mútua na recolha de impostos, surge ainda o sigilo bancário, afigurando-se tal sigilo como um fator-chave para identificação dos paraísos fiscais, pois a limitação do acesso à informação pretendida obsta a uma correta e atempada aplicação das leis fiscais.

Quanto aos regimes fiscais preferenciais, aponta-se no sentido da ausência de tributação ou taxas de imposto efetivo baixas; regimes protecionistas com restrição de benefícios a não residentes e proibição implícita ou explícita no acesso aos mercados domésticos por parte dos investidores que beneficiam desse regime fiscal; políticas discriminatórias (o chamado “*ring-fenced regime*”); falta de transparência possibilitada por regras procedimentais favoráveis, práticas administrativas contrárias ao princípio da transparência ou ainda por falta de efetividade prática de normas tendentes à transparência que eventualmente já existam; falta de troca de informações efetiva fomentada pelo acesso ainda muito limitado às informações bancárias.

Ainda a propósito dos chamados regimes fiscais preferenciais, a parte do relatório da OCDE aqui em análise, indica outros fatores – no entanto, já não são fatores-chave – para identificação dos regimes fiscais preferenciais prejudiciais. Assim, refere-se a definição artificial da base tributável; a falha na implementação dos princípios internacionais sobre preços de transferência; a atração de rendimento de fonte estrangeira no país de residência, por forma a fomentar o “*treaty shopping*”; taxas de imposto ou a própria base tributável sujeitas a negociação; existência de disposições sobre sigilo (com a dificuldade em termos de acesso à informação bancária, instrumentos financeiros com garantia de anonimato, etc.); acesso a uma vasta rede de tratados em matéria fiscal; regimes permissivos à utilização de veículos tendentes à atenuação de imposto; fomento de operações meramente formais e não substanciais.

Finalmente, uma nota para destacar que o referido relatório indica também formas possíveis de reação contra a concorrência fiscal prejudicial, indicando-se as fontes relevantes, nomeadamente relatórios, recomendações, linhas orientadoras, etc. Como casos a ter em atenção são referidos e explicitados os do Luxemburgo e da Suíça.

²⁶ Cfr. MENEZES DE LEITÃO, Luís (2003), “*Aplicação de medidas anti-abuso na luta contra a evasão fiscal*”, in *Fisco*, n.º 107/108, Ano XIV.

²⁷ *Idem*.

²⁸ Cfr. COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, *Rapport du comité de réflexion des experts indépendants sur la fiscalité des entreprises*, março de 1992 – habitualmente designado por “Relatório Rudding”.

²⁹ Neste sentido, cfr. COLLINS, Maurice H. (1998), “*Evasion and avoidance of tax at the international level*”, in *European Taxation*, n.º 9, Vol. 28.

rendimentos de uma empresa instalada no seu território. Há também jurisdições que adotam uma enumeração casuística, por listas³⁰ – por exemplo, a Austrália, a França e o Japão. Finalmente, temos jurisdições que procuram definir os paraísos fiscais pela negativa, tais como o Reino Unido e o Canadá.^{31 32}

A acrescentar, há também que distinguir entre “paraíso fiscal” e “zona de baixa pressão fiscal”³³, já que determinados territórios não possuem grandes necessidades orçamentais devido a baixas despesas ou a uma grande riqueza de recursos naturais, designadamente petrolíferos. Estas zonas de baixa pressão fiscal só poderão tornar-se verdadeiros “paraísos fiscais” quando entrem em acordo com zonas de alta pressão fiscal, oferecendo determinadas vantagens fiscais com o objetivo da atração de fluxos financeiros estrangeiros.

A problemática da escolha do melhor tratado (ou seja, o conhecido *treaty shopping*) também se coloca nesta sede, já que a confidencialidade oferecida pelos paraísos fiscais poderá levar a que se utilizem estas jurisdições com o objetivo de se conseguirem situações altamente proveitosas. Ora, por exemplo, duas jurisdições que não tenham celebrado qualquer tratado sobre dupla tributação podem eximir-se da mesma, se, como “intermediário”, existir um paraíso fiscal com convenção celebrada com cada uma das primeiras jurisdições.

Destarte, e não obstante toda esta discussão doutrinária, uma boa definição para paraíso fiscal será a que o define como «um país ou um território que atribua a pessoas físicas ou coletivas vantagens fiscais suscetíveis de evitar a tributação no seu país de origem ou de beneficiar de um regime fiscal mais favorável que o desse país, sobretudo em matéria de impostos sobre o rendimento e sobre as sucessões»³⁴.

Acrescente-se que, ao longo dos tempos, os paraísos fiscais foram assumindo uma importância crescente, pelo que os autores que estudam especificamente esta temática têm vindo a enunciar diversos fatores responsáveis por esta importância cada vez maior³⁵. De entre os fatores enunciados pela doutrina, destaque-se a internacionalização, a facilidade de mobilidade, as telecomunicações, a competitividade, as más condições oferecidas por centros que não são *offshores*, a importância dos mercados internacionais,

³⁰ Cfr. MENEZES DE LEITÃO, Luís (2003), “Aplicação de medidas anti-abuso na luta contra e evasão fiscal”, in *Fisco*, n.º 107/108, Ano XIV.

³¹ Este país apresenta uma enumeração dos territórios onde as distribuições feitas por sociedades controladas por canadianos estão isentas.

³² Cfr. Relatório da OCDE, “*Les paradis fiscaux: mesures prises pour éviter leur utilisation abusive par les contribuables*”, in OCDE, *L’évasion et la fraude fiscales internationales*, Paris, 1987; UCKMAR, “*General Report/Rapport Général*”, in *Cahiers de Droit Fiscal International*, Vol. LXVIII, Associação Fiscal Internacional.

³³ LEVINE, Pierre (1988), “*La Lutte contre l’évasion fiscale de caractère international en l’absence et en présence de conventions internationales*”, LGDJ, Paris.

³⁴ Cfr. BEAUCHAMP, André (1981), *Guide Mondial des Paradis Fiscaux*, Grasset, Paris.

³⁵ A este propósito veja-se BRAZ DA SILVA, José Manuel (2000), *Os paraísos fiscais - casos práticos com empresas portuguesas*, Almedina, Coimbra.

o prestígio das praças europeias mais importantes, normalmente ligadas a estes fenómenos, entre outros.

4. Concorrência fiscal prejudicial

A OCDE, no seu papel de instância harmonizadora e de fomento da cooperação com vista ao desenvolvimento económico e social global, tem prestado especial atenção à existência de uma crescente concorrência fiscal prejudicial, que potencia a ocorrência de práticas fiscais prejudiciais. É disso exemplo um relatório da OCDE, de 1998³⁶, que versa precisamente sobre a *harmful tax competition*. Contudo, o OCDE apenas emite recomendações (*soft law*), que não são vinculativas para os Estados e que, portanto, estes só acolhem se assim o entenderem.

Acerca da concorrência fiscal prejudicial na Europa será ainda muito interessante a análise de um trabalho apresentado no congresso da EATLP de 2000, que teve lugar em Maastricht³⁷. De acordo com esse trabalho, os elementos essenciais da competição fiscal serão as baixas taxas de imposto, com vista a atrair investimentos estrangeiros; enquadramentos fiscais especiais para o investimento estrangeiro; regalias quanto a evitar a dupla tributação e outras vantagens como ausência de troca de informações, por exemplo e, também, vantagens procedimentais como sejam decisões especiais, “feitas à medida”, além de disposições sobre sigilo. No fundo, um pouco todas as vantagens tradicionais oferecidas pelos paraísos fiscais. Em adição, apresentam-se medidas contra a concorrência “desleal”, que se prendem com normas específicas direcionadas ao combate a sistemas fiscais mais favoráveis ou até mesmo normas antiabuso.

5. Planeamento fiscal e medidas antiabuso

Nesta matéria, e já que nos encontramos a referir práticas potencialmente abusivas, convém primeiro distinguirmos entre os diferentes tipos de planeamento fiscal, pois este poderá ser legítimo (ou *intra legem*); poderá, por sua vez, ser abusivo, agressivo, excessivo ou elisivo (quando ultrapassa as fronteiras da legalidade, ou seja, planeamento *extra legem*) ou, ainda, poderemos estar em presença de fraude/evasão fiscal³⁸ (planeamento fiscal ilegítimo), sendo neste caso o planeamento fiscal levado a cabo de uma forma diretamente contrária e claramente atentatória da legislação vigente (planeamento fiscal *contra legem*).

A distinção entre planeamento fiscal legítimo e planeamento fiscal ilegítimo é bastante ténue, uma vez que geralmente depende da interpretação dada pela

³⁶ OECD, *Harmful Tax Competition, An emerging global issue*, 1998.

³⁷ Vide CUNHA, Patrícia Noiret (2000), *Tax Competition in Europe* – Portuguese Report, congresso EATLP 2000, Maastricht, (disponível em www.eatlp.org).

³⁸ Para maiores desenvolvimentos sobre a temática do combate à evasão fiscal veja-se, por exemplo: AMORIM, José de Campos (2007), “Algumas medidas de combate à evasão fiscal”, *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, ISCAP, n.º 12, pp. 7-81.

administração fiscal face às soluções que poderão encontrar-se como resultado da interpretação e aplicação da lei (geral e abstrata) a casos concretos.

Em primeiro lugar, esclareça-se que o planeamento fiscal legítimo situa-se dentro das faculdades permitidas pelo legislador, traduzindo-se na liberdade de escolha da melhor solução, observada a concreta situação fiscal de um dado contribuinte (pessoa singular ou coletiva)³⁹. Este tipo de planeamento é *intra legem*, dado que a poupança fiscal conseguida é concedida pelo legislador – expressa ou implicitamente – com recurso a mecanismos vários como sejam as exclusões fiscais, as deduções específicas, o reporte de prejuízos, as isenções fiscais e o estabelecimento de zonas francas, por exemplo.

Efetivamente, o legislador poderá, dentro dos limites constitucionais, tratar mais favoravelmente determinados atos ou operações que poderão ser licitamente selecionados pelo contribuinte. Ora, se é o próprio Estado a criar e a incentivar determinadas práticas, o planeamento fiscal é um procedimento usual, corrente e, em princípio, lícito, não devendo ser confundido com qualquer tipo de prática levada a cabo ao arrepio das normas vigentes.

Em segundo lugar, note-se que o planeamento fiscal abusivo, agressivo, excessivo ou elisão fiscal, não sendo ilícito, não é – contudo – bem aceite pelo ordenamento jurídico-fiscal. É um tipo de planeamento fiscal em que o contribuinte pratica atos lícitos, mas cujo resultado não é bem aceite pelo ordenamento jurídico em questão, já que se contrariam os princípios fundamentais do sistema fiscal, designadamente o princípio da igualdade e o princípio da capacidade contributiva⁴⁰. Neste contexto, a análise terá de ser casuística.

Podemos assim afirmar que este tipo de planeamento fiscal é *extra legem* (“*tax avoidance*”). A poupança de despesas fiscais verifica-se através da utilização de artifícios jurídicos que não se encontram previstos nem na letra nem no espírito das normas de incidência fiscal ou, estando nelas previstos, apresentam um nível de tributação diferente daquele que concretamente se consegue, na prática, através da utilização desses mesmos artifícios, o que leva a soluções de mais baixa tributação ou de tributação inexistente. O

³⁹ Nas palavras de Saldanha Sanches, «O planeamento fiscal (legítimo) consiste numa técnica de redução da carga fiscal pela qual o sujeito passivo renuncia a um certo comportamento por este estar ligado a uma obrigação tributária ou escolhe, entre as várias soluções que lhe são proporcionadas pelo ordenamento jurídico, aquela que, por acção intencional ou omissão do legislador fiscal, está acompanhada de menos encargos fiscais», *in* SALDANHA SANCHES, José Luís (2006), *Os limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra Editora, Coimbra.

⁴⁰ Saldanha Sanches refere [*in* SALDANHA SANCHES, José Luís (2006), *Os limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra Editora, Coimbra] que este tipo de planeamento fiscal é ilegítimo e «consiste em qualquer comportamento de redução indevida, por contrariar princípios ou regras do ordenamento jurídico-tributário, das ordenações fiscais de um determinado sujeito passivo.» Deste modo, este tipo de comportamentos concretiza-se numa operação de contornar a lei fiscal, aproveitando as suas lacunas, sem que, no entanto, os dispositivos legais sejam violados expressamente. Por isso, Saldanha Sanches continua a sua exposição referindo que tais comportamentos não são desejados pelo legislador, pois manifestamente pretendem «ladear o ordenamento jurídico-tributário para conseguir um objectivo oposto aos valores que o estruturam».

contribuinte pratica, assim, atos ou operações que, continuando a situar-se dentro da esfera de liberdade concedida em observância dos princípios da legalidade e da tipicidade de tributação, terão como efeito a aplicação de um regime fiscal menos oneroso, comparativamente ao que seria aplicável caso o contribuinte não tivesse recorrido a esse tipo de ato ou operação. Neste contexto, é de relevar que existe uma obrigação de comunicação dos esquemas de planeamento fiscal, que consta do Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de fevereiro (Lei do Planeamento fiscal abusivo)⁴¹. Ora, «(...) podem ser (...) responsabilizados pelas situações de planeamento fiscal abusivo todos aqueles que praticam, direta ou indiretamente, atos ilícitos ou que estejam na origem da insuficiência patrimonial ou da ausência de pagamento do imposto»⁴².

O planeamento fiscal agressivo poderá ocorrer a um nível interno, mas também a um nível internacional, bastando que para isso estejam em contato dois ou mais ordenamentos jurídicos (*v.g.*, situações jurídicas plurilocalizadas).

A elisão fiscal internacional poderá ainda revestir a modalidade subjetiva ou a modalidade objetiva, dependendo da natureza do elemento de conexão utilizado abusivamente pelo contribuinte em questão.

De uma forma mais específica, a elisão fiscal subjetiva verifica-se quando o elemento de conexão é, por exemplo, a residência do contribuinte, levando, por hipótese, a que o contribuinte singular, com o intuito de escapar à tributação, transfira a sua residência fiscal para uma jurisdição onde a tributação seja nula ou mais reduzida. O mesmo poderá passar-se com a sede ou direção efetiva das pessoas coletivas, pois estas podem proceder a uma deslocalização, com o objetivo exclusivo de evitar a sujeição a determinado ordenamento jurídico, conseguindo assim a aplicação de um regime fiscal mais favorável.

Por sua vez, a elisão fiscal objetiva ocorre quando o elemento de conexão considerado é, por exemplo, o local onde se situa a fonte produtiva ou de pagamento de um rendimento, como seja o local do exercício da atividade ou o local da instalação de um estabelecimento estável. Visa-se assim tentar impedir a configuração jurídica da fonte de produção dos rendimentos ou pelo menos imputá-la, no todo ou em parte, a um território com regime fiscal mais favorável.

O planeamento fiscal agressivo é reprovável, porque lesa os interesses do Estado, promovendo a perda de receitas fiscais, agravando o imposto a pagar pelos contribuintes cumpridores, distorcendo a concorrência (pela concessão de vantagens competitivas àqueles que conseguem uma poupança fiscal) e levando a que sejam necessários custos

⁴¹ Para maiores desenvolvimentos, cfr. OLIVEIRA, António Fernandes de (2009), *A Legitimidade do planeamento fiscal, as cláusulas gerais anti-abuso e os conflitos de interesse*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 181-191 e AMORIM, José Campos (2010), “Responsabilidade dos promotores do planeamento fiscal”, in *Planeamento e Evasão Fiscal – Jornadas de Contabilidade e Fiscalidade – ISCAP*, Vida Económica, Porto, p. 255.

⁴² Cfr. AMORIM, José Campos (2010), “Responsabilidade dos promotores do planeamento fiscal”, in *Planeamento e Evasão Fiscal – Jornadas de Contabilidade e Fiscalidade – ISCAP*, Vida Económica, Porto, p. 255.

acrescidos na promoção da deteção e combate a este tipo de situações. No entanto, há que reforçar que não temos aqui qualquer tipo de sanções criminais, já que o que se poderá verificar, a título “sancionatório”, serão somente correções à matéria tributável que redundam em liquidações adicionais e num agravamento do imposto a pagar.

Neste contexto, existem disposições antiabuso, precisamente para “sancionar” o planeamento fiscal agressivo, apontando-se como causa ancestral destas disposições a necessidade de obtenção da igualdade fiscal e da justiça na distribuição dos encargos fiscais. Existem, no ordenamento jurídico português, uma disposição geral antiabuso e diversas disposições antiabuso específicas. Todavia, a consagração destas medidas não resolve, de forma alguma, a dificuldade de distinção entre as práticas de planeamento fiscal legítimo e as práticas de planeamento fiscal abusivo.

A denominada cláusula geral antiabuso encontra-se prevista no art.º 38.º da Lei Geral Tributária (LGT), que visa desconsiderar os negócios jurídicos abusivos, por razões de equidade e de justiça material na distribuição dos encargos. O principal objetivo dos negócios abusivos aqui visados será a redução da carga fiscal, conseguida através de negócios artificiosos e elaborados em “abuso das formas jurídicas”⁴³.

«(...) A cláusula geral anti-abuso é um instrumento formal que utiliza o princípio do abuso como instrumento interpretativo, e deste modo define o alcance e fronteiras das disposições fiscais ou com repercussões em matéria fiscal”⁴⁴ e “(...) permite à Administração fiscal, caso consiga demonstrar que uma certa forma jurídica foi utilizada apenas para obter uma redução inaceitável da carga fiscal – inaceitável por se realizar contra uma intenção contrária e claramente expressa pelo legislador fiscal – anular os efeitos fiscais desse negócio jurídico. Cláusula geral hoje contida no art.º 38.º da LGT e que tem como eixo metodológico a fraude à lei em matéria fiscal (...).»⁴⁵

Sobre esta matéria, existe jurisprudência do TJUE digna de referência, designadamente o Acórdão *Centros*. «Tratava-se, no caso CENTROS (Processo C-212/97) de saber se uma sociedade criada por dois dinamarqueses no Reino Unido, para contornar a exigência de capital mínimo existente na lei dinamarquesa para a criação de uma sociedade daquele tipo poderia, ou não, instalar na Dinamarca uma sua sucursal. E que a intenção era de tornear a lei dinamarquesa não havia qualquer dúvida: uma vez que a sociedade britânica não tinha qualquer actividade. Tratava-se por isso de saber apenas se as autoridades dinamarquesas estavam a violar a liberdade de estabelecimento ao recusarem a criação daquela sucursal»⁴⁶.

⁴³ Para maiores desenvolvimentos acerca da cláusula geral anti-abuso portuguesa, cfr. OLIVEIRA, António Fernandes de (2009), *A Legitimidade do planeamento fiscal, as cláusulas gerais anti-abuso e os conflitos de interesse*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 131-180.

⁴⁴ Cfr. DOURADO, Ana Paula (2010), *Lições de Direito Fiscal Europeu - Tributação Directa*, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, Coimbra, p. 161.

⁴⁵ Cfr. SALDANHA SANCHES, José Luís (2003), “Normas anti-abuso, jurisprudência comunitária e direito português: as provisões no balanço fiscal”, in AA.VV., *Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional – Associação Portuguesa de Consultores Fiscais – Fisco*, Lex, p. 319.

⁴⁶ Cfr. SALDANHA SANCHES, José Luís (2003), “Normas anti-abuso, jurisprudência comunitária e direito português: as provisões no balanço fiscal”, in AA.VV., *Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional – Associação Portuguesa de Consultores Fiscais – Fisco*, Lex,

No nosso ordenamento jurídico, existem ainda disposições antiabuso específicas, direcionadas para situações específicas. De entre as normas antiabuso específicas mais importantes, destacamos as previstas no CIRC (cfr. art.ºs 63.º e ss, que se iniciam com o regime dos “preços de transferência”), disposições essas cujo âmbito de aplicação extravasa o âmbito do próprio código, aplicando-se não só a entidades abrangidas pelo CIRC, mas também a contribuintes singulares, entidades isentas ou até mesmo a entidades sujeitas a regimes fiscais especiais^{47 48}.

A nível internacional e europeu, encontram-se previstas algumas disposições antiabuso nas diversas convenções de dupla tributação celebradas entre os Estados, bem como em diretivas da União Europeia. Neste âmbito, é também digna de referência a matéria da cooperação mútua administrativa entre os Estados, pois na ausência desta obrigação de cooperação tornar-se-ia impossível efetivar a aplicabilidade prática das disposições antiabuso a nível europeu e internacional.

Em terceiro lugar e, por sua vez, no que concerne ao planeamento fiscal ilícito, podemos entendê-lo como a violação direta e frontal das normas jurídicas, traduzindo-se em práticas contrárias aos normativos legais vigentes como sejam, por exemplo, as falsas declarações, a falsificação ou criatividade da contabilidade, a emissão e a utilização de faturas falsas, a economia informal ou subterrânea, a apropriação indevida de impostos de terceiros, o branqueamento de capitais e o recurso a operações fictícias com o intuito de defraudar a fazenda pública.

Encontramo-nos a discorrer, agora, sobre o planeamento fiscal *contra legem*, no qual a poupança fiscal resulta da prática de atos atentatórios e com violação expressa das previsões legais. As condutas em causa constituem atos ilícitos, que se encontram hoje previstos no Regime Geral das Infrações Tributárias (RGIT), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 15/2001, de 5 de junho, com as posteriores alterações.

O diploma em causa (ou seja, o RGIT) classifica as infrações tributárias em crimes e contraordenações (art.º 2.º, n.º 2), sendo que os primeiros são ilícitos mais graves, sancionados com penas (sanções principais), que podem ser de multa ou de prisão, e com sanções acessórias; quanto aos segundos, são ilícitos menos graves, sancionados com coimas e sanções acessórias.

p. 322.

⁴⁷ Para maiores desenvolvimentos sobre as normas antiabuso, cfr. AMORIM, José Campos (2010), “Responsabilidade dos promotores do planeamento fiscal”, in *Planeamento e Evasão Fiscal – Jornadas de Contabilidade e Fiscalidade – ISCAP*, Vida Económica, Porto, pp. 219-255.

⁴⁸ Sobre as medidas antiabuso, veja-se ainda a seguinte doutrina: OLIVER, J. David B. (2003), “Anti-avoidance rules in the EU Directives and in double taxation conventions”, in AA.VV., *Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional – Associação Portuguesa de Consultores Fiscais – Fisco*, Lex, pp. 303-317; e SALDANHA SANCHES, José Luís (2003), “Normas anti-abuso, jurisprudência comunitária e direito português: as provisões no balanço fiscal”, in AA.VV., *Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional – Associação Portuguesa de Consultores Fiscais – Fisco*, Lex, pp. 319-335.

Os crimes tributários encontram-se organizados da seguinte forma: (i) crimes tributários comuns (art.ºs 87.º a 91.º), destacando-se o crime de burla tributária (art.º 87.º), de frustração de créditos (art.º 88.º), de associação criminosa (art.º 89.º), de desobediência qualificada (art.º 90.º) e de violação de segredo (art.º 91.º); (ii) crimes aduaneiros (art.ºs 92.º a 102.º); (iii) crimes fiscais (art.ºs 103.º a 105.º), onde se inclui a fraude (art.º 103.º), a fraude qualificada (art.º 104.º) e o abuso de confiança (art.º 105.º); e, finalmente, (iv) crimes contra a segurança social (art.ºs 106.º e 107.º), a saber: fraude contra a segurança social (art.º 106.º) e abuso de confiança contra a segurança social (art.º 107.º). Por seu turno, as contraordenações tributárias podem ser aduaneiras (art.ºs 108.º a 112.º) ou fiscais (art.ºs 113.º a 129.º).

Em algumas das infrações previstas e punidas pelo RGIT, a sua delimitação entre crime e contraordenação depende de elementos quantitativos, designadamente: (a) o valor da prestação tributária em falta (por exemplo, no crime de contrabando – cfr. art.º 92.º); (b) a vantagem patrimonial obtida pelo agente (por exemplo, na fraude fiscal – cfr. art.º 103.º – e na fraude contra a segurança social – cfr. art.º 106.º); ou (c) o valor devido e não entregue (por exemplo, no abuso de confiança fiscal – cfr. art.º 105.º – e no abuso de confiança contra a segurança social – cfr. art.º 107.º).

Além disso, o mesmo diploma prevê e pune as diversas infrações (art.ºs 87.º a 129.º), estabelece o elenco de sanções aplicáveis (art.ºs 12.º e ss e 26.º e ss) e regula aspetos essenciais, quer do processo penal tributário (art.ºs 35.º a 50.º), quer do processo de contraordenação tributária (art.ºs 51.º e ss).

6. Conclusões

A liberdades europeias abordadas neste nosso contributo garantem, sobretudo, a mobilidade de empresas e profissionais na União Europeia.

Todavia, e uma vez que o contribuinte pode recorrer ao planeamento fiscal, poderemos estar em presença de uma forte concorrência fiscal prejudicial, destacando-se a existência dos denominados paraísos fiscais, regimes fiscais preferenciais e zonas de baixa pressão fiscal.

Perante este tipo de fenómenos, a OCDE, no seu papel de instância harmonizadora e de fomento da cooperação com vista ao desenvolvimento económico e social global, tem prestado especial atenção à concorrência fiscal prejudicial entre as diferentes jurisdições. Contudo, mais não emite do que recomendações (*soft law*).

Neste nosso contributo, e no seguimento das temáticas abordadas, distinguimos ainda os diferentes tipos de planeamento fiscal (legítimo, abusivo e ilegítimo), sendo que a propósito do planeamento fiscal abusivo, referimos a cláusula geral antiabuso, bem como as cláusulas especiais antiabuso que vigoram no ordenamento jurídico-fiscal português.

Para finalizar o enquadramento/esclarecimento sobre os diferentes tipos de planeamento fiscal e, mais concretamente, quanto ao planeamento fiscal ilegítimo,

referimo-nos à previsão e punição das infrações tributárias, efetuados no âmbito do RGIT.

Como conclusão geral, podemos aqui afirmar que a existência das liberdades europeias potencia uma marcada concorrência fiscal (que pode ser “prejudicial”) entre as diferentes jurisdições, que tentam atrair fluxos financeiros e investimentos estrangeiros, sendo que a possibilidade de recurso ao planeamento fiscal potencia – mais ainda – este fenómeno.

Quanto ao planeamento fiscal, a fronteira entre aquilo que é lícito e abusivo é bastante ténue, dependendo muitas vezes do tratamento jurídico dado às diferentes questões analisadas por parte das autoridades tributárias das diferentes jurisdições.

Referências

- AMORIM, José de Campos (2007), "Algumas medidas de combate à evasão fiscal", *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas, ISCAP*, n.º 12, pp. 7-81.
- AMORIM, José Campos (2010), “Responsabilidade dos promotores do planeamento fiscal”, in *Planeamento e Evasão Fiscal – Jornadas de Contabilidade e Fiscalidade – ISCAP*, Vida Económica, Porto.
- BEAUCHAMP, André (1981), *Guide Mondial des Paradis Fiscaux*, Grasset, Paris.
- BRAZ DA SILVA, José Manuel (2000), *Os paraísos fiscais - casos práticos com empresas portuguesas*, Almedina, Coimbra.
- COLLINS, Maurice H. (1998), “*Evasion and avoidance of tax at the international level*”, in *European Taxation*, n.º 9, Vol. 28.
- Comissão das Comunidades Europeias, *Rapport du comité de réflexion des experts indépendants sur la fiscalité des entreprises*, março de 1992 – habitualmente designado por “Relatório Radding”.
- CUNHA, Patrícia Noiret (2000), *Tax Competition in Europe – Portuguese Report*, congresso EATLP 2000, Maastricht.
- DOURADO, Ana Paula (2010), *Lições de Direito Fiscal Europeu - Tributação Directa*, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, Coimbra.
- FREITAS PEREIRA, Manuel Henrique (1998), “*Concorrência Fiscal Prejudicial – o Código de Conduta da União Europeia*”, in *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 390.
- LEVINE, Pierre (1988), “*La Lutte contre l'évasion fiscale de caractère international en l'absence et en présence de conventions internationales*”, LGDJ, Paris.
- MACHADO, Jónatas E. M. e COSTA, Paulo Nogueira da (2012), *Curso de Direito Tributário*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra.
- MENEZES DE LEITÃO, Luís (2003), “*Aplicação de medidas anti-abuso na luta contra e evasão fiscal*”, in *Fisco*, n.º 107/108, Ano XIV.

- NOGUEIRA, João Félix Pinto (2010), *Direito Fiscal Europeu*, Coimbra Editora, Coimbra.
- OCDE, *Harmful Tax Competition*, An Emerging Global Issue, 1998.
- _____, *L'évasion et la fraude fiscales internationales*, Paris, 1987.
- OLIVEIRA, António Fernandes de (2009), *A Legitimidade do planeamento fiscal, as cláusulas gerais anti-abuso e os conflitos de interesse*, Coimbra Editora, Coimbra.
- OLIVER, J. David B. (2003), "Anti-avoidance rules in the EU Directives and in double taxation conventions", in AA.VV., *Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional – Associação Portuguesa de Consultores Fiscais – Fisco*, Lex, pp. 303-317.
- SALDANHA SANCHES, José Luís (2006), *Os limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra Editora, Coimbra.
- _____, (2003), "Normas anti-abuso, jurisprudência comunitária e direito português: as provisões no balanço fiscal", in AA.VV., *Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional – Associação Portuguesa de Consultores Fiscais – Fisco*, Lex, pp. 319-335.
- SANTOS, António Carlos e PALMA, Clotilde Celorico (1999), "A regulação internacional da concorrência fiscal prejudicial", in *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 395.
- UCKMAR, "General Report/Rapport Général", in *Cahiers de Droit Fiscal International*, Vol. LXVIII, Associação Fiscal Internacional.

A ROBÓTICA, O FUTURO DO EMPREGO E O FINANCIAMENTO DA SEGURANÇA SOCIAL: UMA ANÁLISE DOS SEUS IMPACTOS E DAS POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Fabiano Ramalho¹

Lucas Calafiori Catharino de Assis²

1. Introdução: A Quarta Revolução Industrial.

O Século XXI inaugurou a Era da Inovação, com novas formas de exercer atividades econômicas tradicionais, o que teve o seu embrião na lógica da inovação constante inaugurada por Schumpeter³ há cerca de 100 anos, quando o processo produtivo da economia passou a ser pensado sob a ótica da obsolescência programada ou da inovação disruptiva. De lá para cá, surgiu o Vale do Silício, a Internet, o computador, os smartphones e, por último, a inteligência artificial, os objetos conectados (ou a Internet das coisas) e o *bigdata*, que possibilitaram o desenvolvimento de sistemas automatizados com elevado nível de autonomia, comumente chamados “robôs”.

Essa evolução tecnológica vai ao encontro do imaginário popular que há anos cogita a existência de um mundo coabitado por seres humanos e máquinas, algumas com formas humanoides, inclusive.

Basta buscarmos nos anais do cinema para encontrarmos filmes como “o exterminador do futuro”, “inteligência artificial”, “Eu, robô”, dentre muitos outros. Na literatura não é diferente, havendo exemplos clássicos como a obra de Philip K. Dick “*Do Androids Dream of Electric Sheep?*”, lançada em 1968 e que conta a história de um mundo pós-apocalíptico onde um caçador de recompensas persegue androides na cidade de San Francisco, no estado norte-americano da Califórnia.

Pois esse mundo até então imaginário e distante parece estar saindo das telas do cinema e das páginas dos livros para ganhar espaço em nosso cotidiano, o que está custando o emprego e a carreira de muitos profissionais.

Cada dia mais, vemos postos de trabalho sendo fechados em decorrência da realização das tarefas que, até então, eram desempenhadas por seres humanos, estarem sendo realizadas por máquinas que, do ponto de vista empresarial, são mais interessantes, pois, na prática, o trabalho automatizado produz mais, com mais eficiência e menos custo.

Todo esse contexto leva a crer, como bem observado por M. Mustafa Erdodu e

¹ Advogado, graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, pós-graduado (MBA) em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas - FGV, presidente da Associação de Estudos Tributários de Santa Catarina – ASSET/SC, membro da Comissão de Direito Tributário da OAB/SC.

² Advogado, graduado em Direito pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina, especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET e Mestrando em Direito e Ciência Jurídica pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

³ SCHUMPETER (1988), p.48-49.

Coskun Karaca⁴, que o mundo está diante de uma quarta revolução industrial, marcada pela automação e pela participação, cada vez maior, de máquinas, robôs e andróides nas atividades.

Cientes desse problema, diversas personalidades do mundo tecnológico e político, como Bill Gates e a eurodeputada Mady Delvaux, do Luxemburgo, propõem a tomada de medidas para frear as consequências negativas do avanço da tecnologia, sendo a principal, e mais controversa dessas medidas, a que propõe que os robôs sejam tributados.

Essa tributação viria para compensar uma eventual redução de arrecadação a título de imposto sobre o rendimento, além de uma redução de receitas da segurança social, ambas decorrentes da substituição da mão de obra humana pela automação, o que poderia, segundo os defensores dessa tributação, inclusive, comprometer a sustentabilidade dos sistemas de segurança social, muito dependente das contribuições provenientes dos trabalhadores ativos, e, com isso, aumentar o nível de desigualdade e de concentração de riqueza.

Diante disso, o presente estudo tem a missão de compreender os impactos trazidos pela robotização da economia na arrecadação tributária, especificamente sobre o financiamento da seguridade social, apresentando algumas iniciativas já propostas para reduzir seus efeitos. Afinal, é possível conciliar progresso tecnológico com desenvolvimento social? Qual o papel do Estado na definição dos limites da substituição do Ser Humano e da preservação de um mínimo de justiça social e equidade? Essas são questões que permeiam o tema e torna urgente e necessária a busca por alternativas que permitam o crescimento econômico em harmonia com a redução das desigualdades sociais.

2. A Era da Inovação e a Superação do Velho Conflito entre Capital e Trabalho.

Embora pareça ser um fenômeno recente, provavelmente devido à sua intensidade atual e às altas taxas de crescimento nos últimos anos, o modelo de negócios baseados em inovação disruptiva começou em meados do século XX, com a implementação de medidas de incentivo lançadas pelo governo dos Estados Unidos da América.

O objetivo almejado era audacioso: criar uma cultura de inovação nos meios acadêmicos e empresariais, o que resultou no avanço do setor tecnológico observado nos anos 70, com a bem-sucedida experiência do Vale do Silício, bem como pela enorme expansão da Internet e dos computadores pessoais nos anos 90, culminando no desenvolvimento de novas tecnologias a partir do início do século XXI, baseadas em inteligência artificial, objetos conectados e robótica.

⁴ ERDOGDU (2017).

E com a convergência de um mundo altamente globalizado, esses avanços tecnológicos (Internet das coisas, inteligência artificial, *bigdata*, etc.) criaram condições sem precedentes para o crescimento econômico, que, para muitos, caracteriza a quarta revolução industrial, afetando não só as relações de trabalho, mas também criando um padrão de disrupção acelerado e amplo. Se antes necessitávamos de 100 anos para perceber uma revolução industrial, atualmente bastam 10 anos. Na opinião de Klaus Schwab, chairman do World Economic Forum:

“The speed of current breakthroughs has no historical precedent. When compared with previous industrial revolutions, the Fourth is evolving at an exponential rather than a linear pace. Moreover, it is disrupting almost every industry in every country. And the breadth and depth of these changes herald the transformation of entire systems of production, management, and governance.”⁵

As mudanças provocadas por esse processo de inovação são amplas, alcançando tanto a economia quanto o governo e a sociedade civil. No entanto, vale lembrar que a história tem registrado diversos períodos de inovação igualmente impactantes. Robert D. Atkinson e John Wu, estudando os impactos da inovação tecnológica em diferentes setores da economia, ilustram o fenômeno da disrupção na indústria das ferrovias e dos automóveis, como segue:

“A case in point is the rise of the railroad industry in the 1850s. Between 1850 and 1860, the number of locomotive engineers, conductors, and brakemen increased by almost 600 percent (albeit from a small base), but continued to expand at a robust rate for the rest of the century. (...) But that growth turned negative by the 1920s, in part as railroads got more productive (needing fewer operators), but also as cars and trucks began to take market share away from railroads. Since 1920, these rail occupations have shrunk every decade except the 1970s.”⁶

Para esses dois autores, enquanto o número de trabalhadores na ferrovia caía, o número de trabalhadores da indústria automobilística crescia, o que demonstra que a inovação tecnológica cria empregos quando propicia o surgimento de diversas novas indústrias e funções.

No entanto, os modelos de inovação atuais possuem uma característica nunca antes experimentada, que é a acelerada velocidade em que as mudanças ocorrem. No passado, o ritmo lento dessas mudanças (disrupção) propiciava uma adaptação mais fácil do governo e da sociedade, especialmente no que tange ao equilíbrio entre criação e supressão de empregos e profissões.

No ritmo atual, no entanto, essa adaptação se torna extremamente difícil, afetando tanto governos, incapazes de acompanhar essa velocidade na implementação de políticas públicas e de marcos regulatórios adequados, quanto trabalhadores, ainda

⁵ SCHWAB (2016)

⁶ ATKINSON (2017)

em idade economicamente ativa e sem a qualificação necessária para exercer as novas profissões e funções.

Essa realidade inédita parece ter deslocado o velho paradigma de luta de classes, que opunha capital e trabalho, para um modelo de disputa entre Estado e Capital, representando o Estado algo como a última fronteira de proteção do cidadão, frente às ameaças desencadeadas pelos processos de inovação tecnológica.

Esse parece ser o cerne do debate mais consistente acerca dos efeitos da inovação tecnológica na economia, sendo que o presente estudo tem como objeto a análise dos impactos da robotização e da automação em um dos aspectos da economia, a saber, o nível de emprego, tendo como premissa o padrão acelerado de disrupção nos diversos setores da economia.

- a) O fenômeno da robotização da economia e o papel do Estado no equilíbrio de forças.

A disrupção radical provocada pelos avanços da automação, inteligência artificial e robotização da economia cria um legítimo temor de destruição generalizada de empregos e profissões, substituídas por esses modelos de inovação em escala geométrica.

Um estudo feito em Oxford pelos pesquisadores Osborne e Frey⁷, estima que a automação destruirá, em média, 47% dos empregos nos Estados Unidos nos próximos 20 anos, sendo que, em alguns setores, esse número poderá ser dramaticamente maior, como nas funções de operador de caixa (97%), padeiros (89%) e *bartenders* (77%).

Um relatório recente da PricewaterhouseCoopers⁸ aponta no mesmo sentido, afirmando que 38% dos empregos nos Estados Unidos podem ser eliminados até 2030, levando em conta que o preço da automação e dos robôs tendem a diminuir, enquanto a sua funcionalidade e avanço tecnológico tende a aumentar dramaticamente.

Para Yuval Noah Harari, na medida em que os algoritmos de inteligência artificial são aprimorados, aumentará o número de pessoas supérfluas ou descartáveis, irrelevantes para a nova elite que controlará esses algoritmos. De fato, ele diz que:

“As algorithms push humans out of the job market, wealth and power might become concentrated in the hands of the tiny elite that owns the all-powerful algorithms, creating unprecedented social and political inequality. Alternatively, the algorithms might themselves become the owners.”⁹

Em sentido contrário, há quem entenda que a aceleração dos processos de inovação disruptiva irá garantir o crescimento econômico e a criação de novos empregos. É o caso do Robert D. Atkinson e John Wu, para quem os novos empregos serão criados pela economia a partir da nova demanda baseada em alta produtividade:

⁷ FREY (2013).

⁸ PRICEWATERHOUSE COOPERS (2017).

⁹ HARARI (2017), p. 397.

“In fact, the single biggest economic challenge facing advanced economies today is not too much labor market churn, but too little, and thus too little productivity growth. Increasing productivity is the only way to improve living standards—yet productivity in the last decade has advanced at the slowest rate in 75 years.”¹⁰

Todavia, a despeito da divergência de opiniões, o fato é que muitos trabalhadores ficarão à margem do mercado de trabalho e, para eles, nenhuma justificativa resolve o seu drama de sentir-se obsoleto e imprestável. É aí que o Estado surge como última fronteira de proteção, por meio do desenvolvimento de políticas públicas voltadas para o amparo e auxílio ao trabalhador vítima dos modelos econômicos de inovação tecnológica.

Propostas como a concessão de um rendimento básico provisório atrelado a um eficiente programa de requalificação profissional começam a ser estudadas e podem representar uma alternativa para a crise do desemprego em massa.

Além dos riscos do desemprego, surgem preocupações legítimas com relação à ociosidade provocada pela falta de trabalho, cujas consequências sociais podem ser drásticas. Projetos como o desenvolvido pelo professor Guy Standing, na Índia, demonstraram que, contrariamente ao que muitos acreditam, a concessão de um rendimento básico não tornou os beneficiários ociosos, mas serviu como incentivo e criou oportunidades para que as pessoas melhorem suas vidas.

O que se verificou nesse estudo, segundo Rasmus Schjoedt, foi que a concessão de um rendimento básico fez com que os beneficiários dos rendimentos, que antes trabalhavam em fábricas por salários que giravam em torno de 2 (dois) a 3 (três) dólares por dia, passassem a utilizar o subsídio para investir na aquisição de sementes e fertilizantes que foram aplicadas no desenvolvimento de suas terras e no exercício de atividades agrícolas e comerciais independentes¹¹.

No entanto, em que pese tais propostas terem obtido resultados positivos em alguns Estados onde foram aplicadas, certo é que ainda dependem de maiores estudos e reflexões, para que, assim como ocorreu no experimento realizado na Índia, sirva como incentivo ao desenvolvimento individual e não como um desestímulo ao trabalho e causa para o aumento da ociosidade.

Para que possamos sequer cogitar a possibilidade de instituição de um rendimento básico universal, faz-se necessário, em primeiro lugar, garantirmos uma arrecadação constante e sólida que permita o financiamento de um programa como este.

Por tal razão, consideramos que a proposta que parece mais urgente é aquela voltada para a preservação das fontes de financiamento da seguridade social, diretamente afetada pelo fenômeno da automação e robotização industrial, uma vez que, conforme veremos, a sua maior fonte de custeio provém dos tributos incidentes sobre a

¹⁰ Ibid.

¹¹ SCHJOEDT (2016), p. 4.

remuneração paga aos trabalhadores, base de incidência que tende a diminuir drasticamente nos próximos anos por conta do acelerado processo de inovação tecnológica.

3. Do modelo de financiamento da segurança social no Brasil e em Portugal e os impactos da automação industrial

O sistema de segurança social brasileiro se destina a assegurar o direito relativo à saúde, à previdência e à assistência social e se encontra regulado pelo artigo 195 e seguintes da Constituição Federal, pela Lei 8.212 de 24 de Julho de 1991 e outros diplomas normativos, além de atos infra legais.

No que tange exclusivamente à previdência social, objeto do nosso estudo, esta é responsável, nos termos do art. 3º da Lei 8.212/91, por assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente, e encontra-se dividida em três regimes diferentes em nosso ordenamento jurídico constitucional, sendo eles: a) o regime geral de previdência social; b) os regimes próprios de previdência e; c) o regime complementar de previdência. Para os fins pretendidos, nos limitaremos apenas à análise do primeiro dos regimes mencionados, qual seja, o regime geral de previdência social.

Referido regime abrange, segundo dados recentes divulgados pelo Instituto Nacional de Seguro Social do Brasil, mais de 50 milhões de segurados e aproximadamente 33 milhões de beneficiários¹², dentre trabalhadores do setor privado (empregados, profissionais liberais, empresários, trabalhadores por conta própria), ocupantes de cargos em comissão e servidores públicos não amparados por previdência própria, além dos trabalhadores de baixa renda e aqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda, os quais tem garantido o acesso a benefícios de valor igual a um salário-mínimo, nos termos do artigo 102 da Constituição Federal.

Para que o custeio desse regime seja possível, a legislação prevê as várias formas pelas quais se dará o seu financiamento.

De acordo com o artigo 195 da Constituição Federal brasileira, além da destinação de recursos provenientes da União, dos Estados e Municípios, a segurança social será financiada através de contribuições pagas pelos empregadores, empresas e entidades a ela equiparadas, incidente sobre a folha de salários e demais rendimentos ou sobre a receita ou faturamento da empresa; pelos trabalhadores; pelas contribuições incidentes sobre a receita de concursos de prognósticos, como loterias e apostas e; das contribuições a cargo do importador de bens ou serviços do exterior.

Ou seja, há um financiamento direto que, segundo Leandro Paulsen, “ocorre

¹² Instituto Nacional do Seguro Social (2017).

mediante o pagamento, pelas pessoas físicas e jurídicas, das contribuições instituídas por lei (...)” e um financiamento indireto¹³, o qual “faz-se mediante os recursos orçamentários dos entes políticos, proveniente dos impostos”¹⁴.

Por sua vez, o sistema de segurança social em Portugal é dividido entre o sistema de proteção social de cidadania, o sistema previdencial e o sistema complementar e, ao contrário do Brasil, não há na Constituição da República uma previsão expressa dos meios de financiamento do sistema de segurança social, a qual se limita a prever, em seu artigo 63º, as diretrizes que devem nortear a segurança social portuguesa, ficando a cargo das leis infraconstitucionais a tarefa de eleger os meios pelos quais se dará o seu financiamento.

E é justamente essa a função exercida pelo atual artigo 92º da Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro, que aprova as bases gerais do sistema de segurança social, o qual traz em seu texto as fontes de financiamento do sistema como um todo.

Assim como delineamos em relação ao regime brasileiro, também aqui delimitaremos nossa abordagem, para os fins do presente estudo, a analisar o sistema previdencial que, de acordo com o artigo 50.º da Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro, se baseia no princípio da solidariedade e visa garantir prestações pecuniárias substitutivas de rendimentos de trabalho perdido em consequência da verificação das eventualidades legalmente definidas.

Esse subsistema, de modo semelhante ao que se verifica na legislação brasileira, é composto por três diferentes regimes, a saber: a) regime geral dos trabalhadores por conta de outrem; b) regime dos trabalhadores independentes e; c) regime de seguro social voluntário.

Quanto as suas formas de financiamento, reza o n.2 do artigo 90º que “as prestações substitutivas dos rendimentos de actividade profissional, atribuídas no âmbito do sistema previdencial e, bem assim as políticas activas de emprego e formação profissional, são financiadas por quotizações dos trabalhadores e por contribuições das entidades empregadoras”, com exceção da contrapartida nacional das despesas financiadas, no âmbito do Fundo Social Europeu, a qual, de acordo com o n.3, é suportada pelo Orçamento do Estado.

Além disso, extrai-se do n.4 do mesmo artigo que as quotizações dos trabalhadores e as contribuições pagas pelas entidades empregadoras, também serão utilizadas para o custeio das despesas de administração e outras despesas comuns do sistema previdencial.

¹³ De acordo com GUILHERME EIDELWEIN WOLF (2017), p. 5, “Em termos práticos, a União não tem efetivamente uma contribuição social repassada aos cofres da Seguridade Social. Ela atribui dotações do seu orçamento, fixados na Lei Orçamentária anual, entretanto, não existe a previsão de um percentual mínimo. Havendo insuficiências financeiras da Seguridade Social, a União e os demais entes federativos, serão responsáveis pela cobertura deste déficit, caracterizando-se a forma indireta de financiamento.”

¹⁴ PAULSEN (2017), p. 480.

A semelhança de ambos os sistemas de financiamento, baseados principalmente nas contribuições prestadas pelas empresas e empregados, se justifica em razão de que, conforme nos ensina José Casalta Nabais, o sistema previdencial “deve ser fundamentalmente autofinanciado, tendo por base uma relação sinalagmática directa entre a obrigação legal de contribuir e o direito às prestações”¹⁵.

Desta forma, conforme bem apontado por Jorge Eduardo Braz de Amorim¹⁶, tanto no Brasil quanto em Portugal, prevalece o regime de repartição, onde as gerações de trabalhadores ativos acabam por financiar as prestações percebidas por aqueles que se encontram inativos e que se prestam a substituir os rendimentos de atividade profissional que foram reduzidos ou cessados em decorrência de uma das causas legalmente previstas apta a legitimar a percepção deste benefício.

Com base nisso, podemos concluir que, na prática, ambos os modelos podem ser tidos como contributivos, em relação ao seu financiamento, uma vez que possuem como fonte principal de financiamento as contribuições prestadas pelas empresas e trabalhadores e de repartição, quanto a forma de pagamento de benefícios, onde as contribuições pagas pela classe ativa servem para custear os benefícios daqueles que por alguma razão fazem jus aos mesmos.

Portanto, com base nos modelos de financiamento acima delineados, passaremos, a partir deste ponto, a analisar como a automação industrial pode afetar a sua arrecadação.

a) A erosão das bases tributárias relacionadas com a seguridade social.

Conforme vimos no item anterior, as contribuições que financiam o sistema previdenciário brasileiro e português (os quais se prestam a garantir prestações pecuniárias substitutivas de rendimentos de trabalho perdido em consequência de situações legalmente previstas, dentre as quais se encontra a decorrente de desemprego) se concentram principalmente naquelas prestadas pelos trabalhadores por conta de outrem, trabalhadores independentes e entidades empregadoras, incidentes sobre seus rendimentos.

Segundo levantamento realizado pelo Instituto Nacional da Segurança Social Brasileiro – INSS, dos R\$ 398,5 bilhões de reais arrecadados no ano de 2016, 77% deste valor foi proveniente das contribuições realizadas pelas empresas e entidades equiparadas¹⁷. Já em Portugal, conforme levantamento realizado por Jorge Eduardo Braz de Amorim, no ano de 2014, 55,4% da arrecadação destinada à segurança social foi proveniente das contribuições realizadas pelas entidades patronais e trabalhadores¹⁸.

Com o iminente avanço da automação, teremos uma drástica mudança no que tange aos modelos de produção os quais, em nome de uma maior produtividade e

¹⁵ NABAIS (2007), p. 638.

¹⁶ AMORIM (2017), p.243.

¹⁷ INSTITUTO NACIONAL DA SEGURANÇA SOCIAL (2016), p. 670.

¹⁸ Ibid., p. 243.

menores custos, privilegiarão a utilização de tecnologia em seus processos produtivos e, até mesmo, no campo da prestação de serviço e no comércio, em detrimento da mão de obra humana.

Na indústria automotiva, por exemplo, temos casos de montadoras que já dispõem de uma linha de montagem 100% automatizada, o que representa centenas de milhares de empregos formais a menos. Até mesmo em nosso dia-a-dia temos nos deparado cada vez mais com a automação, que vai desde abastecimento em postos de combustível, até serviços bancários que hoje são realizados através de aplicativos para celulares.

Como vimos acima, a globalização da economia somada aos avanços tecnológicos dos últimos tempos, criaram um padrão de disrupção acelerado e sem precedentes. Mesmo atividades profissionais tradicionais, onde predomina o intelecto e o raciocínio, como os profissionais da área jurídica, já estão enfrentando a concorrência de robôs programados para pesquisar e interpretar conteúdo jurídico a ser utilizado em processos judiciais, como é o caso do robô “ROSS”, recentemente contratado por um escritório de advocacia dos Estados Unidos da América.

Há, mesmo, quem defenda que a robotização da economia causará desemprego em massa, como é o caso do autor de “*Sapiens, uma Breve História da Humanidade*”, Yuval Noah Harari¹⁹, para quem o fenômeno será responsável pela derrocada da democracia e pelo surgimento de um neocolonialismo cibernético, tendo como resultado o aumento extraordinário das desigualdades sociais e da pobreza ao redor do mundo.

Por outro lado, há quem argumente, como Nicolas Bouzou, que, ao mesmo tempo em que a automação industrial será responsável pelo fechamento de centenas de milhares de postos de trabalho, ela será também responsável pelo surgimento de diversos outros em áreas que até então não haviam se desenvolvido ao ponto de necessitar de um aumento de mão de obra, como a área de programação e desenvolvimento de softwares. Segundo Bouzou²⁰, é um erro achar que as inovações tecnológicas destruirão empregos sem recriar outros, prevendo que, entre 2015 e 2025, o trabalho baseado em I.A. e na automatização irá substituir muitas tarefas, não apenas rotineiras, mas também sofisticadas, como na medicina, análise financeira, jurídica e contábil.

Ambos os cenários – criação e encerramento de postos de trabalhos – foram objeto de um levantamento realizado pelo Fórum Econômico Mundial, o qual concluiu que a crescente automação industrial resultará no fechamento de 7,1 milhões de empregos e na criação de 2 milhões de novos postos de trabalho, o que representa um impacto de 5,1 milhões de empregos a menos, isso apenas entre os anos de 2015 e 2018²¹.

¹⁹ CHALLENGES (2017).

²⁰ BOUZOU (2017), p. 169.

²¹ FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL (2016).

Esta progressiva substituição da mão de obra humana pela robótica terá o condão de causar um efeito cascata: Em um primeiro momento, estima-se um aumento do desemprego decorrente, dentre outros motivos, do fato de que os robôs, atualmente, não estão sujeitos à tributação sobre os rendimentos, como os trabalhadores humanos, e nem fazem com que nasça, para a empresa, a obrigação tributária tendente no dever de recolher contribuições sobre os “rendimentos” do seu trabalho, o que os torna mais interessantes em termos de custos²².

Em um segundo momento, como consequência direta e proporcional ao aumento do desemprego decorrente do impacto da automação, teremos menos pessoas contribuindo sobre seus rendimentos do trabalho para o custeio do sistema, o que resultará em uma diminuição de receitas.

Por fim, e considerando que o desemprego involuntário é uma das causas que autorizam os beneficiários da segurança social à percepção das prestações pecuniárias substitutivas previstas em lei, teremos um aumento das despesas estatais que, aliada à diminuição de receitas, poderá colocar todo o sistema em risco.

Tais reflexos já são uma realidade no contexto previdenciário de Brasil e Portugal. Segundo levantamentos recentes, o déficit da previdência brasileira alcançou o expressivo montante de 268 bilhões de reais em 2017²³, enquanto que Portugal espera um déficit de aproximadamente 1.1 bilhões de euros até 2030 e de 2.3 bilhões até 2040²⁴.

A partir desse levantamento, resta claro que uma diminuição dos postos de trabalho, ocasionada pela substituição da mão de obra humana pela automação, teria um impacto direto na arrecadação destinada a financiar o sistema previdenciário de ambos os países, acentuando ainda mais esse já preocupante cenário com a crescente erosão de suas bases tributárias.

b) Propostas legislativas na União Europeia e no Brasil.

Diante do iminente impacto que a automação terá na arrecadação destinada ao financiamento da segurança social, diversas propostas de compensação das perdas de tais receitas têm sido ventiladas no âmbito dos Estados Membros e não Membros da União Europeia.

O parlamento europeu recentemente debateu a questão do impacto da automação industrial e da possibilidade de se instituir uma tributação sobre robôs. Conforme se extrai da proposta de resolução do parlamento europeu, cuja relatoria coube à eurodeputada Mady Delvaux²⁵:

“Considerando, ao mesmo tempo, que o desenvolvimento da robótica e da IA pode fazer com que muito do trabalho que é atualmente efetuado por humanos passe a ser feito por robôs, sem uma total recuperação dos postos de trabalho

²² Nesse mesmo sentido, *vide* AHMED (2017).

²³ Valor Econômico (2018).

²⁴ Diário de Notícias (2016).

²⁵ Parlamento Europeu (2017).

perdidos, suscitando, assim, crescentes apreensões sobre o futuro do emprego, a viabilidade dos sistemas de proteção e segurança social e a descontinuidade das contribuições para a reforma, se a atual base de fiscalidade for mantida, criando o potencial para uma maior desigualdade na distribuição da riqueza e da influência, pelo que a eventual aplicação de um imposto sobre o trabalho realizado por robôs ou de uma taxa de utilização e manutenção por robô deve ser examinada no contexto de um financiamento ao apoio e requalificação de desempregados cujos postos de trabalho tenham sido reduzidos ou eliminados, a fim de manter a coesão e o bem-estar social;”

No entanto, a proposta no sentido de se instituir um imposto sobre o trabalho realizado por robôs acabou, por fim, por ser rechaçada²⁶.

Em que pese o parlamento europeu não ter acatado a proposta acerca de uma eventual tributação dos robôs, alguns Estados europeus, preocupados com uma eventual erosão das bases tributárias e da consequente insustentabilidade dos atuais modelos de financiamento da segurança social, vem tomando medidas tendentes a buscar outras formas de financiamento, que não sejam tão dependentes do mercado de trabalho.

Em relação ao tema, Jorge Eduardo Braz de Amorim, cita os exemplos do Reino Unido e da Dinamarca. O primeiro dos Estados mencionados elevou as alíquotas do IVA, de forma a permitir uma maior afetação de suas receitas fiscais ao orçamento da segurança social. A Dinamarca, por sua vez, apostou na criação de tributos ecológicos, destinando o produto de sua arrecadação ao custeio do sistema de segurança social²⁷.

Já na Espanha, apesar de nenhuma medida concreta ter sido tomada até o momento, também há um movimento, encabeçado por Pepe Alvarez, secretário-geral da *Unión General de Trabajadores*, o qual defende que “aquellas empresas que sustituyan a trabajadores por máquinas para mejorar la producción deben pagar un impuesto con los márgenes que consigan para aumentar su contribución a las finanzas públicas”²⁸.

Finalmente, à semelhança de tais países, Portugal, preocupado com o futuro do seu sistema de segurança social, não tem ficado atrás no debate e também já estuda medidas para atenuar o impacto da automação. Dentre as possíveis medidas a serem adotadas, debate-se a possibilidade de se reduzir a alíquota da taxa social única (TSU) das empresas e instituir uma taxa contributiva de 2,1% sobre o valor acrescentado líquido (VAL).

Nas eleições presidenciais francesas de 2017, o candidato socialista Benoît Hamon também defendeu a taxação dos robôs, que serviria para criar um fundo destinado à formação e requalificação profissional, preparando os trabalhadores para a era da inovação. Constava do programa desse candidato a seguinte proposta:

“Les entreprises qui remplacent des salariés par des robots payent de moins de cotisations sociales. Pour mettre fin à ce biais fiscal et préparer la

²⁶ Reuters (2017).

²⁷ Ibid., p. 252.

²⁸ Expansión (2017).

transformation du travail, je créerai une cotisation sociale sur les robots qui abondera un fond de transition du travail (FTT) destiné notamment à la formation et la reconversion professionnelle."²⁹

O que se extrai das diversas propostas existentes no âmbito da União Europeia é que há um consenso no sentido de que os atuais modelos de financiamento da segurança social estão com os dias contados. No entanto, a diversidade de modelos e propostas apresentadas nos mostra também que ainda não há um consenso acerca de qual modelo é o mais adequado a substituir o modelo de tributação atual.

A partir desse momento, procederemos a uma análise das principais propostas de soluções, destacando, ao fim, aquela que, em nossa opinião, se apresenta como a mais indicada.

4. Análise das Possíveis Soluções no campo da tributação.

a) A Tributação sobre os robôs.

Como decorrência natural da crise gerada pelos avanços da robotização da economia, os debates sobre as alternativas para garantir o progresso econômico e preservar as conquistas sociais crescem em todo o mundo. Dentre as propostas que tentam solucionar o dilema entre automação x desemprego está a que prevê a tributação sobre os robôs. Respeitáveis vozes levantaram bandeiras em prol dessa tese, como, por exemplo, Robert Schiller, Prêmio Nobel de economia, e Bill Gates, fundador da Microsoft. Em entrevista concedida ao website Quark, em 2017, Gates defendeu que:

"Certainly there will be taxes that relate to automation. Right now, the human worker who does, say, \$50,000 worth of work in a factory, that income is taxed and you get income tax, social security tax, all those things. If a robot comes in to do the same thing, you'd think that we'd tax the robot at a similar level."³⁰

E, falando sobre as várias formas de aumentar a produtividade das empresas e gerar mais arrecadação de impostos, arrematou dizendo que "some of it can come directly in some type of robot tax. I don't think the robot companies are going to be outraged that there might be a tax. It's OK".³¹

No entanto, para que isso venha a se tornar possível, alguns aspectos devem ser considerados, os quais passarão a ser abordados de forma mais aprofundada a partir desse tópico.

i) O robô como sujeito de Direito e a hipótese de incidência tributária.

Falar em tributação de robôs traz a tona dois tópicos de extrema importância para o debate do tema. O primeiro deles diz respeito à necessidade de se definir, com precisão, o conceito da expressão robô. Isso porque, conforme bem observam M. Mustafa Erdogan

²⁹ HAMON (2017).

³⁰ QUARTZ MEDIA (2017).

³¹ Ibid.

e Coskun Karaca, “the ambiguity of the term ‘robot’ makes defining the tax base difficult”³². A norma ISO 8373:2012 define o robô como sendo um “actuated mechanism programmable in two or more axes with a degree of autonomy, moving within its environment, to perform intended tasks”.³³ Comentando essa norma, Gary Cywie diz que:

“De cette définition, deux termes attirent notre attention : mécanisme et programmable. Transposés en droit, ces composants vitaux du robot renvoient respectivement au matériel et à l’immatériel du robot, soit sa programmation. Le robot est donc bien un objet juridique et les droits dont il fait l’objet semblent dépendre du type de robot concerné. Bien qu’un tronc commun de règles puisse se dégager, certaines particularités robotiques peuvent nécessiter un cadre juridique spécifique.”³⁴

Por seu turno, o parlamento europeu, por meio da Resolução nº P8_TA(2017)0051, aprovada em 16 de Fevereiro de 2017, que contém disposições de Direito Civil sobre Robótica, também procedeu à conceituação das diferentes categorias de robôs autônomos e inteligentes, baseado em características como “a capacidade de adquirir autonomia através de sensores e/ou da troca de dados com o seu ambiente (interconectividade) e a análise destes dados; a capacidade de aprender com a experiência e com a interação; forma do suporte físico do robô; a capacidade de adaptar o seu comportamento e as suas ações ao ambiente”.³⁵

Sendo assim, e considerando que o objetivo deste estudo não é a definição da expressão ora analisada, adotaremos a definição proposta pelo parlamento europeu, devendo esta ser levada em consideração sempre que nos referirmos ao termo robô.

Superada essa primeira premissa, faz-se necessário indagar até que ponto os robôs podem ser sujeitos passivos de uma obrigação tributária, ou, em outras palavras, se podem ser considerados como possuidores de capacidade tributária passiva.

Em primeiro lugar, é preciso ter em mente que a capacidade tributária passiva é a aptidão para ser sujeito passivo de uma obrigação tributária. Ou seja, para que haja a sujeição passiva, não basta que seja praticado o fato jurídico eleito pela norma como apto a dar nascimento a uma obrigação tributária, mas também que o sujeito que o venha a praticar seja dotado de uma capacidade para assumir a posição de sujeito passivo, ou seja, que possua uma personalidade jurídica tributária.

Neste sentido, Paulo de Barros Carvalho salienta que “o sujeito capaz de realizar o fato jurídico tributário, ou dele participar, pode, perfeitamente, não ter personalidade jurídica de direito privado, contudo, o sujeito passivo da obrigação tributária haverá de tê-lo, impreterivelmente.”³⁶

³² Ibid., p. 110.

³³ International Organization for Standardization – ISO (2012).

³⁴ LEGITECH (2016).

³⁵ Parlamento Europeu (2017).

³⁶ CARVALHO (2016), p. 313.

Em que pese o seu avançado estágio de desenvolvimento tecnológico, especialmente daqueles dotados de certa autonomia e de inteligência artificial, os robôs ainda não atingiram o status de sujeitos de direito. Mas, para muitos, como Gary Cywie³⁷, por exemplo, já é possível atribuir-lhes certa personalidade jurídica especial, semelhante àquela atribuída às pessoas jurídicas, in *verbis*: “Pour le moment, il n’est pas prévu d’attribuer le statut juridique des humains aux robots, mais l’adoption d’une « personnalité robot » qui s’inspirerait de la personnalité des personnes morales serait une piste.”

Por essa razão é que Xavier Oberson defende que a tributação de robôs passa, invariavelmente, pela necessidade de lhes atribuir uma personalidade jurídica, o que, segundo o referido autor, seria plenamente possível “considering the justification for existing legal entities (such as corporations), it follows that recognition of robots as a separate legal entity is possible”³⁸.

Superada essa primeira premissa, resta saber de que forma e sobre quem recairia o ônus tributário de uma eventual tributação dos robôs.

ii) *Rendimento presumido atribuível aos robôs como base impositível do IR e Contribuição para a Seguridade Social*

Segundo Xavier Oberson³⁹, num momento inicial da tributação dos robôs, estes ainda não poderiam figurar como sujeitos passivos de uma obrigação tributária, pois, como vimos acima, a tecnologia ainda não se desenvolveu de maneira suficiente para que seja atribuída aos robôs uma capacidade contributiva e, muito menos, a condição de sujeito de direito.

Diante dessa constatação, o autor defende que, no estágio atual, a tributação deve ser suportada pelo proprietário do robô e deverá incidir sobre uma quantia fixa presumida, representativa de um rendimento ficticiamente recebido pela máquina, a exemplo do que ocorre com a tributação da propriedade em países como Bélgica e Suíça, onde os proprietários de imóveis pagam, anualmente, um tributo incidente sobre um valor presumido que seria recebido pelo proprietário no caso de aluguel da propriedade⁴⁰.

No entanto, em um segundo momento, e quando a evolução tecnológica assim o permitir, como, por exemplo, com o avanço da inteligência artificial e do *deep learning*, o ônus tributário poderá, então, deixar de recair sobre o proprietário e passar a ser suportado pela própria máquina, a quem seria reconhecida uma capacidade contributiva eletrônica, nos moldes propostos por Gary Cywie e Xavier Oberson, acima citados.

Dentre as principais críticas relacionadas a essa proposta encontra-se aquela no sentido de que uma eventual tributação incidente sobre os robôs, a ser, em um primeiro

³⁷ Ibid.

³⁸ OBERSON (2017), p. 252.

³⁹ Ibid., p. 253.

⁴⁰ DELOITTE (2017), p. 27.

momento, suportada pelo seu proprietário, serviria como um desestímulo a criação de novas tecnologias⁴¹.

Isso porque o atual cenário de não tributação dos robôs, aliado a maior produtividade destes em relação aos seres humanos, faz com que a sua adoção seja mais interessante do que a contratação da mão de obra humana, o que resulta, por parte das empresas, em uma grande procura por novas tecnologias, impulsionando o desenvolvimento tecnológico e o crescimento econômico.

Com a instituição de tributos sobre os robôs, o custo para implantação da automação se tornaria elevado e se aproximaria do custo da contratação da mão de obra humana, o que resultaria numa menor procura por novas tecnologias, o que, na opinião de Sami Ahmed⁴², pode fazer com que haja um desestímulo ao desenvolvimento destas.

Sem essa tributação, segundo o referido autor, a automação seria cada vez mais atrativa e propiciaria às empresas um aumento de receitas em virtude da maior produtividade proveniente da automação, fazendo com que a tributação incidente sobre os rendimentos dessas empresas seja proporcionalmente maior, o que, no seu entender, compensaria uma eventual perda de arrecadação dos tributos incidentes sobre a mão de obra humana⁴³.

Essa maior arrecadação, decorrente do aumento das receitas das empresas seria, ainda, de acordo com M. Mustafa Erdodu e Coskun Karaca⁴⁴, mais benéfica para os cofres públicos do que uma eventual tributação dos robôs. Neste sentido, os autores alertam que a tributação de robôs pode ocasionar em um efeito contrário ao esperado, gerando uma perda de arrecadação ao invés de um incremento, se comparada com a arrecadação que pode ser gerada pelo incremento de produção e, conseqüentemente, da receita das empresas que adotam essas tecnologias.

Igualmente contrários à tributação dos robôs, Robert D. Atkinson e John Wu também afirmam que a instituição de tal imposto reduziria a produtividade das empresas. No entanto, defendem que o estímulo à produtividade gerado pela não tributação fará com que os benefícios da inovação se realizem com todo o seu potencial, como, por exemplo, na criação de novos empregos, como segue:

"In fact, the single biggest economic challenge facing advanced economies today is not too much labor market churn, but too little, and thus too little productivity growth. Increasing productivity is the only way to improve living standards—yet productivity in the last decade has advanced at the slowest rate in 75 years. (...) Such innovation allows workers and firms to produce more, so wages go up and prices go down, which increases spending, which in turn

⁴¹ Neste sentido, M. Mustafa Erdodu e Coskun Karaca (Op.Cit., p. 112) defendem que "taxing new equipment could (...) hamper a promising new industry that is being born from the latest advances in robotics and AI".

⁴² Ibid., p. 54.

⁴³ Ibid., p. 55.

⁴⁴ Ibid., p. 112.

creates more jobs in new occupations, though more so in existing occupations (from cashiers to nurses and doctors)."⁴⁵

Outra crítica ao modelo proposto por Oberson parte de Yanis Varoufakis⁴⁶ e atinge a base tributável sugerida pelo primeiro autor, qual seja, a renda presumida a ser atribuída aos robôs. Segundo esse autor, chegará um dado momento em que os robôs estarão desempenhando atividades que nunca foram desempenhadas por seres humanos, o que fará com que não haja um salário de referência para embasar a renda presumida a ser utilizada como base tributável.

iii) Financiamento da Previdência Social por meio da tributação sobre o consumo.

Conforme visto linhas acima, alguns Estados optaram por diversificar as suas fontes de financiamento da previdência social através da majoração das alíquotas dos tributos incidentes sobre o consumo.

Esse deslocamento da carga tributária incidente sobre a remuneração dos trabalhadores para o consumo não se apresenta como algo novo no âmbito da União Europeia que, em meio à crise que assolou o bloco entre 2008 e 2009, veio a adotar a medida que ficou conhecida como “desvalorização fiscal”.

Tal medida se consistiu exatamente na transferência de uma parcela do ônus fiscal que recaía sobre a contratação de mão de obra para o consumo de bens e serviços através de uma redução das alíquotas das contribuições para a previdência social e uma majoração das alíquotas de IVA incidentes sobre os bens consumidos domesticamente e destinados à importação.

Como essa transferência da carga fiscal foi feita de forma neutra, o aumento das alíquotas do IVA foi neutralizado pelo menor custo de produção ocasionado pela redução das alíquotas incidentes sobre a contratação de mão de obra, o que fez com que os preços dos bens consumidos domesticamente não sofressem nenhuma alteração.

Por outro lado, os bens de origem estrangeira tiveram um aumento de preço, pois, ao contrário dos produtores localizados nos Estados Membros da União Europeia, os produtores estrangeiros não se beneficiaram da redução do custo de produção e não puderam compensar o aumento do IVA.

Esta medida também incentivou a exportação de bens, os quais se tornaram mais competitivos no mercado internacional, uma vez que seus produtores, além de se beneficiarem da redução das alíquotas incidentes sobre a contratação de mão de obra, não tiveram os produtos com tal destinação onerados pelo aumento das alíquotas de IVA, o que refletiu no preço.

No entanto, em que pese os benefícios que a medida trouxe à balança comercial europeia, não entendemos que o financiamento da segurança social através da tributação

⁴⁵ Ibid., p. 2.

⁴⁶ VAROUFAKIS (2017).

sobre o consumo seja a melhor alternativa à tributação incidente sobre a contratação de mão de obra.

Isto porque, a tributação do consumo tende a tornar o sistema mais regressivo, onde os baixos rendimentos acabam por ser os mais atingidos uma vez que, conforme bem acentua J.L. Saldanha Sanches, “se apresenta como um pesado encargo para as classes de menor rendimento, aquelas que atribuem ao consumo uma parte relativa mais elevada dos seus réditos”⁴⁷.

Ademais, como no atual modelo, em regra, só estão ao abrigo da proteção da previdência social aqueles indivíduos que com ela contribuem, caso deslocássemos a fonte de seu financiamento para os tributos incidentes sobre o consumo, estaríamos diante de um cenário em que os contribuintes, notadamente aqueles mais pobres, se veriam contribuindo para o financiamento da previdência sem sequer estarem ao abrigo de sua proteção⁴⁸.

iv) Contribuição sobre a receita bruta das empresas x contribuição incidente sobre a folha de salários.

A incidência de contribuições para o financiamento da segurança social sobre a receita bruta das empresas não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro que, desde o advento da medida provisória 540, posteriormente convertida na Lei 12.546/2011, possibilitou que as empresas referidas no seu artigo 7º optassem pela substituição da contribuição incidente sobre o total das remunerações pagas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados, trabalhadores avulsos e aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços, por um percentual incidente sobre sua receita bruta.

Referida lei foi promulgada com o objetivo de reduzir a carga tributária de alguns grupos de contribuintes, com vistas a aumentar sua competitividade, inclusive em âmbito internacional e de estimular a geração de empregos através da desoneração da folha de salários.

Tal modelo, da forma como foi idealizado pelo Brasil, dado as suas razões e motivos, ocasionou uma renúncia fiscal e uma perda de arrecadação⁴⁹, mas, se reformulado, poderia servir como um importante meio de compensar a redução de arrecadação oriunda da substituição da mão de obra humana.

⁴⁷ SANCHES (2010), p. 37-38.

⁴⁸ Nesse mesmo sentido é o posicionamento de PAIVA, Luis Henrique; ANSILIERO, Graziela (2009), p. 25, para os quais, “Pode-se apresentar, assim, a segunda consequência da desoneração da contribuição previdenciária patronal sobre a folha, compensada com algum tributo incidente [...] sobre o consumo: as famílias mais pobres do país participem crescentemente do financiamento da previdência social sem que, em grande parte dos casos, venham a ter o direito de receber qualquer benefício do sistema previdenciário”.

⁴⁹ De acordo com Alessandro Costa da Silva *et al* (2015), p. 4, “Estima-se que em 2015, o montante da renúncia fiscal tenha sido de R\$ 25 bilhões, gerando significativo impacto negativo no resultado fiscal da União”.

Isso porque, ao contrário do que foi feito no Brasil, tal política não teria como enfoque principal a desoneração da folha de pagamentos, ainda que esta venha a ser um reflexo de sua adoção, e nem servir como um mecanismo de redução dos custos dos fatores de produção, mas sim garantir que a seguridade social continue a receber o montante necessário para sua manutenção.

A deslocação da tributação da folha de salários para a receita bruta das empresas parte do princípio de que, ao mesmo tempo em que a automação será responsável por muitas demissões, será também responsável por um aumento de produtividade, ocasionado pela maior capacidade de produção dos robôs, os quais não precisam de férias, de intervalos intrajornada, auxílio doença e mantêm um nível de produtividade linear durante todo o tempo.

Essa maior produtividade terá o condão de aumentar a receita bruta das empresas, fazendo com que uma eventual tributação destinada à seguridade social incidente sobre tais receitas tenha o condão de compensar as perdas de arrecadação decorrentes da gradativa substituição da mão de obra humana⁵⁰.

Além disso, a adoção da tributação sobre a receita bruta das empresas em substituição à incidente sobre a folha de salários evitaria um dos efeitos mais criticados por aqueles que defendem a não tributação de robôs, qual seja, o desincentivo à inovação tecnológica, de forma que será possível aliar dois fatores que, de acordo com o atual modelo, são incompatíveis: avanço tecnológico e sustentabilidade da seguridade social.

No entanto, para que a medida seja positiva, faz-se necessário a realização de um amplo estudo prévio para que se possa aferir qual a alíquota necessária para compensar a arrecadação proveniente das contribuições sobre a folha de salários, devidas pelas empresas e trabalhadores que perderão seus postos de trabalho.

Isto porque a carga tributária suportada atualmente por contribuintes brasileiros e portugueses, de aproximadamente 33% e 34,4% do produto interno bruto⁵¹, respectivamente, já se encontra em patamares limítrofes, razão pela qual, no nosso entender, a alíquota deverá ser fixada em um patamar que não represente um aumento de carga tributária para as empresas, mas apenas sirva como meio de se preservar a arrecadação destinada ao financiamento da seguridade social.

Adotando-se este modelo de tributação, além de preservar a arrecadação e garantir a sustentabilidade da seguridade social independentemente do número de postos de trabalho que venham a ser substituídos pela automação e pela robótica, estaremos desacelerando o aumento do número de desempregados, pois deslocando a tributação incidente sob a folha de pagamentos para a receita bruta, os custos incorridos na contratação da mão de obra sofrerão uma drástica diminuição, aproximando-os dos custos necessários para a implantação de estruturas automatizadas.

⁵⁰ Em sentido semelhante, mas voltado à tributação sobre o rendimento, *vide* AHMED (2017), p. 54-55.

⁵¹ O Globo (2017).

Da mesma forma, como a adoção de tais medidas se dará de forma neutra, não haverá um aumento nos custos das empresas, o que, por sua vez, fará com que não haja um aumento dos preços de bens e serviços aos consumidores finais.

No entanto, entendemos que, na eventualidade da adoção de um modelo como o proposto, a medida deve abranger todos os contribuintes, indistintamente, sem que, como ocorreu no modelo brasileiro, se limite a uma pequena parcela de contribuintes, que exercem atividades eleitas como aptas à substituição da contribuição sobre a folha por aquela sobre a receita bruta⁵². Essa ampla abrangência, aliada a um sistema de alíquotas progressivas baseadas no faturamento das empresas, garantirá uma maior segurança jurídica, justiça tributária e um sistema alinhado com o princípio constitucional da capacidade contributiva.

Modelo semelhante também poderia ser adotado por Portugal, uma vez que, conforme visto linhas acima, a Constituição Portuguesa, ao se manter silente em relação aos meios de financiamento da segurança social, acabou por conferir ao legislador infraconstitucional uma grande liberdade para eleger as formas de financiamento que julgar necessárias.

Há, inclusive, uma proposta nesse sentido, a qual foi objeto de estudo por parte da Confederação do Comércio e Serviços de Portugal (CCP), que visa reduzir a taxa social única (TSU) das empresas e instituir uma taxa contributiva de 2,1% sobre o valor acrescentado líquido (VAL)⁵³.

Certo é que a ideia, aqui apresentada em termos gerais, dada a limitação da extensão do presente estudo, merece ainda maiores reflexões e debates por parte da comunidade acadêmica, que deverá analisar eventuais efeitos que sua aplicação poderá ocasionar como, por exemplo, uma maior dificuldade de fiscalização e controle das informações por parte da autoridade tributária e uma eventual necessidade de criação de novas obrigações acessórias⁵⁴.

b) O papel da OCDE na busca de soluções globais para os impactos da robotização da economia.

Diante de tantas propostas, não é difícil perceber que o tema é por demais complexo e que os interesses envolvidos são igualmente relevantes. Ao mesmo tempo em

⁵² De acordo com Alessandro Costa da Silva *et al* (Op. Cit., p. 20), no modelo brasileiro “(...) a medida se restringe a um grupo de aproximadamente 84 mil contribuintes, representando 1,7% do total de contribuintes, uma ínfima parcela das mais de 5 milhões de empresas do Brasil”.

⁵³ Confederação do Comércio e Serviço de Portugal (2018).

⁵⁴ Neste sentido, como bem destaca Alessandro Costa da Silva *et al* (Op. Cit., p.26), “A contribuição baseada no faturamento apresenta maior probabilidade de sonegação frente à contribuição patronal sobre a folha de pagamentos, pois esta última dispõe de outros meios de controle, além da informação direta ao fisco por parte empresas. A necessidade de se informar dados relacionados a emprego e renda a outros órgãos públicos permite o cruzamento de informações e a existência de controle por parte dos próprios funcionários (...) facilita o trabalho da fiscalização tributária.”

que a robotização é desejada e estimulada, a preocupação com o desemprego e a erosão das bases tributárias que financiam a seguridade social são legítimas e urgentes.

A solução parece estar mais no plano internacional do que nacional, num esforço global para, simultaneamente, desenvolver e regular um modelo de tributação que seja factível. Isso porque, isoladamente, um país pode sofrer as consequências de tal taxaço, tornando sua economia menos atrativa para empreendimentos inovadores e baseados em automação e robotização.

A combinação entre globalização e tecnologia relativizou o conceito de fronteiras nacionais, permitindo que os grandes conglomerados econômicos migrem facilmente de um país para outro, dentro dos seus planos de otimização fiscal, deslocando suas atividades para locais com tributação mais favorável.

Nesse cenário, talvez caiba a uma instituição internacional multilateral a tarefa de desenvolver um modelo global de tributação, como, por exemplo, a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico - OCDE, responsável pela busca de soluções para problemas comuns dos Estados, como transparece claramente na sua declaração de missão e propósito: "The OECD provides a forum in which governments can work together to share experiences and seek solutions to common problems. We work with governments to understand what drives economic, social and environmental change" ⁵⁵.

Um dos projetos desenvolvidos pela OCDE é o *Base Erosion and Profit Shifting* - BEPS, dedicado à luta contra a erosão da base fiscal e a transferência artificial de lucros. Cabe ao Projeto BEPS, a partir da coordenação do consenso entre os Estados quanto à uniformização das ações a serem tomadas, "reajustar a tributação no intuito de restaurar os efeitos e os benefícios pretendidos pelas regras internacionais, as quais não teriam acompanhado o ritmo do desenvolvimento dos negócios" ⁵⁶.

De fato, a OCDE dedicou a Ação nº 1 do BEPS, denominada *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, para tratar da economia digital, afastando qualquer distinção com os demais ramos da economia, como destacado no relatório final dessa Ação:

"Because the digital economy is increasingly becoming the economy itself, it would be difficult, if not impossible, to ring-fence the digital economy from the rest of the economy for tax purposes. The digital economy and its business models present however some key features which are potentially relevant from a tax perspective."⁵⁷

Como tratamos acima, um dos impactos mais imediatos da robotização da economia é a erosão das bases tributárias do financiamento da seguridade social. Assim, parece razoável admitir que o problema se insere dentro do âmbito de interesse do

⁵⁵ OCDE (2018).

⁵⁶ SCHOUERI (2016), p. 29-52.

⁵⁷ OECD (2015), p.11.

Projeto BEPS, especificamente na Ação nº 1. Nesse sentido, Schoueri, de forma didática, nos ensina que:

“o objetivo da Ação 1 não é apenas identificar as principais dificuldades impostas pela Era da Informação na aplicação das normas tributárias internacionais, mas também desenvolver opções para solucionar esses problemas, adotando uma abordagem ampla e considerando ambas as tributações, direta e indireta.”⁵⁸

O objetivo de buscar soluções globais para a preservação dessas bases fiscais encontra justificativa, como vimos, na necessidade de preservar e economia dos Estados, especialmente daqueles em desenvolvimento, que, isoladamente, ficariam vulneráveis à volatilidade e a mobilidade, típicos dos modelos de negócios baseados na economia digital. Problemas globais exigem soluções globais. E a OCDE, especialmente por meio do Projeto BEPS, a nosso ver, tem a força necessária para promover soluções nesse sentido.

5. Conclusões

O trabalho é a atividade econômica mais tributada do planeta. Não é por acaso que o avanço da automação e da robotização vem gerando grandes e legítimas preocupações, pois a substituição da mão-de-obra humana pelo trabalho robotizado reduz progressivamente as bases tributárias que sustentam a seguridade social, ao mesmo passo em que concentram os benefícios do desenvolvimento tecnológico nas mãos de poucos grupos econômicos, concentrando riquezas e, com isso, provocando o aumento das desigualdades sociais e prejudicando a livre concorrência entre as empresas.

É urgente, portanto, a criação de um modelo que permita a manutenção dessas bases tributárias e que, ao mesmo tempo, não crie constrangimentos para o Estado que o implemente, no que tange à atração de investimentos estrangeiros e ao fomento à inovação tecnológica.

Por meio das considerações aqui apresentadas, entendemos que a alternativa mais eficaz para interromper a erosão das bases tributárias do sistema de financiamento da segurança social é proceder a uma substituição do atual modelo de tributação do trabalho, a cargo das empresas e incidente sobre a folha de salários, por uma tributação progressiva sobre a receita bruta das empresas. Essa progressividade garantiria a satisfação do princípio da capacidade contributiva e da solidariedade, harmonizando o novo tributo com os pressupostos de justiça fiscal.

Tal tributo também deve ser neutro do ponto de vista da política fiscal, ou seja, fixado em patamares que não representem um aumento de carga tributária, de forma que tenha apenas o condão de preservar a arrecadação destinada ao financiamento da

⁵⁸ Ibid., p.35.

segurança social. A adoção desse novo paradigma tributário para o financiamento da seguridade social encontra fundamento nas seguintes razões:

a) Em primeiro lugar, o deslocamento da incidência da contribuição sobre a folha de salário dos empregados para a receita bruta das empresas evitará o nefasto efeito que uma tributação incidente sobre o uso ou a propriedade de robôs poderia acarretar, qual seja, o desestímulo ao desenvolvimento tecnológico.

b) Além disso, acarretaria em uma diminuição dos custos de contratação da mão de obra humana, o que pode servir como estímulo à empregabilidade, pois aproximaria os custos envolvidos na contratação da mão de obra humana daqueles inerentes à implementação de sistemas automatizados.

c) Esse maior estímulo à contratação de mão de obra humana, por sua vez, resultaria na preservação de outra base impositiva, qual seja, o salário dos empregados, sob os quais estes contribuem para o custeio da máquina estatal, através de contribuições para a segurança social e a tributação da renda.

Por fim, com vistas a garantir segura transição entre os regimes tributários, entendemos essencial que essa proposta seja encampada por uma organização internacional forte e influente o suficiente para evitar prejuízos fiscais aos Estados, decorrentes de perdas arrecadatórias provocadas pela migração dos investimentos estrangeiros. Pelas características específicas do seu papel na coordenação do sistema tributário internacional, especialmente no que tange ao combate à erosão da base fiscal (BEPS), entendemos que esse papel seria muito bem exercido pela OCDE, entidade capaz de implementar soluções rápidas e multilaterais para combater os efeitos da robotização no financiamento da seguridade social.

No entanto, forçoso reconhecer que a proposta não é isenta de falhas, podendo resultar, por exemplo, em uma eventual diminuição do grau de controle e fiscalização por parte da autoridade tributária em comparação com o grau de controle existente no modelo de tributação sobre a folha de salários. Por tal razão, o presente estudo deve ser encarado pela comunidade acadêmica como uma provocação à reflexão de ideias e alternativas para a erosão das bases tributárias decorrentes da automação e robotização, e não como uma proposta definitiva e final.

Referências

- AHMED, Sami (2017), Cryptocurrency & robots: How to tax and pay tax on them, in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3083658## (02.03.2018).
- AMORIM, Jorge Eduardo Braz de, 2017, A 'Indústria 4.0' e a Sustentabilidade do Modelo de Financiamento do Regime Geral da Segurança Social, *Cadernos de Direito Actual*, n. 5, 2017, p.243-254.
- Atkinson, Robert D.; Wu, John (2017), False Alarmism: Technological Disruption and

- the U.S. Labor Market, 1850–2015, in <https://itif.org/publications/2017/05/08/false-alarmism-technological-disruption-and-us-labor-market-1850-2015> (11.04.2018)
- BOUZOU, Nicolas, 2017, *Le travail est l'avenir de l'homme*, Les éditions de l'observatoire, Paris.
- Carvalho, Paulo de Barros, 2016, *Curso de Direito Tributário*, 27^a ed., Saraiva, São Paulo.
- Challenges (2017), Pour l'auteur de Sapiens, l'intelligence artificielle va détruire la plupart des emplois, in https://www.challenges.fr/high-tech/internet/pour-l-auteur-de-sapiens-l-intelligence-artificielle-va-detruire-la-plupart-des-emplois_507756.amp (26.02.2018).
- Confederação do Comércio e Serviço de Portugal (2018), setor dos serviços e os desafios da segurança social, in <http://www.ccp.pt/CCP/ptPT/63/1662/Doc3.aspx?AspxAutoDetectCookieSupport=1> (11.04.2018).
- Deloitte (2017), *Taxation and Investment in Belgium 2017*, in <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-belgiumguide-2017.pdf> (09.03.2018).
- Diário de Notícias (2016), Déficit na Segurança Social adiado para a próxima década, in <https://www.dn.pt/dinheiro/interior/defice-na-seguranca-social-adiado-para-a-proxima-decada-5446607.html> (12.04.2018).
- Erdoğdu, M. M., & Karaca, C. (2017), The Fourth Industrial Revolution and a Possible Robot Tax, in https://www.researchgate.net/profile/M_Erdogdu/publication/322615097_The_Fourth_Industrial_Revolution_and_a_Possible_Robot_Tax/links/5a62a1880f7e9b6b8fd64d23/The-Fourth-Industrial-Revolution-and-a-Possible-Robot-Tax+&cd=2&hl=pt-PT&ct=clnk&gl=pt (12.04.2018)
- Expansión (2017), *¿Un impuesto a los robots es la solución para las pensiones?*, in <http://www.expansion.com/economia/2017/04/20/58f7c14222601def5d8b45da.html> (08.03.2018).
- Fórum Econômico Mundial (2016), *The Future of Jobs: Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution*, in http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs.pdf (26.02.2018).
- Frey, Carl Benedikt; Osborne, Michael A. (2013), The Future of Employment: How Susceptible are Jobs to Computerisation?, in https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf (11.04.2018).
- HAMON, Benoit (2017), Contribution Sociale Sur Les Robots, in <https://www.benoithamon2017.fr/le-projet/#fiscalite> (18.04.2018).

- Harari, Yuval Noah, 2017, *Homo Deus: A Brief History of Tomorrow*, Harper Collins, New York.
- INSTITUTO NACIONAL DA SEGURANÇA SOCIAL (2016), Anuário Estatístico da Previdência Social, in <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2018/01/AEPS-2016.pdf> (24.02.2018).
- Instituto Nacional do Seguro Social (2017), Institucional, in <https://www.inss.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/> (11.04.2018).
- International Organization for Standardization – ISO (2012), ISO 8373:2012, in <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:8373:ed-2:v1:en> (11.04.2018).
- Legitech (2016), Les Robots: Objets ou Sujets de Droits?, in <https://www.legitech.lu/newsroom/articles/les-robots-objets-ou-sujets-de-droits/> (11.04.2018).
- Nabais, José Casalta, 2007, "O Financiamento da Segurança Social em Portugal", in *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Tribunal Constitucional (org.), Coimbra Editora, Coimbra, pp. 623-653.
- O Globo (2017), A carga tributária no Brasil e em outros países da OCDE e América Latina, in <http://blogs.oglobo.globo.com/na-base-dos-dados/post/graficos-carga-tributaria-no-brasil-e-em-outros-paises-da-ocde-e-america-latina.html> (11.04.2018).
- Oberson, Xavier (2017), Taxing Robots? From the Emergence os an Eletronic Ability to Pay to a Tax on Robots or the Use of Robots, in https://www.ibfd.org/.../wtj_2017_02_int_3_SeptNewsletter.pdf (12.04.2018)
- OCDE (2018), The Organisation for Economic Co-operation and Development, in <http://www.oecd.org/about/> (11.04.2018).
- OECD (2015), Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report, OECD/G20, in <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en>. P.11 (12.04.2018).
- PAIVA, Luis Henrique; ANSILIERO, Graziela (2009), A desoneração da contribuição patronal sobre a folha de pagamentos – uma solução à procura de problemas, in www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/download/6/6 (19.03.2018).
- Parlamento Europeu (2017), Disposições de Direito Civil sobre a Robótica, in <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0005+0+DOC+XML+Vo//PT#title1> (11.04.2018).
- Parlamento Europeu (2017), Résolution du Parlement européen du 16 février 2017 contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique (2015/2103(INL)), in <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=->

//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2017-0051+O+DOC+PDF+Vo//FR
(11.04.2018).

PAULSEN, Leandro, 2017, *Constituição e Código Tributário comentados à luz da doutrina e da jurisprudência*, 18. ed., Saraiva, São Paulo.

PricewaterhouseCoopers (2017), *Consumer Spending Prospects and the Impact of Automation on Jobs in* <http://www.pwc.co.uk/services/economics-policy/insights/uk-economic-outlook.html> (11.04.2018).

Quartz Media (2017), *The robot that takes your job should pay taxes, says Bill Gates*, in <https://qz.com/911968/bill-gates-the-robot-that-takes-your-job-should-pay-taxes/> (18.04.2018).

Reuters (2016), *European parliament calls for robot law, rejects robot tax*, in <https://www.reuters.com/article/us-europe-robots-lawmaking/european-parliament-calls-for-robot-law-rejects-robot-tax-idUSKBN15V2KM> (18.04.2018).

SANCHES, J.I Saldanha, 2010, *Justiça Fiscal*, Relógio D'Água, Lisboa.

SCHJOEDT, Rasmus (2016), *India's Basic Income Experiment. Pathways' Perspectives On Social Policy In International Development*, in <http://www.developmentpathways.co.uk/resources/wp-content/uploads/2016/04/Indias-Basic-Income-Experiment-PP21.pdf> (07.03.2018)

SCHOUERI, Luís Eduardo, 2016, "O Projeto BEPS: Ainda uma Estratégia Militar", in *A Tributação Internacional na Era Pós-BEPS: Soluções Globais e Peculiaridades de Países em Desenvolvimento*, Gomes, Marcus Lívio; Schoueri, Luís Eduardo (Coord.), Lumen Juris, Rio de Janeiro, pp. 29-52.

SCHUMPETER, Joseph Alois, 1988, *Teoria do Desenvolvimento Econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e ciclo econômico*, 3ª. ed., Nova Cultural, São Paulo.

Schwab, Klaus (2016) *The Fourth Industrial Revolution: What It Means, How to Respond*, in <https://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond/> (11.04.2018).

SILVA, Alessandro Costa da *et al* (2015), *Desoneração da folha de pagamento análise e modelo alternativo*, in <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/trabalhos-academicos/desoneracao-da-folha-de-pagamentos-analise-e-modelo-alternativo.pdf> (12.04.2018).

Valor Econômico (2018), *Déficit da Previdência aumenta para R\$ 268,8 bilhões em 2017*, in <http://www.valor.com.br/brasil/5272353/deficit-da-previdencia-aumenta-para-r-2688-bilhoes-em-2017> (12.04.2018).

VAROUFAKIS, Yanis (2017), A Tax on Robots?, in <https://www.project-syndicate.org/commentary/bill-gates-tax-on-robots-by-yanis-varoufakis-2017-02> (09.03.2018).

Wolf, Guilherme Eidelwein (2017), Custeio da seguridade social no Brasil: A Previdência Social é deficitária ou superavitária?, in <https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/1634/1/2017GuilhermeEidelweinWolf.pdf> (12.04.2018)

LA NORMATIVA INTERNACIONAL EN MATERIA DE CORRUPCIÓN PÚBLICA: LUCES Y SOMBRAS DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA CORRUPCIÓN¹

Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas²

I.

La lucha internacional contra la corrupción se ha convertido, desde hace tiempo, en una de las prioridades de La Organización de las Naciones Unidas, que ya en la década de los setenta del pasado siglo había mostrado su preocupación por la existencia de ciertas prácticas realizadas por empresas transnacionales.

El primer texto que debe mencionarse, en ese sentido, es la Resolución 3514 (XXX) de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1975, que condenó todas las formas de corrupción (incluido el soborno) en las transacciones comerciales internacionales y exhortó a todos los gobiernos a que cooperaran para impedirlos. Diez años después, la Resolución 50/106, de 20 de diciembre de 1995, recomendó que el Consejo Económico y Social, en su período de sesiones sustantivo de 1996, examinara el proyecto de acuerdo internacional sobre pagos ilícitos e informara al respecto a la Asamblea en su quincuagésimo primer período de sesiones.

Capítulo aparte merecen el Código Internacional de Conducta para los Titulares de Cargos Públicos -aprobado por la Resolución 51/59, de 28 de enero de 1997- y la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Corrupción y el Soborno en las Transacciones Comerciales Internacionales, incluida en la Resolución 51/191, de 21 de febrero de 1997. El primero contiene un conjunto de recomendaciones básicas, a las que deben ajustarse los funcionarios públicos nacionales en el cumplimiento de sus funciones, destinadas a orientar a los Estados miembros en sus actividades de lucha contra la corrupción. Se ocupa de las siguientes cuestiones temáticas: 1) los principios generales que deben presidir el desempeño de las funciones y actividades públicas (lealtad, integridad, eficiencia, eficacia, equidad e imparcialidad); 2) las situaciones de conflicto de intereses y las que deben conducir a la inhabilitación de los funcionarios; 3) las declaraciones de bienes de los titulares de los cargos públicos, sus cónyuges y otros familiares a cargo; 4) la aceptación de regalos u otros favores; 5) la información confidencial; y 6) las actividades políticas de los titulares de cargos públicos.

Por su parte, la Declaración sobre la Corrupción y el Soborno en las Transacciones Comerciales Internacionales prevé diversas medidas que los Estados pueden aplicar a nivel nacional, de conformidad con su propia constitución, principios jurídicos

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación DER2015-71176-R, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y la Agencia Estatal de Investigación y cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) correspondiente al marco financiero plurianual 2014-2020.

² Facultad de Derecho, Universidad de Santiago de Compostela.

fundamentales, leyes y procedimientos, para combatir la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales.

A las anteriores iniciativas han seguido otras, aprobadas también por la Asamblea General, y entre las que cabe destacar las Medidas contra la Corrupción y el Soborno en las Transacciones Comerciales Internacionales (Resolución 53/176, de 25 de enero de 1999), o las Medidas contra la Corrupción (Resolución 54/128, de 28 de enero de 2000). Esta última aborda la necesidad de combatir la corrupción haciendo hincapié en dos áreas de intervención: a) el de velar los regímenes jurídicos nacionales, que han de ser adecuados para prevenirla y sancionarla y para garantizar la confiscación de sus productos y beneficios; y b) el de las estrategias internacionales en materia de cooperación, que deben asegurar, también, su prevención y castigo y dar respuesta a sus vínculos con la delincuencia organizada y el blanqueo de dinero.

Con todo, los instrumentos más relevantes con que cuenta la ONU en este ámbito son, sin duda, la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada por la Asamblea en su Resolución 55/25 del 15 de noviembre de 2000, y, sobre todo, la Convención contra la Corrupción (en adelante CNUCC), aprobada mediante la Resolución 58/4 y presentada ante la Conferencia Política de Alto Nivel, en Mérida, del 9 al 11 de diciembre del 2003. El objeto de este trabajo es, justamente, analizar el ámbito material de esta última y examinar, brevemente, sus disposiciones más importantes.

En el origen de la CNUCC se hallan diversas circunstancias y razones. Entre las que podrían calificarse de coyunturales cabe apuntar la huida de funcionarios corruptos hacia otros países y las dificultades para extraditarlos o tomar medidas con relación a los bienes objeto del delito, que pusieron de manifiesto la conveniencia de revisar las normas internacionales vigentes en la materia. De mayor calado son las que guardan relación con factores políticos y económicos de orden estructural. A ese grupo pertenece, por ejemplo, la no criminalización del cohecho transnacional fuera de los Estados Unidos - determinante, según estudios del Departamento de Comercio estadounidense, de pérdidas multimillonarias para los inversores y empresarios norteamericanos y de su desprotección con respecto de sus competidores de otros países³. Todo ello llevó a Washington a promover la incorporación del delito a las legislaciones nacionales de otros Estados o, en su defecto, a la adopción de acuerdos internacionales en la materia. En esa misma línea, la visualización de grandes oportunidades de negocio (en particular en los países en vías de desarrollo) se había traducido en una suerte de competencia salvaje, entre las empresas multinacionales, por hacerse un hueco en el mercado del soborno internacional⁴. Los procesos de desregularización y de multiplicación del comercio internacional y de las inversiones extranjeras reclamaban a voces, por ello, un marco normativo que aportase mayores niveles de transparencia y condiciones más objetivas y predecibles en las contrataciones. Por último, no pocos gobiernos en los países del llamado primer mundo habían venido reconociendo, abiertamente, en la corrupción un

³ VARGAS (2004), p. 134; KUBICIEL (2009), p. 150.

⁴ HOTCHKISS (1998), pp. 108 y 110; DOIG, THEOBALD (2000), p. 7.

peligro para la sociedad del bienestar, calificando sus costes como inaceptablemente altos⁵.

El proceso de elaboración de la CNUCC dio comienzo el 4 de diciembre de 2000, fecha en que la Asamblea General de la ONU adoptó la resolución 55/61, por la que convocó a un grupo intergubernamental de expertos para elaborar los denominados términos de referencia para la negociación del texto. Entre los meses de diciembre de 2001 y octubre de 2003 dicho comité celebró siete periodos de trabajo, siendo el más relevante, quizá, el que tuvo lugar entre el 4 y el 7 de diciembre de 2001, en Buenos Aires, en el que se sugirieron los aspectos sustantivos que debían introducirse en la futura Convención.

Los términos de referencia fueron sancionados por la Resolución 56/260 de la Asamblea General, del 31 de enero de 2002, concluyendo el comité sus trabajos el 2 de octubre de 2003. La Convención sería finalmente adoptada, por medio de la Resolución 58/4, en el transcurso del período 58 de sesiones de la Asamblea General. La Conferencia de Alto Nivel para su firma tuvo lugar en la ciudad mexicana de Mérida, entre el 9 y el 11 de diciembre de 2003, y en ella participaron todos los Estados Miembros de la ONU, junto con organismos regionales, agencias especializadas de la propia ONU, expertos a título individual y representantes de organizaciones no gubernamentales. El texto fue firmado por alrededor de noventa países, entrando en vigor, en cumplimiento de lo dispuesto en su art. 68, el 14 de diciembre de 2005, una vez reunidas 30 ratificaciones entre los Estados firmantes. A la altura de 2018, ha sido firmada por más de 140 países y ratificada por más de 80.

El texto consta de 71 artículos, contenidos en ocho capítulos, que afrontan los diversos momentos y fases que componen la cadena de la corrupción. El primero comprende disposiciones de carácter general, referidas, principalmente, a la finalidad de la Convención, a la definición de ciertos términos y conceptos y a la determinación de su ámbito de aplicación. El Capítulo II regula las medidas preventivas, aplicables tanto al sector público como al privado. El tercero, probablemente el más importante, se refiere a la penalización de ciertas conductas. El cuarto y el quinto versan sobre la cooperación internacional y la recuperación de activos, respectivamente. El capítulo VI se centra en la asistencia técnica y el intercambio de información. Finalmente, los Capítulos VII y VIII se refieren a los mecanismos de aplicación de la CNUCC y a las disposiciones finales que suelen ser habituales en este tipo de documentos supranacionales.

II.

Los principales objetivos de la CNUCC son la prevención y la lucha contra las prácticas corruptas, mediante la imposición de sanciones penales, civiles o administrativas, y sobre la base de una efectiva cooperación y asistencia técnica internacional. A ellos deben sumarse otros que están implícitos en su articulado: la

⁵ CRUTCHFIELD *et alii* (1999), p. 17; SANYAL (2005), p. 139.

eficacia en la gestión de los asuntos públicos (artículo 7), la transparencia en las funciones públicas (artículos 7 y 10), la realización de un verdadero Estado de derecho -que garantice la igualdad ante la ley, la equidad y la independencia del Poder Judicial- (artículo 11) y, por último, la realización de las garantías del proceso debido (artículo 30).

Por su parte, la necesidad de acuñar definiciones *ad hoc* fue objeto de una solución de compromiso. Algunos de los Estados que habían presentado propuestas para la elaboración de la Convención defendieron que se incorporaran definiciones claras y rigurosas de los términos más importantes. La idea tuvo una plasmación muy parcial en el texto. Se optó, por ejemplo, por no introducir una definición de corrupción, dado el carácter polivalente y cambiante del término. Los redactores prefirieron, en cambio, mostrar un amplio espectro de figuras merecedoras de dicho calificativo, huyendo de esquemas rígidos que podrían generar problemas de aplicación e interpretación.

Como ya se ha señalado, el Capítulo II aborda -usando en todo momento un lenguaje no vinculante- las medidas preventivas de la corrupción. Entre ellas se cuenta la aprobación de códigos de conducta para los funcionarios públicos y de medidas para establecer sistemas apropiados de gestión de la hacienda pública y de contratación pública. Esta última deberá quedar sujeta a una regulación que garantice la transparencia, la competencia efectiva y una toma de decisiones objetivas. Los Estados parte también deberán garantizar la difusión pública de los procedimientos de licitación, la aplicación de criterios objetivos y la existencia de un sistema de revisión de las decisiones (artículo 9). Por último, la Convención trata de fomentar la participación activa, en la prevención y lucha contra la corrupción, de personas y grupos no pertenecientes al sector público, como las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base comunitaria.

Por lo que hace a la prevención de la corrupción privada, el texto se refiere a la necesidad de contar con sistemas contables y de auditorías y de regular especialmente la transparencia en la gestión de las empresas, los conflictos de intereses y el mantenimiento de libros y registros. Especialmente significativa es, asimismo, la recomendación de impedir la deducción de impuestos por erogaciones efectuadas para el pago de sobornos (art. 12). Para prevenir el blanqueo de activos se describen medidas como el establecimiento de regímenes internos de reglamentación y supervisión de bancos e instituciones financieras no bancarias, y la posibilidad de establecer unidades de inteligencia financiera que puedan servir como centros nacionales de recopilación, análisis y difusión de información sobre posibles actividades de lavado de dinero.

Todas estas actuaciones componen una parte esencial de la CNUCC, teniendo en cuenta que los instrumentos propiamente vinculantes (los que contienen sanciones) revisten un carácter claramente complementario, entrando en aplicación únicamente en aquellos casos en que las políticas preventivas no han funcionado de forma adecuada.

El Capítulo III prevé, con distinto alcance, las obligaciones de los Estados parte de castigar penalmente, en sus legislaciones internas, determinadas modalidades de corrupción. En un primer bloque se contemplan obligaciones de tipificación directa,

relativas a los delitos de soborno de funcionarios públicos -nacionales, extranjeros y de organizaciones públicas internacionales- (artículos 15 y 16, inciso 1), malversación de bienes y peculado en el sector público, obstrucción de la justicia y lavado de activos y dinero (artículo 23). Sin llegar al extremo de otros tratados internacionales, que describen conductas delictivas con efectos vinculantes para las partes⁶, la Convención apuesta, pues, por sujetar a los Estados a un régimen de criminalización obligatoria, exigiéndoles (de forma expresa) la adopción de todas las medidas “legislativas y de otra índole que sean necesarias”. En el caso del soborno, en concreto, los tipos nacionales deberán incluir tanto las conductas de solicitar o aceptar beneficios indebidos (soborno pasivo), como las de ofrecerlos o prometerlos (soborno activo)⁷.

Respecto de otros delitos, por el contrario, y en parte por influencia de los Estados Unidos, la CNUCC no va más allá de obligar a cada Estado a considerar la posibilidad de adoptar las medidas legislativas, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, que permitan su tipificación. En este segundo bloque de figuras se incluyen el soborno privado, la malversación y el peculado en el sector privado, el tráfico de influencias, el abuso de funciones, el encubrimiento y el enriquecimiento ilícito. En ese mismo sentido, el art. 10 se limita a recomendar la implementación de medidas que garanticen la transparencia en la financiación tanto de las candidaturas electorales como de los partidos políticos⁸. Su redacción es, de nuevo, el resultado de la actitud de los Estados Unidos, cuyos representantes sólo estaban dispuestos a apoyar un texto de ese estilo⁹.

Otros contenidos del Capítulo abarcan la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la Convención (que podrá ser penal, civil o administrativa), la obligación de los Estados de poner en marcha las acciones necesarias para decomisar el producto de dichos delitos -o de bienes cuyo valor se corresponda con el de dicho producto- y la necesidad de brindar protección a testigos, peritos, víctimas y personas que denuncien cualquier hecho vinculado con ellos. Especial interés revisten, asimismo, los artículos 29 -que recomienda la ampliación de los plazos de prescripción penal de los delitos previstos en la Convención- y 26, que define a los funcionarios públicos (aquellas personas que realicen un servicio público a nivel nacional y/o internacional), los bienes producto del delito, los instrumentos jurídicos para la recuperación del producto de la corrupción (decomiso y embargo preventivo) y la entrega vigilada (en tanto técnica de “maquinación”, autorizada por las autoridades nacionales y extranjeras, para investigar estos delitos y a las personas involucradas en ellos).

⁶ Como la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio de 1948 respecto de ese crimen, o las Convenciones de La Haya de 1970 y de Montreal de 1971 respecto del apoderamiento ilícito de aeronaves.

⁷ Sobre la disciplina del cohecho de funcionarios nacionales en la CNUCC vid. KUBICIEL (2009), pp. 150 y ss.; BRUNELLE-QURAISHI (2011), pp. 111 y 112.

⁸ BRUNELLE-QURAISHI (2011), p. 108.

⁹ ARGANDOÑA (2006), p. 9.

En lo relativo a los aspectos jurisdiccionales, destaca el hecho de que los Estados deberán sopesar la posibilidad de inhabilitar a los funcionarios responsables y de prever medidas cautelares como el embargo preventivo, la incautación y el decomiso (art. 31).

La jurisdicción de los tribunales nacionales para conocer los delitos tipificados (en la legislación interna) al amparo de la CNUCC comprenderá, entre otros, los cometidos en el territorio del Estado parte, a bordo de un buque o aeronave matriculado en él, contra o por un nacional o en que el blanqueo se perpetre con miras a convertir u ocultar los bienes dentro de él. Se dispone, además, que quienes cometieran un delito de corrupción en el extranjero se encuentre en el territorio nacional y no se haya acordado su extradición, el Estado en que se halle estará facultado para tomar las medidas necesarias para dejar sentada su jurisdicción (art. 42).

El Capítulo concluye sancionando el deber de los Estados de asegurar que las entidades o personas que sufran perjuicios, como consecuencia de un acto de corrupción, tengan derecho a interponer una acción legal de responsabilidad civil contra los responsables, al objeto de solicitar la correspondiente indemnización. Los representantes de los Estados Unidos mostraron su preocupación por el hecho de que la inclusión de la corrupción en el sector privado en el ámbito de aplicación de la CNUCC pudiese fundamentar un derecho de acción que abriese la puerta a demandas en tribunales extranjeros¹⁰. Esas reservas explican el dato de que la Convención haya optado por no restringir, en absoluto, el derecho de cada Estado a determinar en qué circunstancias y con qué límites podrían, dichas entidades o personas, iniciar los procedimientos legales en cuestión.

En el Capítulo IV se promueve la cooperación internacional en la lucha contra la corrupción. Al margen de subrayarse la necesidad de que los Estados reflexionen sobre la posibilidad de asistirse en las investigaciones y procedimientos relacionadas con la corrupción, se los obliga a cooperar en todo lo referente al traslado de las personas condenadas para cumplir sus penas, a la remisión de actuaciones penales, a la realización de investigaciones conjuntas y de técnicas especiales de investigación y, por supuesto, a la asistencia judicial recíproca y a la extradición.

Con la asistencia judicial recíproca se trata de facilitar el apoyo, por parte de los órganos judiciales extranjeros, a las investigaciones, procesos y actuaciones judiciales que impliquen a personas jurídicas. En virtud de ella se podrán recibir testimonios, practicar pruebas de inspección judicial, entregar documentos oficiales o sus copias o embargar los productos del delito. Los Estados no podrán invocar el secreto bancario para rechazarla y tendrán que nombrar una autoridad central para recibir las correspondientes solicitudes (art. 46).

En el contexto de la CNUCC, la extradición presupone la punibilidad de las conductas corruptas conforme a los derechos internos de los dos Estados (el requirente y el requerido), admitiéndose también, si así se prevé en ella, aunque la normativa del

¹⁰ ARIEFF (2003), p. 2.

Estado requerido no sancione la conducta en cuestión. Los Estados procurarán que la Convención sea el marco de referencia para la extradición, debiendo esforzarse, en otro caso, por establecer tratados especiales. Otros compromisos asumidos por las partes se refieren a la agilización de los procedimientos y al sometimiento a la acción de la justicia de los nacionales no extraditados, debiendo procurarse que la pena se cumpla en territorio nacional cuando exista condena en el extranjero (artículo 44).

El siguiente Capítulo (el V) se dedica a uno de los temas centrales de la CNUCC: el de la recuperación de activos¹¹. La Convención sienta, como principio fundamental, el de la devolución de los activos sustraídos de manera ilícita de un Estado, obligando a las partes a prestarse la mayor cooperación posible a tal efecto. Dispone, asimismo, que esos fondos se destinen a la indemnización de las víctimas de los delitos tipificados al amparo de sus disposiciones (art. 57.3.c).

Dos son los mecanismos a los que los Estados podrán para lograr dicha recuperación: las acciones civiles en los tribunales del Estado en cuyo territorio se ubiquen los activos y la cooperación internacional. A este último respecto, las partes vienen obligadas a incluir, en su legislación interna, normas que permitan a sus autoridades ejecutar órdenes de aseguramiento o decomiso emitidas por otro Estado parte, o bien, emitir las directamente. Adicionalmente se contemplan acciones específicas para facilitar la devolución de bienes provenientes del erario público y se sanciona el deber de los Estados de devolverle al requirente los bienes decomisados conforme a los procedimientos previstos en la propia CNUCC, una vez que se haya emitido sentencia definitiva ordenando el reintegro en un procedimiento penal.

El último de los Capítulos es el relativo a la asistencia técnica e intercambio de información, comprometiéndose los Estados: a formular, desarrollar o perfeccionar programas de capacitación para el personal encargado de prevenir y combatir la corrupción; a desarrollar y compartir estadísticas y experiencia analítica acerca de la corrupción, con miras a establecer métodos y prácticas comunes en el terreno de la prevención y la lucha contra la corrupción; y a adoptar disposiciones conducentes a la aplicación de la CNUCC, a través de la cooperación internacional.

La utilidad y eficacia de cualquier regulación internacional depende, en buena medida, de la existencia de mecanismos de evaluación y de los esfuerzos de cada Estado para cumplir las directrices y recomendaciones¹². La Convención no prevé expresamente, en su articulado, ningún mecanismo a ese respecto. En su lugar, su artículo 63 acuerda la creación de una conferencia de Estados parte, contemplando la posibilidad de que sea ella la que establezca un mecanismo u órgano apropiado para verificar la aplicación efectiva del texto.

¹¹ ROJAS AMANDI (2010), p. 177; BRUNELLE-QURASHI (2011), p. 124; VLASSIS (2012), p. 65.

¹² ROSE-ACKERMAN (2004), p. 83.

De entre las propuestas formuladas al respecto –y que comprendían, también, la creación de una institución internacional de control *ad hoc*¹³ y la utilización de mecanismos que ya funcionan de manera razonablemente positiva en ámbitos como la OCDE o el Consejo de Europa, con el consiguiente ahorro de esfuerzos y recursos¹⁴-, la primera conferencia apostó por la que contemplaba la creación de un sistema de autoevaluación. Dicho mecanismo ha recibido, empero, numerosas críticas, al apelar al propio criterio de los Estados para apreciar los errores y omisiones en que hubieran podido incurrir, a la hora de poner en práctica los compromisos asumidos¹⁵, y no parecer compatible con la situación de aquellos países en que, por no contar con una estructura verdaderamente democrática, no cabe hablar ni de libre acceso a la información, ni de la participación de los ciudadanos en los procesos de toma de decisiones¹⁶.

La adopción de los términos de referencia del mecanismo de fiscalización (UNODC) en la tercera conferencia de Estados parte, en Doha (2009), marcó un antes y un después en el proceso de implementación efectiva de la CNUCC. Con arreglo a él, cada Estado es examinado por otros dos. El procedimiento de revisión tiene como punto de partida un documento de autoevaluación, que debería implicar a actores relevantes en el sistema nacional de lucha contra la corrupción, como el sector privado y la propia sociedad civil. Sobre la base de esa autoevaluación, los Estados responsables de la revisión elaboran un informe detallado sobre el grado de aplicación de la Convención, que servirá, a su vez, para poner en marcha un proceso de diálogo interactivo con el Estado concernido y cuyo objeto serán sus normas, políticas y prácticas. A continuación, redactan un informe final, en el que se subrayan tanto sus fortalezas como las áreas en que debe introducir mejoras. Desde 2011, el mecanismo que acaba de relatarse se acompaña de una página web que contiene una base de datos electrónica sobre legislación y jurisprudencia anti-corrupción, relativa a más de 175 países (TRACK). Sus finalidades son la de facilitar un análisis independiente de las reformas legales emprendidas por los Estados (en consonancia con los contenidos de la Convención) y proporcionar información a expertos, investigadores y agencias e instituciones especializadas en la prevención y el control de la corrupción.

III

La CNUCC carece de precedentes en el terreno de los instrumentos internacionales anticorrupción, por su calidad global y la diversidad de delitos a los que da cobertura. Simboliza un momento, probablemente, decisivo en el consenso normativo alcanzado en torno a la corrupción ya sus efectos nocivos, habiendo contribuido a situar las estrategias y acciones para atajarla en la escena internacional¹⁷. En ese sentido, entre

¹³ ROSE-ACKERMAN (1999), p. 195

¹⁴ GARCIANDÍA GARMENDÍA (2008), p. 247.

¹⁵ BRUNELLE-QURASHI (2011), p. 165.

¹⁶ CARR (2006), p. 43.

¹⁷ WEBB (2005), p. 228; BRUNELLE-QURASHI (2011), p. 106; VLASSIS (2012), p. 68; SHULMAN (2014), p. 751.

sus aspectos positivos se encuentra, sin duda, su carácter “integral”, esto es, su voluntad de abarcar las múltiples formas de prevención, investigación, tipificación y cooperación existentes, a todos los niveles. Merecen también un juicio favorable su regulación de la recuperación de activos, que afronta algunos de los principales retos y obstáculos en esa materia y sienta las bases para lograr una sólida cooperación internacional¹⁸, y la novedosa disposición final recogida en el art. 67.2, que permite su firma por organizaciones regionales de integración económica siempre que, al menos, uno de sus Estados miembros ya lo hubiera hecho con anterioridad¹⁹.

Es justo reconocer, por otra parte, que supuso un refuerzo de los estándares establecidos en la Convención de la OCDE, en lo referente a las modalidades delictivas contempladas y, también, a la hora de requerir que cada Estado prohíba la deducción de los gastos procedentes de pagos corruptos -que aquella había incluido en una norma no vinculante-. Tampoco hay que olvidar que, a diferencia de la Convención Interamericana contra la Corrupción o la de la OCDE contra el Cohecho en Transacciones Comerciales Internacionales, aborda el tema de la corrupción privada o en el sector privado, previniendo la aparición de posibles lagunas de punibilidad en relación con fenómenos gravemente perjudiciales para las sociedades actuales y su desarrollo sostenible²⁰.

Al igual que otros instrumentos internacionales, la CNUCC acusa, sin embargo, la tensión existente entre la soberanía doméstica y las obligaciones internacionales²¹, puesta de manifiesto, antes de nada, por la presencia de cláusulas (“de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno”, “de conformidad con su ordenamiento jurídico y sus principios constitucionales”...) que indican que su aspiración no es otra que operar como un texto marco, que define los objetivos dejando a los ordenamientos jurídicos nacionales la selección y adopción de las medidas que mejor se ajusten a su propia realidad interna²².

En esa misma línea, la organización de los compromisos de criminalización asumidos por las partes en dos bloques desconoce que la erradicación del fenómeno de la corrupción no sólo pasa por impulsar el castigo, sin ambages, del cohecho de los funcionarios nacionales. La tipificación del tráfico de influencias, de la corrupción de funcionarios extranjeros, del abuso de funciones del cargo o de la corrupción privada debería haberse planteado en idénticos términos (imperativos), tal y como hace, al menos en relación con algunos de ellos, la Convención Penal sobre Corrupción del Consejo de Europa.

La regulación del cohecho transnacional es ejemplificativa de esta situación. La Convención reconoce su impacto negativo en los estándares de conducta en las transacciones internacionales y en los procedimientos públicos nacionales. El

¹⁸ VARGAS (2004), p. 145; WEBB (2006), p. 228; CARR (2006), pp. 19 y 28; BRUNELLE-QURASHI (2011), p. 164.

¹⁹ BENITO SÁNCHEZ (2008), pp. 33 y 34.

²⁰ ROJAS AMANDI (2010), p. 195; SHULMAN (2014), p. 752.

²¹ WEBB (2005), p. 228.

²² BANTEKAS / KERAMIDAS (2006), p. 186; BRUNELLE-QURASHI (2011), p. 108.

tratamiento que se le confiere es, sin embargo, muy parco, no yendo más allá de preverse que “cada Estado adoptará las medidas legislativas que sean necesarias para tipificar como delito el soborno a un funcionario público extranjero”. Si bien representa, sin duda, un progreso con respecto a la situación vigente hasta hace una década en algunos países europeos, sería deseable que la ONU hubiese emprendido acciones más enérgicas contra todas las empresas que lo practican, al margen de su nacionalidad, residencia o domicilio²³. Por el contrario, el hecho de que permanezca extramuros de las que la CNUCC denomina “obligaciones de tipificación” supone un obstáculo importante a la hora de lograr la armonización legislativa de las partes y de articular mecanismos eficientes de cooperación internacional²⁴. En buena medida, la efectividad de la Convención en un tema tan relevante queda sujeta, por lo tanto, al voluntarismo de los Estados, esto es, a sus esfuerzos (más o menos serios) por implementarla y a su decisión (más o menos firme) de alterar ciertas dinámicas extendidas en sus sociedades²⁵.

Aunque por su incidencia en ámbitos como la recuperación del producto de la corrupción se ha llegado a calificar como un texto auténticamente revolucionario en el ámbito del derecho internacional, tampoco puede afirmarse que la CNUCC dibuje una verdadera hoja de ruta con vistas a establecer las reformas necesarias ab interno de los Estados. Su texto adolece de cualquier priorización o secuenciación de las posibles modificaciones legales²⁶. No pocos artículos se hallan redactados en un lenguaje impreciso, que se presta a interpretaciones ambiguas y genera inseguridad jurídica²⁷. Además, y con algunas excepciones de limitada importancia, las disposiciones que incluyen obligaciones directas de criminalización ya se encontraban establecidas, en lo fundamental, en otros tratados o en el derecho interno de la mayor parte de los Estados²⁸. En último término, y por consecuencia de todo ello, no pasa de ser una mera compilación de medidas (mayoritariamente opcionales) que cada Estado deberá atemperar a las manifestaciones y dinámicas de la corrupción nacional y a sus propios procedimientos y organización institucionales.

El excesivo énfasis que se pone en los aspectos relacionados con la “asistencia técnica” ha despertado, asimismo, suspicacias, por entenderse que podría transmitir la idea (equivocada) de que los problemas que genera la corrupción podrían afrontarse acudiendo a un set estandarizado de decisiones en materia de infracciones, de procedimiento o de capacidad organizativa. Frente a ello, insisten los críticos, lo esencial es desechar los enfoques de “talla única” y apostar por la realización de estudios y análisis

²³ VARGAS (2004), pp. 147 y 148.

²⁴ BRUNELLE-QURAISHI (2011), p. 108.

²⁵ CARR (2006), p. 44; SMITH *et alii* (2007), p. 2. REISMAN (1979), p. 31, habla de *lex simulata* para aludir a acciones legislativas relacionadas con la corrupción que producen instrumentos en condiciones aparentes de funcionar, pero que carecen del respaldo real de quienes los promulgan o administran.

²⁶ HECHLER (2010), P. 6.

²⁷ Por ejemplo, el 18 (tráfico de influencias), el 20 (enriquecimiento ilícito) y el 35 (indemnización por daños y perjuicios). Vid. ARGANDOÑA (2006), p. 9; BRUNELLE-QURAISHI (2011), pp. 164 y 165.

²⁸ VARGAS (2004), pp. 145 y 146.

detallados de lo que cada Estado realmente precisa²⁹. La tendencia a favorecer los modelos de intervención que han funcionado en otros países, asumiendo que funcionarán de la misma manera, dificulta la puesta en práctica de cualquier instrumento internacional. Las partes deben buscar formas de implementación específicas, de corte nacional.

Finalmente, debe ponerse de manifiesto, en sentido muy negativo, que, aunque uno de los discursos determinantes de la Convención es el del impacto (económico, político, jurídico y social) negativo provocado por la corrupción en los países en vías de desarrollo, de ella no se derivan pretensiones de ayuda económica (ni social) hacia sus ciudadanos, que son los que lo sufren en mayor medida. Ello ha permitido sugerir que la CNUCC se enmarca, en realidad, en un contexto ideológico orientado a mantener la hegemonía del poder económico global³⁰.

Bibliografía

- ARGANDOÑA, Antonio, 2006, *Political Party Funding and Business Corruption*, Research paper, Institute of Higher Business Studies.
- _____, 2006, *La convención de las Naciones Unidas contra la corrupción y su impacto sobre las empresas internacionales*, Documento de investigación, IESE Business School, Universidad de Navarra.
- ARIEFF, Irwin, 2003, "UN Anti-Corruption Pact Raises Last-Minute Alarms", *Reuters*, June 29, pp. 1-2.
- BANTEKAS, Illias, KERAMIDAS, Giannis, 2006, *International and European Financial Law*, Butterworths Law, London.
- BENITO SÁNCHEZ, Carmen Demelsa, 2008, "Análisis de las principales iniciativas supranacionales en la lucha contra la corrupción", *Iustitia*, vol. 6, pp. 9-37.
- BRUNELLE-QURAISHI, Ophelie, 2011, "Assessing the Relevancy and Efficacy of the United Nations Convention against Corruption: A Comparative Analysis", *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, vol. 2, number 1, pp. 101-166.
- CARR, Indira, 2006, "The United Nations convention on corruption: Making a real difference to the quality of life of millions", *Manchester J. Int'l Econ. L.*, vol. 3, number 3, pp. 1-44.
- DOIG, Alan, THEOBALD, Robin, 2000, *Corruption and Democratisation*, Frank Cass, London.
- GARCIANDÍA GARMENDIA, Rosana, 2008, "La aplicación española de las normas de Derecho Internacional contra la corrupción", *Anuario Español de Derecho internacional*, vol. XXIV, pp.241-269.
- GEORGE, Barbara Crutchfield, LACEY, Kathleen A, BIRMELE, Jutta, 1999, "On the Threshold of the Adoption of Global Antibribery Legislation: A Critical Analysis

²⁹ HUSSMAN *et alii* (2009), p. 27; HECHLER (2010), p. 6;

³⁰ PADILLA SANABRIA (2015), pp. 80 y 81.

- of Current Domestic and International Efforts Toward the Reduction of Business Corruption”, *The Vanderbilt University School of Law Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 32, number 1, pp. 1-15.
- HECHLER, Hannes, 2010, “UNCAC in a nutshell. A quick guide to the United Nations Convention against Corruption for embassy and donor agency staff”, *U4 Brief*, September, pp. 1-8.
- HOTCHKISS, Carolyn, 1998, “The sleeping dog stirs: New signs of life in efforts to end corruption in international business”, *Journal of Public Policy & Marketing*, vol. 17, number 1, pp. 108-115.
- HUSSMAN, Karen et alii, 2009, “Institutional arrangements for corruption prevention: Considerations for the implementation of the United Nations Convention against Corruption Article 6”, *U4 Brief*, number 4, pp. 1-28.
- KUBICIEL, Michael, 2009, “Core Criminal Law Provisions in the United Nations Convention Against Corruption”, *International Criminal Law Review*, vol. 9, pp. 139-155.
- PADILLAS SANABRIA, Lizbeth Xóchitl, 2015, “La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: Derecho Administrativo-Penal sancionador en el neoliberalismo”, *Multidisciplina*, vol. 22, pp. 40-82.
- REISMAN, W. Michael, 1979, *Folded Lies: Bribery, crusades and reforms*, Free Press, New York.
- ROJAS AMANDI, Víctor, 2010, “Los tratados internacionales sobre corrupción” en *Lo que todos sabemos de la corrupción y algo más*, Ricardo Méndez-Silva (coord.), Universidad nacional Autónoma de México, México, pp. 165-198.
- ROSE-ACKERMAN, Susan, 1999, *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*, Cambridge University Press, Cambridge.
- SANYAL, Rajib, 2005, “Determinants of bribery in international business: The cultural and economic factors”, *Journal of Business Ethics*, vol. 59, numbers 1-2, pp. 139-145.
- SMITH, Jack et alii, 2007, “The recovery of stolen assets: A fundamental principle of the UN Convention against Corruption”, *U4 Brief*, February, number 2, pp. 1-4.
- SHULMAN, Sarah, 2014, “The Criminalization of Bribery: Can the Foreign Corrupt Practices Act be Applicable to the Anti-Bribery Provisions of The United Nations Convention Against Corruption?”, *American University International Law Review*, vol. 29, number 3, pp. 717-753.
- VARGAS, Edmundo, 2004, “La lucha contra la corrupción en la agenda regional e internacional: Las convenciones de la OEA y de la ONU”, *Nueva Sociedad*, vol. 194, pp. 133-148.
- VLASSIS, Dimitri, 2012, “The United Nations convention against corruption: A successful example of international action against economic crime”, *Temida*, vol. 15, number 2, pp. 61-70.
- WEBB, Phillipa, 2005, “The United Nations Convention Against Corruption: global achievement or missed opportunity?”, *Journal of International Economic Law*, vol. 8, number 1, pp. 191-229.

INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN FISCAL Y PARAÍOS FISCALES¹

Gilberto Atencio Valladares²

1. Introducción

Una de las principales luchas que se han emprendido a nivel de la fiscalidad internacional en la actualidad es precisamente erradicar la evasión fiscal, mediante un intercambio de información fiscal efectivo entre las Administraciones tributarias de los diferentes países.

Como bien se sabe, la utilización con fines delictivos de las jurisdicciones *offshore* se ha incrementado en los últimos tiempos y por ese motivo, se intenta disminuir y eliminar el listado actual de paraísos fiscales. Tal como se ha mencionado en otra oportunidad, «no cabe la menor duda, como dan cuenta de ello los acontecimientos, que en los últimos años ha habido un progreso a una velocidad verdaderamente acelerada con relación al intercambio de información tributaria y las llamadas jurisdicciones *offshore*»³.

Sin embargo, debemos decir que la utilización *per se* de este tipo de jurisdicciones no pueden convertirse automáticamente en una práctica ilegal o en una situación de reproche social e internacional. Siempre habrá que determinar de forma individual la finalidad de utilizar alguna jurisdicción de este tipo, para poder hacer el juicio de valoración correspondiente.

Nos proponemos en estas breves notas, analizar a la luz del Derecho venezolano, la situación actual de los paraísos fiscales, con especial énfasis en las nuevas tendencias de intercambio de información tributaria a nivel global, la legislación doméstica y el delito de legitimación de capitales.

2. Contenido

a) Intercambio de información fiscal y jurisdicciones *offshore*

i) *Situación actual*

Podemos decir que el punto de inflexión que desencadenó toda una «revolución

¹ Este artículo también se publicará en las Memorias del Seminario: “Presente y futuro de las jurisdicciones off-shore y de las shell companies”, que se llevó a cabo en el mes de noviembre de 2016, en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, Bolivia y organizado por el Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT).

² Doctor en Derecho, Mención Europea, Universidad de Salamanca. Profesor Invitado, Universidad de Santiago de Compostela

³ Vid. ABACHE CARVAJAL, Serviliano y Atencio VALLADARES, Gilberto: «Tema II: Nuevos retos de la fiscalidad internacional. Informe de la Relatoría General», en GARCÍA PACHECO, Ingrid (Coordinadora General), *Los nuevos retos de la fiscalidad internacional. Memorias de las XV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, t. III, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2016, pg. 93.

fiscal»⁴ y que ha conllevado a una reestructuración de todo el panorama global ha sido la crisis económica financiera internacional.

En esta reestructuración, también se ha prestado especial énfasis en la evasión tributaria internacional y en la utilización de las jurisdicciones *offshore* o paraísos fiscales, con finalidades delictivas.

Por ello, la agenda de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) se centró en dos puntos claves. Por un lado, eliminar la evasión fiscal y, por otro, lograr el intercambio y la transparencia e intercambio de información.

Por este motivo, uno de los principales retos de la fiscalidad internacional en la actualidad es lograr erradicar la evasión y elusión fiscal internacional, por medio del intercambio de información tributaria a nivel global, entre otras herramientas que se han diseñado, especialmente, por parte de la OCDE. Tal como lo ha mencionado la doctrina, el «tema de los “paraísos fiscales” siempre ha sido objeto de discusión a nivel de la Administración tributaria de todos los países, de los especialistas y de instituciones internacionales involucradas en las políticas tributarias (creación o modificación de los impuestos y su inserción en la actividad financiero del Estado) y de administración tributaria (mejoramiento de la recaudación, es decir, articulación de políticas de reducción de los márgenes de evasión fiscal)»⁵.

El ordenamiento jurídico venezolano –aunque con menor intensidad- no se escapa de esta situación. Sin embargo, denotamos un retraso importante en todo lo relacionado con el intercambio de información tributaria y los nuevos desafíos a nivel de la fiscalidad internacional, quedando este ordenamiento en un oscurantismo fiscal global.

Otro punto que nos parece interesante indicar en estas breves notas es la especie de «paranoia mundial» que existe en relación a las jurisdicciones *offshore* o paraísos fiscales. Durante el año 2016 especialmente, ha existido una especie de reproche social mundial, a raíz de la divulgación de los datos de los contribuyentes en el escándalo de los mal llamados «*Panama papers*».

ii) Paraísos fiscales: Enfoque desde el Derecho venezolano

Los paraísos fiscales han existido, existen y probablemente seguirán existiendo, a pesar del intento de lograr un intercambio de información tributaria a nivel global.

⁴ Tomamos como referencia la terminología que utilizaron los profesores Jacques Malherbe, Carol Trello y María Amparo Grau, para aludir a la «revolución» fiscal del 2014, con relación a FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act*); BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) y OVP (*Offshore Voluntary Disclosure Program*). Vid. MALHERBE, Jacques, TRELLO, Carol y GRAU RUIZ, María Amparo: *La revolución fiscal del 2014. FATCA, BEPS, OVP*, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Legis, Bogotá, 2015.

⁵ Vid. PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo: «La política de Administración Tributaria en la globalización», *Administración Tributaria. En conmemoración a los 20 años del Seniat. Memorias de las XIII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, tomo I, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2014, pg. 209.

Tal como lo ha mencionado la doctrina venezolana⁶, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Impuesto sobre la Renta en Venezuela⁷, en su artículo 194, define a las jurisdicciones de baja imposición de la siguiente forma:

«Para efectos del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, se consideran jurisdicciones de baja imposición fiscal, aquellas que sean calificadas como tales por las Administración Tributaria, mediante Providencia Administrativa».

En este sentido, en la Providencia Administrativa (instrumento normativo de rango sub-legal) SNAT 2004/0232, se establece un listado o *black list* de países que son considerados como paraísos fiscales o jurisdicciones *offshore*. De esta forma, según el artículo 1 de esta Providencia:

«Se califican como jurisdicciones de baja imposición fiscal, aquellas donde la tributación que grave a la totalidad de la renta, la totalidad del patrimonio, o cualquier parte de los mismos, sea nula o hasta alícuota igual o inferior al 20%, por ese concepto.

Para tales efectos será considerada la legislación del referido país o territorio aplicable a las personas naturales o a las personas jurídicas, según la naturaleza de la entidad creada o constituida de acuerdo al derecho extranjero ubicada en dicha dirección, con o mediante la cual haya sido realizada la operación».

Posteriormente, en el artículo 2 se incluye un listado cerrado de jurisdicciones de baja imposición fiscal. Así, se incluyen las siguientes jurisdicciones: Anguila, Antigua y Barbuda, Archipiélago de Svalbard, Aruba, Ascensión, Belice, Bermudas, Brunei, Campione D'Italia, Commonwealth de Dominica, Commonwealth de las Bahamas, Emiratos Árabes Unidos, Estado de Bahrain, Estado de Kuwait, Estado de Qatar, Estado Independiente de Samoa Occidental, Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Gibraltar, Gran Ducado de Luxemburgo, Granada, Groenlandia, Guam, Hong Kong, Islas Caimán, Islas de Christmas, Isla Norfolk, Isla de San Pedro y Miguelón, Isla del Hombre, Isla Queshm, Isla Cook, Islas de Cocos y Kelling, Islas del Canal (Islas de Guernesey, Jersey, Aldemey, Great Sart, Herm, Little Sark, Brechou, Jethou y Lihou), Islas Malvinas, Islas Pacífico, Islas Salomón, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas, Islas Vírgenes de Estados Unidos de América, Kiribati, Labuán, Macao, Malta, Montserrat, Niue, Palau, Pitcairn, Polinesia Francesa, Principado de Andorra, Principado de Liechtenstein, Principado de Mónaco, Reinado de Swazilandia, Reino Hachemita de Jordania, República Dominicana, República Gabonesa, República Libanesa, República de Albania, República de Angola, República de Cabo Verde, República de Chipre, República de Djibouti, República de Guayana, República de Honduras, República de Liberia, República de Mauricio, República de Nauru, República de Panamá, República de

⁶ Vid. ABACHE CARVAJAL, Serviliano: «Venezuela y las medidas BEPS», en *Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Academia Mexicana de Derecho Fiscal, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, Ciudad de México, 2015, pg. 355.

⁷ Publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.210, de fecha 30 de diciembre de 2015.

Seychelles, República de Túnez, República de Vanuatu, República de Yemen, República Oriental del Uruguay, República Socialista Democrática de Sri Lanka, Samoa Americana, San Vicente y las Granadinas, Santa Elena, Serenísima República de San Marino, Sultanato de Omán, Tokelau, Tristán de Cunha, Tuvalu, Zona Especial Canaria y Zona Libre Ostrava.

En este mismo orden de ideas, en el artículo 3 de esta Providencia, se establece que los países o jurisdicciones con los cuales se haya suscrito un convenio para evitar la doble tributación y se encuentren vigentes según las normas jurídicas internas de Venezuela, no serán consideradas como jurisdicciones de baja imposición fiscal. Sin embargo, según el artículo 4 de esta Providencia, aquellos países o territorios que no proporcionen información que le sea solicitada con base en la cláusula de intercambio de información del respectivo convenio, serán considerados jurisdicciones de baja imposición fiscal, a los fines de la Ley de Impuesto sobre la Renta venezolana.

Por otro lado, se establece en el artículo 103.7 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Código Orgánico Tributario venezolano⁸, que la falta de presentación de la declaración de inversiones en jurisdicciones de baja imposición fiscal, con clausura de establecimientos de diez días continuos y multa de dos mil unidades tributarias⁹. En el caso que se presente con retardo esta declaración informativa, la sanción será mil unidades tributarias (1.000 U.T.).

b) Legislación en materia de legitimación de capitales

Tal como se ha comentado, una de las principales finalidades por las cuales se utilizan los paraísos fiscales –aunque no siempre es así-, es precisamente para legitimar capitales, evadir impuestos o bien, financiar actividades ilícitas y vinculadas al terrorismo. Por ello, observamos una vinculación clara entre estas jurisdicciones y el delito de legitimación de capitales, para lo cual indicamos algunas disposiciones en el ordenamiento jurídico venezolano, que pueden resultar de interés en esta materia.

En el caso del ordenamiento jurídico venezolano, a nivel constitucional se consagra en el artículo 116 lo siguiente:

«No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos por esta Constitución. Por vía de excepción podrán ser objeto de confiscación, mediante sentencia firme, los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes».

Ahora bien, en el caso venezolano, existe una ley especial relacionada a la

⁸ Publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 6.152, de fecha 18 de noviembre de 2014.

⁹ La Unidad Tributaria es un valor de unidad aritmética que se actualiza anualmente para intentar actualizar el pago de tributos y sanciones con la economía inflacionaria típica venezolana.

prevención de la legitimación de capitales. Así, la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo¹⁰, tiene por objeto prevenir, investigar, perseguir, tipificar y sancionar los delitos relacionados con la delincuencia organizada y el financiamiento del terrorismo.

De esta manera, se establece en el artículo 9 de esta ley, los sujetos obligados en los términos siguientes:

«Se consideran sujetos obligados de conformidad con esta Ley, los siguientes:

1. Las personas naturales y jurídicas, cuya actividad se encuentra regulada por la ley que rige el sector bancario.
2. Las personas naturales y jurídicas, cuya actividad se encuentra regulada por la ley que rige el sector asegurador.
3. Las personas naturales y jurídicas, cuya actividad se encuentra regulada por la ley que rige el sector valores.
4. Las personas naturales y jurídicas, cuya actividad se encuentra regulada por la ley que rige al sector de bingos y casinos.
5. Los hoteles, empresas y centros de turismo autorizados a realizar operaciones de cambios de divisas.
6. Las fundaciones, asociaciones civiles y demás organizaciones sin fines de lucro.
7. Las organizaciones con fines políticos, los grupos de electores, agrupaciones de ciudadanos y ciudadanas y de las personas que se postulen por iniciativa propia para cargos de elección popular.
8. Oficinas Subalternas de Registros Públicos y Notarías Públicas.
9. Los Abogados, administradores, economistas, y contadores en el libre ejercicio de la profesión, cuando éstos lleven a cabo, transacciones para un cliente con respecto a las siguientes actividades:
 - a) compraventa de bienes inmuebles;
 - b) administración del dinero, valores y otros activos del cliente;
 - c) administración de cuentas bancarias, de ahorro o valores;
 - d) organización de aportes para la creación, operación o administración de compañías;
 - e) creación, operación o administración de personas jurídicas o estructuras jurídicas, y compra y venta de entidades comerciales.
10. Las personas naturales y jurídicas, cuya actividad económica sea:
 - a) Compra venta de bienes raíces.
 - b) Construcción de edificaciones (centros comerciales, viviendas, oficinas, entre otros).
 - c) Comercio de metales y piedras preciosas.
 - d) Comercio de objetos de arte o arqueología.
 - e) Marina mercante.
 - f) Servicios de arrendamiento y custodia de cajas de seguridad, transporte de valores y de transferencia o envío de fondos.

¹⁰ Publicada en la Gaceta Oficial N° 39.212, de fecha 30 de abril de 2012.

- g) Servicio de asesoramiento en materia de inversiones, colocaciones y otros negocios financieros a clientes, cualesquiera sea su residencia o nacionalidad.
- h) Las empresas de compraventa de naves, aeronaves y vehículos automotores terrestres.
- i) Los establecimientos destinados a la compraventa de repuestos y vehículos usados».

Nos parece importante alertar sobre esta disposición, la obligación que tienen los abogados, administradores, economistas y contadores en el libre ejercicio de la profesión, cuando realicen actividades relacionadas con la compraventa de bienes inmuebles, administración del dinero, valores y otros activos del cliente; administración de cuentas bancarias, de ahorro o valores; organización de aportes para la creación, operación o administración de compañías; creación, operación o administración de personas jurídicas o estructuras jurídicas, y compra y venta de entidades comerciales. En estos supuestos, los profesionales mencionados deberán cumplir con todas las obligaciones en materia de prevención de legitimación de capitales señaladas en la ley comentada.

- c) Divulgación de datos en paraísos fiscales y consecuencias para los contribuyentes

Hemos sido testigos de cómo durante el año 2016, se ha originado una verdadera revolución fiscal en materia de paraísos fiscales.

Como bien se sabe, los mal denominados «*Panama papers*» han generado un escándalo y repercusiones mediáticas. Se trata de una divulgación indebida de datos personales de los contribuyentes, sin ningún tipo de autorización por parte de éstos y vulnerando derechos y garantías de los contribuyentes.

En este sentido, sin fijar una posición de defensa o ataque hacia el listado de contribuyentes que aparecen en estas famosas y polémicas listas de los mal denominados «*Panama papers*», podemos decir desde el punto de vista objetivo y técnico, que existe una clara violación a los derechos y garantías de los contribuyentes. Las consecuencias a nivel mediático, sin que haya un pronunciamiento a nivel oficial, han sido devastadoras. No es posible que por medio de una divulgación de datos, en donde han hecho eco los medios de comunicación, ya exista un reproche social hacia esos contribuyentes, sin que exista la posibilidad de alegar defensa alguna.

En este polémico caso, los «*grandes olvidados*» han sido precisamente los derechos y garantías de los contribuyentes que aparecen en estos listados. Ya el tema es polémico a nivel del intercambio de información tributaria entre las Administraciones Tributarias e instituciones desde el punto de vista formal. Por ello, la doctrina¹¹ ha planteado que «cuando hay intercambio de información, hay una doble quiebra del

¹¹ Vid. GARCÍA Novoa, César: *Hacia un derecho tributario global*, Vergara & Asociados, Plural editores, 2016, pg. 155.

derecho de la intimidad del contribuyente afectado. Primero, se vulnera la intimidad cuando se obtiene la información, una vulneración aceptada por el ordenamiento en función de una ponderación de intereses. Y hay una segunda, cuando se cede la información a otro país que va a hacer un uso de la misma, y sería bueno poder controlar la dimensión de ese uso». Sin embargo, en el supuesto de los mal denominados «*Panama papers*», la vulneración ha sido grotesca, porque se ha extraído la información de una base de datos de forma ilegal y se ha hecho pública a nivel internacional en listados de reproche a nivel social. Este tipo de actuaciones no pueden ocurrir en pleno siglo XXI, cuando hay una consolidación a nivel internacional, de los derechos fundamentales de los contribuyentes.

Bajo la óptica del Derecho venezolano, podemos decir que en el artículo 49 de la Constitución, se consagra el debido proceso. De esta manera, se estipula claramente en esta disposición lo siguiente:

«El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley.
2. Toda persona se presume inocente mientras no se prueba lo contrario.
3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.
4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.
5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.

7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.
8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o magistrada, juez o jueza y del Estado, y de actuar contra éstos o éstas».

De igual forma, en el artículo 28 de la Constitución venezolana, se establece el derecho a la protección de los datos personales. Así, se indica lo siguiente:

«Toda persona tiene derecho a acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y a solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley».

Con lo cual, si bien no es nuestro interés defender a ultranza la utilización de este tipo de jurisdicciones, ni entrar en debates en otro contexto, no podemos dejar de mencionar la clara vulneración a los derechos fundamentales de los contribuyentes con la divulgación de datos personales, sin el consentimiento de éstos, especialmente, del derecho al debido proceso, derecho a la defensa, prueba y la protección de los datos personales.

3. Conclusiones

- (i) Las jurisdicciones *offshore* o paraísos fiscales se encuentran en pleno auge en la comunidad internacional y la agenda actual a nivel global se centra en la eliminación de estas jurisdicciones.
- (ii) Las jurisdicciones *offshore* o paraísos fiscales constituyen jurisdicciones que no intercambian información tributaria y, en muchas ocasiones –aunque no todas-, se utilizan con la finalidad de evadir tributos y legitimar capitales.
- (iii) En el ordenamiento jurídico venezolano, existe una lista negra o *black list* de jurisdicciones que son consideradas de baja imposición fiscal.
- (iv) En el Derecho venezolano, existe una regulación específica en materia de prevención del delito de legitimación de capitales, contemplada en la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y el Financiamiento

del Terrorismo. Existe una clara vinculación entre las jurisdicciones *offshore* y la legitimación de capitales.

- (v) La utilización de las jurisdicciones *offshore* no es *per se* una práctica ilegal. Es importante revisar la parte material del instrumento utilizado en la jurisdicción *offshore* para determinar su grado de reprochabilidad o no.
- (vi) La divulgación masiva de datos de los contribuyentes, sin el consentimiento de éstos y con el reproche de los medios de comunicación social, constituyen una vulneración a los derechos fundamentales de los contribuyentes, especialmente, al derecho al debido proceso, derecho a la defensa, prueba y protección de los datos personales.

Bibliografía

Abache Carvajal, Serviliano: «Venezuela y las medidas BEPS», en *Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Academia Mexicana de Derecho Fiscal, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, Ciudad de México, 2015.

Abache Carvajal, Serviliano y Atencio Valladares, Gilberto: «Tema II: Nuevos retos de la fiscalidad internacional. Informe de la Relatoría General», en García Pacheco, Ingrid (Coordinadora General), *Los nuevos retos de la fiscalidad internacional. Memorias de las XV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, t. III, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2016.

García Novoa, César: *Hacia un derecho tributario global*, Vergara & Asociados, Plural editores, 2016.

Malherbe, Jacques, Trello, Carol y Grau Ruiz, María Amparo: *La revolución fiscal del 2014. FATCA, BEPS, OVDP*, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Legis, Bogotá, 2015.

Palacios Márquez, Leonardo: «La política de Administración Tributaria en la globalización», *Administración Tributaria. En conmemoración a los 20 años*

del Seniat. Memorias de las XIII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario,
tomo I, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2014.

A COLHEITA DE ÓRGÃOS EM CADÁVERES PARA A REALIZAÇÃO DE TRANSPLANTES: ANÁLISE DO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

José Antonio Cordeiro de Oliveira¹

1. Introdução

Há tempos que o homem, cada vez mais, vem despertando o interesse pelo seu corpo e pelo corpo dos outros, conforme pode ser facilmente percebido em estudos filosóficos, médicos, jurídicos e/ou científicos, de forma que esses estudos tendem a aumentar a intervenção sobre o corpo humano, nomeadamente a intervenção médica, tanto é que a possibilidade de transplante de órgãos é uma das mais notáveis conquistas científicas, podendo salvar inúmeras pessoas que estão à espera desse procedimento e a tem como a única saída para melhoria na sua saúde e/ou qualidade de vida.

Pode-se afirmar que os transplantes de órgãos já ultrapassaram a esfera de estudos científicos e já se tornaram uma realidade global, pois existem inúmeros casos espalhados em vários países que conseguiram (ou tentaram) realizá-los, sejam entre vivos ou com a colheita de órgãos em cadáveres, sendo este último caso objeto de estudo do presente trabalho, nomeadamente sobre o ordenamento jurídico de Portugal relacionado ao tema.

Para chegar ao objeto de estudo, iniciou-se uma exposição histórica da realização dos transplantes apontando os principais acontecimentos apresentados pelas obras consultadas, sejam eles de esfera internacional, como por exemplo, o primeiro transplante cardíaco realizado em Cabo Verde, seja de esfera nacional, a exemplo do primeiro transplante renal realizado na Universidade de Coimbra, reconhecendo-se que o crescente número dos transplantes bem sucedidos vem despertando para a necessidade de uma maior colheita de órgãos em cadáveres.

Após essa análise histórica, apresenta-se a construção da atual legislação portuguesa, desde as legislações internas dos anos 60 e 70 até a última reforma legislativa realizada no ano de 2007, que alterou e adicionou alguns artigos à Lei n.º 12/93. Apresenta-se também o único acórdão do Tribunal Constitucional Português sobre o assunto, além de legislações internacionais europeias, as quais tendem unificar as legislações internas dos Estados Membros para que se mantenha uma qualidade e um melhoramento na realização dos procedimentos de colheita de órgãos.

Em seguida, expõem-se algumas considerações sobre o conceito de morte, tendo em vista que para realizar a colheita de órgãos em cadáveres pressupõe-se a ocorrência da morte cerebral da pessoa. E a partir desse momento eis que surge uma questão

¹ Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade do Minho/Portugal. Advogado especialista em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal, em Direito Previdenciário pela Faculdade Maurício de Nassau/Brasil e em Direito Eleitoral pela Faculdade Reinaldo Ramos/Brasil. Graduado em Direito na Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas/Brasil. E-mail: zeantonio23@gmail.com.

referente à realização ou não da colheita de órgãos naquele cadáver, de forma que se faz necessário apresentar o debate jurídico dos modelos do consentimento informado e do consentimento presumido para realização de colheitas de órgãos, que é, sem dúvida, um desafio para o direito do século XXI.

2. Considerações históricas dos transplantes de órgãos

O ano de 1954 pode ser considerado o marco dos transplantes de órgãos bem sucedidos, pois foi neste ano, na cidade de Bóston, nos Estados Unidos da América que foi realizado o primeiro transplante humano com sucesso. Naquela oportunidade o Médico Joseph Murray conseguiu transplantar um rim entre irmãos gêmeos vivos. Passados 13 anos, foi realizado o primeiro transplante cardíaco, na cidade do Cabo, mas o transplantado conseguiu sobreviver por apenas 18 dias, não tendo assim alcançado o sucesso tão esperado. Porém, o citado transplante desencadeou fortes debates sobre o consentimento para a colheita de órgãos e também sobre as reais possibilidades de recuperação do receptor².

Esse fato não foi desmotivador para a continuidade dos estudos sobre os transplantes, de forma que os estudiosos queriam superar o grande problema registrado na maioria desses procedimentos, que era a rejeição associada ao fator imunitário³. Somente em 1978, com a descoberta da possibilidade de associação da “ciclosporina” é que se viu permitido o melhoramento no resultado clínico dos transplantados⁴. De forma que, ao longo desses anos vem incorporando-se novas técnicas médicas e farmacológicas a fim de obter sucesso nos transplantes, abrindo perspectivas praticamente ilimitadas na realização dos mesmos⁵, ao mesmo tempo vem encorajando à comunidade geral em relação aos transplantes⁶.

Em Portugal, o transplante de órgãos tem início no final dos anos 60, quando foi realizado o primeiro transplante renal entre dois irmãos (dador vivo), pelo médico cirurgião Linhares Furtado, no Hospital da Universidade de Coimbra⁷. Após esse

²Cf. Manuel da Silva RESENDE, 2011, “Doação Presumida de Órgãos – uma questão de autonomia”, disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/21969/2/Doao%20Presumida%20de%20rgos%20%20Uma%20Questao%20de%20Autonomia.pdf> (02.04.2018).

³ Cf. Mário Caetano PEREIRA, 2001, “História da transplantação e bioética”, *Cadernos de Bioética*, v. 27, p. 25.

⁴ Cf. Marta Raquel Dias BARCELOS, 2009, “Integridade da Pessoa – fundamentação ética para a doação de órgãos e tecidos para transplantação”, disponível em: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/1043/1/18238_ulsd_dep.17667re_MRDBarcelos_Integridade_da_Pessoa.pdf (04.04.2018).

⁵ Cf. Miguel PATRÍCIO, 2013, “Notas sobre o Regime Legal dos Transplantes em Portugal”, *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, ano 2, n. 11, 2013, p.12885.

⁶ Cf. Walter Antonio PEREIRA, 2004, “História dos transplantes”, in *Manual de transplantes de Órgãos e Tecidos*, Editora Guanabara Koogan, Rio de Janeiro, p. 6.

⁷ Cf. Ana Filipa Oliveira de SOUSA, 2012, “Transplante a partir de dadores vivos: aspectos jurídicos-penais”, disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/9725/1/Transplantes%20a%20Partir%20de%20Dadores%20Vivos%20-%20Aspectos%20Jur%C3%ADdico%20-%20Penais.pdf> (02/04/2018).

transplante bem sucedido, outros dois não lograram êxito, o que ocasionou uma interrupção de sete anos sem a realização dos mesmos⁸.

Somente a partir de uma legislação nacional, que se deu em 1976 (conforme será detalhado no tópico seguinte), é que retornou a realização dos transplantes em Portugal, porque, até então, não havia nenhum respaldo jurídico interno diretamente relacionado aos transplantes, tendo em vista que a legislação anterior previa somente a possibilidade de colheita de órgãos para fins terapêuticos e científicos.

Não se pretende fazer um levantamento histórico detalhado sobre transplante de órgãos, todavia entendeu-se necessário citar alguns fatos históricos para compreender que as intervenções médicas para realização de transplantes surgiram nos anos 50 e, no caso de Portugal, no fim dos anos 60. Porém, é inegável que antes disso já eram realizados diversos estudos médicos para a realização dos mesmos.

A partir da possibilidade de realização de transplante, cada vez mais crescente, é que foi (e ainda vem) aumentando a necessidade de se ter colheita de órgãos, seja por doação realizada entre vivos ou por colheita *post mortem*, todavia o presente trabalho se volta para a análise da colheita de órgãos realizada em cadáveres com a finalidade de se realizar transplantes.

3. A construção da legislação portuguesa sobre transplante de órgãos

Em 1976 surgiu a primeira legislação sobre transplante, a qual definiu os termos em que poderiam ser colhidos os tecidos e os órgãos no corpo de pessoa falecida, para fins de transplantação e outros fins terapêuticos. No entanto, cabe informar que já existia uma legislação nacional que previa a possibilidade de colheita de órgãos e tecidos em pessoas falecidas, mas apenas para fins terapêuticos e científicos, que era o Decreto-Lei n.º 45683/64⁹, nomeadamente no seu artigo 1.º.

O citado decreto estabeleceu alguns princípios gerais como o da livre disposição do corpo, no qual a pessoa, ainda em vida, podia autorizar ou proibir a colheita de órgãos após o seu falecimento (artigo 4.º e artigo 5.º), porém, na falta dessa autorização, a colheita ainda podia ser realizada se a família não apresentasse oposição e que o óbito tivesse ocorrido em algum centro autorizado para a colheita (artigo 7.º).

A legislação seguinte é o Decreto-Lei n.º 553/76¹⁰. Em resumo, os pontos mais importantes do Decreto são: a permissão da possibilidade da colheita de órgãos e tecidos em pessoas falecidas (artigo 1.º), desde que a morte fosse certificada por dois médicos

⁸ Cf. Manuel da Silva RESENDE, 2011, “Doação Presumida de Órgãos – uma questão de autonomia”, disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/21969/2/Doao%20Presumida%20de%20rgos%20%20Uma%20Questao%20de%20Autonomia.pdf> (02.04.2018).

⁹ O texto do Decreto-Lei n.º 45683/64 pode ser consultado em: <https://dre.pt/application/conteudo/472294> (20.03.2018).

¹⁰ O texto do Decreto-Lei n.º 553/76 pode ser consultado em: <https://dre.pt/application/conteudo/430427> (20.03.2018).

não pertencente à equipe de transplante e um deles deveria ter pelo menos cinco anos de exercício profissional (artigo 3.º). Proibia-se a colheita de órgãos ou tecidos quando tivesse suspeita de que a morte fosse decorrente de ação criminosa (artigo 4.º, n. 2), além de não ser permitida a colheita de órgãos quando a equipe médica tomasse conhecimento, por qualquer forma, da oposição do falecido (artigo 5.º).

Neste sentido, essa oposição poderia ser manifestada por outras pessoas que detinham algum vínculo familiar ou afetivo com o falecido, mas chama-se atenção para considerar que o posicionamento apresentado pela família poderia não corresponder à real vontade do falecido¹¹.

Foi a primeira vez que a legislação portuguesa apresenta a solução do consentimento presumido¹², mesmo que fosse de forma indireta, pois não previa expressamente que todos fossem dadores, mas somente que a equipe médica não poderia fazer a colheita de órgãos quando fosse conhecida a oposição do falecido.

O artigo 5.º desse Decreto foi objeto de ação de inconstitucionalidade perante o Tribunal Constitucional Português, no qual foi questionada a violação de alguns princípios constitucionais, por exemplo: direito a integridade pessoal, a liberdade de expressão, de informação e de consciência, entendendo-se que a família deveria ser informada da morte e que fosse esperado um tempo para que ela expusesse a autorização ou oposição do falecido quanto à colheita de órgãos, ou seja, o questionamento da ação estava relacionado com a ausência de meios capazes de averiguar a vontade do falecido¹³.

Essa ação resultou no Acórdão 130/88¹⁴, no qual o Tribunal Constitucional, por maioria, afirmou que o citado artigo não era inconstitucional. Cardoso da Costa, apesar de ter votado favorável à constitucionalidade do artigo, expôs que esse artigo estabelece certo dever de diligência ou de cuidado dos médicos para evitarem a realização de colheitas contra a vontade do falecido. Já os Juízes Raul Mateus, Messias Bento e Antero Alves Monteiro Dinis votaram a favor da inconstitucionalidade daquele artigo 5.º, conforme pode ser observado na redação do acórdão.

Em suma, o Tribunal Constitucional entendeu que os parentes próximos aos falecidos não detinham um direito próprio para se oporem à colheita de órgãos do falecido, assim não teriam direito a transmitir a vontade dele em não ser dador, uma vez que a intervenção de terceiros não constitui a única forma de tornar eficaz o direito

¹¹ Cf. Manuel da Silva RESENDE, 2011, “Doação Presumida de Órgãos – uma questão de autonomia”, disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/21969/2/Doao%20Presumida%20de%20rgos%20%20Uma%20Questo%20de%20Autonomia.pdf> (02.04.2018).

¹² Cf. Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA, 2002, *O direito geral de personalidade e a “solução do dissentimento” – ensaio sobre um caso de “constitucionalização” do direito civil*, Editora Coimbra, Coimbra, p. 28.

¹³ Cf. Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA, 2002, *O direito geral de personalidade e a “solução do dissentimento” – ensaio sobre um caso de “constitucionalização” do direito civil*, Editora Coimbra, Coimbra, p. 47.

¹⁴ O Acórdão 130/88 pode ser consultado em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19880130.html> (20.03.2018).

em causa. Ainda, concluiu o Tribunal Constitucional, que o não dador, em vida, teria alguns meios disponíveis para declarar a sua oposição à doação, ou seja, ainda em vida o não dador poderia ter tomado as devidas providências para manifestar a sua oposição à colheita¹⁵.

O Decreto-Lei n.º 553/76 vigorou por 17 anos até que fosse aprovada a Lei n.º 12/93¹⁶. A citada Lei passou a permitir a colheita de órgãos, tecidos e células de origem humana para fins terapêuticos ou de transplantes, de forma que passou a considerar a possibilidade da colheita de órgãos em vida (artigo 6.º).

Esse Decreto estabeleceu, ainda, um novo regime de doação, considerando que os potenciais dadores são todos os cidadãos nacionais, os apátridas e os estrangeiros residentes em Portugal que não tenham manifestado oposição à colheita junto ao Ministério da Saúde (artigo 10.º), ou seja, a lei inovou estabelecendo que para não ser dador *post mortem*, o cidadão tem que informar a sua qualidade de não dador, é o considerado consentimento presumido, pois se presume que os cidadãos sejam dadores (conforme será tratado no tópico 4 deste artigo).

Dois artigos dessa Lei já previam a necessidade de regulamentação complementar e que estão diretamente relacionados à colheita de órgãos em cadáveres para a realização de transplantes, quais sejam: o artigo 11.º e o artigo 12.º. O primeiro diz respeito ao Registro Nacional dos Não Dadores (RENDA), de forma que no ano seguinte o Ministério da Saúde publicou o Decreto-Lei n.º 244/94¹⁷, o qual regulamentou o RENDA, uma vez que os cidadãos que fazem oposição à doação devem comunicar sua opção de não dadores ao RENDA. O citado decreto tenta viabilizar o direito dos não dadores a expressarem sua vontade de forma simples e eficaz.

O segundo artigo que foi regulamentado posteriormente diz respeito à certificação da morte, pois cabe à Ordem dos Médicos a elaboração dos critérios para a verificação da morte cerebral, sendo a mesma publicada também em 1994¹⁸, e será detalhada melhor no tópico seguinte sobre o conceito de morte.

Em 2004, diante do aumento dos transplantes de órgãos e da necessidade de reforçar a confiança entre os Estados-Membros da União Europeia, no tocante a proteção da saúde dos cidadãos submetidos aos transplantes de órgãos, o Parlamento Europeu e o Conselho de União Europeia elaborou a Diretiva 2004/23/CE¹⁹, a fim de unificar normas de qualidade e segurança em relação aos processos de transplantes.

¹⁵ Cf. Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA, 2002, *O direito geral de personalidade e a “solução do dissentimento” – ensaio sobre um caso de “constitucionalização” do direito civil*, Editora Coimbra, Coimbra, p. 48-49.

¹⁶ O texto da Lei n.º 12/93 pode ser consultado em: <https://dre.pt/application/conteudo/692651> (20.03.2018).

¹⁷ O texto do Decreto-Lei n.º 244/94 pode ser consultado em: <https://dre.pt/application/conteudo/606526> (02.04.2018).

¹⁸ O texto da Declaração da Ordem dos Médicos prevista no artigo 12.º da Lei n.º 12/63 pode ser consultado em: <https://dre.pt/application/conteudo/618930> (02.04.2018).

¹⁹ O texto da Diretiva 2004/23/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, pode ser consultado em: <http://eur-lex.europa.eu/legal->

Diante disso, surgiu a Lei n.º 22/2007²⁰ a fim de transpor parcialmente para a ordem jurídica interna o que era previsto na citada Diretiva, de forma que alterou alguns artigos da Lei n.º 12/93, que está em vigor atualmente. A alteração legislativa permitiu a inclusão das definições básicas de órgão, tecido, célula, dador (doador), dádiva (doação) e colheita, com a inclusão do artigo 1.º-A.

Portanto, conforme a legislação portuguesa, todos os cidadãos (nacionais, e apátridas e estrangeiros residentes em Portugal) são considerados potenciais dadores de órgãos e tecidos depois do seu falecimento. A exceção seria para os que se registrarem no Registro Nacional dos Não Dadores (RENDA).

Neste sentido, existem algumas semelhanças entre as legislações da Espanha, da Bélgica, da Áustria e da França, as quais preferiram adotar um sistema de doação de órgãos e tecidos baseados no consentimento negativo “*opting out*” – com a doação presumida, diferente do que ainda ocorre na Holanda²¹, onde o cidadão precisa expressar a sua vontade de ser dador “*opting in*”²².

No Brasil, houve uma recente alteração legislativa e passou a estabelecer que a colheita de órgãos do corpo humano, de pessoa falecida, só poderá ocorrer com consentimento livre e esclarecido, de forma expressa em termo específico de autorização, de um membro da família do falecido (inclusive pelos companheiros), conforme artigo 20 do Decreto 9175/17²³.

4. O conceito de morte

Ao abordar a possibilidade de colheita de órgãos em cadáveres, é indispensável que ocorra a morte de uma pessoa, motivo pelo qual se faz necessário algumas considerações sobre o conceito dela.

A biomedicina vem apresentando uma nova relação com o cadáver humano, considerando que ele representa a principal fonte de órgãos²⁴, sendo algo valioso e essencial para a vida de muitas pessoas, sobretudo quando estes órgãos podem ser utilizados para fins científicos, terapêuticos e de transplante, mantendo-se o respeito da

content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32004L0023 &from=PT (02.04.2018).

²⁰ O texto da Lei n.º 22/2007 pode ser consultada em: <https://dre.pt/application/conteudo/635827> (02.04.2018).

²¹ A legislação holandesa sofreu recente alteração quanto ao sistema de doação de órgãos, todavia a alteração só será válida a partir do ano de 2020, conforme <http://www.soudoador.org/2018/02/22/holanda-facilita-processo-de-doacao-de-orgaos-por-patricia-fonseca/> (04.04.2018)

²² Cf. Manuel da Silva RESENDE, 2011, “Doação Presumida de Órgãos – uma questão de autonomia”, disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/21969/2/Doao%20Presumida%20de%20rgos%20%20Uma%20Questao%20de%20Autonomia.pdf> (02.04.2018).

²³ O texto do Decreto n.º 9175/2017 pode ser consultado em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9175.htm (02.04.2018).

²⁴ MACHADO, Joaquim Pinto, 2001, “A utilização do cadáver humano em medicina”, in *Bioética: questões em debate*, Universidade Católica Portuguesa, Braga, p. 119.

idéia de que a morte é a última etapa da condição humana, mas utilizando-se do cadáver para amenizar a dor dos que aguardam por transplantes²⁵.

A morte é um fato da vida que tem muita relevância e que pode suscitar inúmeras consequências jurídicas, como por exemplo, gera novas relações jurídicas constitutivas, modificativas ou extintivas, de forma que a determinação do exato momento da morte não é uma coisa tão simples²⁶, justamente porque ela é considerada um processo progressivo onde, após iniciado esse processo, torna-se difícil definir o momento correto em que a pessoa morre, deixando de ser pessoa para ser considerado um cadáver²⁷.

Até meados dos anos 60, a morte era determinada com a cessação irreversível das funções circulatória e respiratória, porque, depois disso, iria iniciar o processo que conduziria à morte total do organismo, porém, surgiram alguns equipamentos capazes de manter as funções vitais do ser humano, possibilitando o “prolongamento artificial da vida”. Além do mais, depois da realização do primeiro transplante cardíaco, aumentou-se a necessidade de rediscutir esse critério, em virtude do grande impacto causado por esse transplante, de forma que surgiu o critério da cessação das funções cerebrais, em 1968²⁸, proposto por uma comissão *ad hoc* da Universidade de Medicina de Harvard²⁹.

Os “Critérios de Harvard” definiam que a morte cerebral está caracterizada pela ausência das funções cerebrais, de forma irreversível, reportando-se à morte de todo o encéfalo (cérebro e tronco cerebral), todavia, em 1971, os médicos Mohandas e Chou apresentaram os conhecidos “Critérios de Minnesota”, estabelecendo que a morte cerebral consista na morte do tronco cerebral, exclusivamente, uma vez que a cessação irreversível das funções do tronco cerebral implica na perda da consciência e da capacidade de respiração espontânea³⁰.

²⁵ Cf. Marta Raquel Dias BARCELOS, 2009, “Integridade da Pessoa – fundamentação ética para a doação de órgãos e tecidos para transplantação”, disponível em: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/1043/1/18238_ulsd_dep.17667re_MRDBarcelos_Integridade_da_Pessoa.pdf (04.04.2018).

²⁶ Cf. Ana Lopes CHAVES, 2013, “Regime de Transplantes: um caso de limitação (i)legal dos direitos da personalidade”, disponível em [https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34888/1/Regime%20dos%20Transplantes%20um%20caso%20de%20Limitacao%20\(I\)legal%20dos%20Direitos%20da%20Personalidade.pdf](https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34888/1/Regime%20dos%20Transplantes%20um%20caso%20de%20Limitacao%20(I)legal%20dos%20Direitos%20da%20Personalidade.pdf) (03.04.2018).

²⁷ Cf. João de Oliveira GERALDES, 2010, “*Finis vitae* ou *ficta mortis*?”, disponível em: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2010/ano-70-vol-ii-v-2010/doutrina/joao-de-oliveira-geraldes-finis-vitae-ou-ficta-mortis/> (03.04.2018).

²⁸ Cf. Ana Lopes CHAVES, 2013, “Regime de Transplantes: um caso de limitação (i)legal dos direitos da personalidade”, disponível em [https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34888/1/Regime%20dos%20Transplantes%20um%20caso%20de%20Limitacao%20\(I\)legal%20dos%20Direitos%20da%20Personalidade.pdf](https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34888/1/Regime%20dos%20Transplantes%20um%20caso%20de%20Limitacao%20(I)legal%20dos%20Direitos%20da%20Personalidade.pdf) (03.04.2018).

²⁹ Esse é o critério usado em outros países, a exemplo da França, da Espanha e do Brasil.

³⁰ Cf. Marta Raquel Dias BARCELOS, 2009, “Integridade da Pessoa – fundamentação ética para a doação de órgãos e tecidos para transplantação”, disponível em: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/1043/1/18238_ulsd_dep.17667re_MRDBarcelos_Integridade_da_Pessoa.pdf (04.04.2018).

Em Portugal, a Lei n.º 141/99³¹ estabelece os princípios em que se baseia a verificação da morte, prevendo que a morte, para todos os efeitos corresponde à cessação irreversível das funções do tronco cerebral (artigo 2.º) e que a verificação da morte é atribuição para os médicos³², cabendo a Ordem dos Médicos definir os critérios médicos, técnicos e científicos para tal (artigo 3.º).

Houve uma larga discussão para a aprovação desta lei, nomeadamente se a morte cerebral seria considerada a “morte cerebral total” ou correspondia à cessação irreversível das funções do tronco cerebral³³, prevalecendo esta última posição, conforme já fora referido acima.

Os critérios utilizados para declarar a morte cerebral constam na Declaração da Ordem dos Médicos de 1994³⁴ que apresenta taxativamente a metodologia a ser aplicada para a verificação da morte cerebral para efeitos de transplantes, qual seja: 1) Realização de, no mínimo, dois conjuntos de provas com intervalo adequado à situação clínica e à idade; 2) Realização de exames complementares de diagnóstico, sempre que for considerado necessário; 3) A execução das provas de morte cerebral por dois médicos especialistas (em neurologia, neurocirurgia ou com experiência de cuidados intensivos); 4) Nenhum dos médicos que executa as provas poderá pertencer a equipas envolvidas no transplante de órgãos ou tecidos e pelo menos um não deverá pertencer à unidade ou serviço em que o doente esteja internado.

Reconhece-se que a morte de uma pessoa é facilmente associada ao final de toda uma história pessoal, de forma que admitir a morte não é somente aceitar os conceitos e critérios médicos, pois a percepção da morte é mais do que um fenómeno biológico, é algo que penetra esfera pessoal e espiritual³⁵, além de que é um destino que faz parte da vida de todas as pessoas³⁶.

5. Consentimento informado e consentimento presumido

A prática da transplantação de órgãos é, sem sombra de dúvida, um grande avanço na medicina e tem reflexos diretos no direito das pessoas, nomeadamente no respeito ao Princípio da Dignidade Humana e da Autonomia Individual dos dadores, de

³¹ O texto da Lei n.º 141/99 pode ser consultado em: <https://dre.pt/application/conteudo/532449> (03.04.2018).

³² Essa é a mesma previsão da Lei n.º 12/93.

³³ Cf. João de Oliveira GERALDES, 2010, “*Finis vitae ou ficta mortis?*”, disponível em: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2010/ano-70-vol-iiiv-2010/doutrina/joao-de-oliveira-geraldes-finis-vitae-ou-ficta-mortis/> (03.04.2018).

³⁴ O texto da Declaração da Ordem dos Médicos pode ser consultado em <https://dre.pt/application/conteudo/618930> (03.04.2018).

³⁵ Cf. Marta Raquel Dias BARCELOS, 2009, “Integridade da Pessoa – fundamentação ética para a doação de órgãos e tecidos para transplantação”, disponível em: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/1043/1/18238_ulsd_dep.17667re_MRDBarcels_Integridade_da_Pessoa.pdf (04.04.2018).

³⁶ Cf. Ramón Lucas LUCAS, 2000, “Morte cerebral e morte do homem: a recuperação da morte humana”, *Brotéria*, v. 150, p. 203.

forma que, ao deixar de ser uma prática experimental, a transplantação passou a ser um recurso terapêutico, no qual há uma intervenção clínica em um corpo humano³⁷.

Direcionando para o objeto do presente estudo (colheita de órgãos em cadáveres para fins de transplante), é oportuno observar que depois da morte (analisada no tópico anterior), a equipe médica se depara com um questionamento: pode ser feita a colheita de órgãos naquele cadáver? Diante da complexidade do caso, é oportuno tecer alguns comentários relacionados aos modelos ético-jurídicos do consentimento informado e do consentimento presumido.

O consentimento informado consiste na permissão dos cidadãos em geral, ainda em vida, para que, depois da morte, possam lhes serem retirados órgãos que estejam em condições de transplantes, ou seja, o cidadão apresenta-se aos órgãos competentes do seu País para expressar de forma livre, espontânea e revogável (a qualquer momento) que ele é um dador de órgãos após o seu falecimento³⁸, de forma que podem ser retirados órgãos do seu cadáver. Neste caso, o silêncio do falecido é interpretado negativamente e a colheita seria ilícita³⁹.

Esse modelo de consentimento pretende salvaguardar, sobretudo, a autonomia do cidadão, na medida em que é respeitada a vontade, a integridade e a dignidade da pessoa que escolhe por ser dador, com base nas suas crenças e valores pessoais⁴⁰, ou seja, são disposições feitas em vida, mas que produzirão eficácia *post mortem*⁴¹ e não podem ser superadas nem pela família, nem por qualquer órgão público⁴².

O consentimento informado pode ser subdividido em duas espécies: consentimento informado restrito (ou pessoal) e consentimento informado alargado. No caso do consentimento informado restrito somente o possível dador é que pode expressar a sua intenção de doar os órgãos *post mortem*, ou seja, o cidadão permite a colheita de órgãos após o seu falecimento. A partir do momento em que ele procura os órgãos competentes do seu País e se inscreve como potencial dador, a sua vontade deve

³⁷ Cf. Marta Raquel Dias BARCELOS, 2009, “Integridade da Pessoa – fundamentação ética para a doação de órgãos e tecidos para transplantação”, disponível em: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/1043/1/18238_ulsd_dep.17667re_MRDBarcelos_Integridade_da_Pessoa.pdf (04.04.2018).

³⁸ Cf. Marta Raquel Dias BARCELOS e Maria do Céu Patrão NEVES, 2009, “Reflexão ética sobre a doação de tecidos e órgãos humanos: entre o respeito pela autonomia e a exigência de solidariedade”, *Revista Portuguesa de Bioética*, n. 7, p. 27.

³⁹ Cf. Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA, 2002, *O direito geral de personalidade e a “solução do dissentimento” – ensaio sobre um caso de “constitucionalização” do direito civil*, Editora Coimbra, Coimbra, p. 48-49.

⁴⁰ João Queiroz e MELO, 1996, “Consentimento informado do receptor e do dador”, in *Bioética*, Verbo, Lisboa, p. 292.

⁴¹ Cf. João Carlos Simões Gonçalves LOUREIRO, 1995, *Transplantações: um olhar constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 25.

⁴² Cf. Marta Raquel Dias BARCELOS, 2009, “Integridade da Pessoa – fundamentação ética para a doação de órgãos e tecidos para transplantação”, disponível em: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/1043/1/18238_ulsd_dep.17667re_MRDBarcelos_Integridade_da_Pessoa.pdf (04.04.2018).

prevalecer em detrimento aos objetivos médicos-terapêuticos, depois do seu falecimento⁴³.

Esse é o modelo adotado no ordenamento jurídico do Reino Unido, País que registra baixo índice de doações, mesmo que se presuma que inúmeras pessoas seriam potenciais dadores *post mortem*, porém por vários motivos deixam de declarar a sua intenção ainda em vida⁴⁴.

Por sua vez, o modelo consentimento informado alargado apresenta uma maior flexibilidade a fim de garantir o aumento nas colheitas de órgãos em cadáveres, a partir do momento em que, não sendo conhecida a posição do falecido em ser dador, a família, subsidiariamente, deve ser consultada sobre a possibilidade de colheita de órgãos naquele cadáver, por entender que família detém direitos sobre o cadáver⁴⁵.

Esse é o sistema adotado nos Estados Unidos da América, onde a colheita de órgãos é maior do que no Reino Unido⁴⁶. Esse também é o modelo adotado no ordenamento jurídico brasileiro, o qual permite que familiares (inclusive os companheiros) autorizem a colheita de órgãos em cadáveres.

Em contrapartida ao consentimento informado, existe o consentimento presumido, atualmente adotado em Portugal, também tratado como dissentimento ou oposição⁴⁷. Esse modelo é baseado na solidariedade social, considerando como potenciais dadores *post mortem* todos os cidadãos, de forma a aumentar consideravelmente possibilidade de colheita de órgãos em cadáveres.

A solidariedade social, neste sentido, se baseia na possibilidade das dívidas serem admitidas em função do bem comum, todavia não permite que a integridade vital ou a descaracterização da identidade pessoal do dador seja comprometida⁴⁸, mesmo que para beneficiar outra pessoa.

Deve-se recordar que essa solidariedade se justifica na possibilidade de realizar ações morais capazes conduzir o dador a gerar felicidade no outro numa atitude de generosidade⁴⁹, mesmo que a ação ocorra depois que o dador já tenha falecido (como no caso da colheita de órgãos em cadáveres).

⁴³ Cf. André Gonçalo Dias PEREIRA, 2004, *O Consentimento Informado na Relação Médico – Paciente*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 56.

⁴⁴ Cf. Marta Raquel Dias BARCELOS e Maria do Céu Patrão NEVES, 2009, “Reflexão ética sobre a doação de tecidos e órgãos humanos: entre o respeito pela autonomia e a exigência de solidariedade”, *Revista Portuguesa de Bioética*, n. 7, p. 27.

⁴⁵ Cf. Marta Raquel Dias BARCELOS e Maria do Céu Patrão NEVES, 2009, “Reflexão ética sobre a doação de tecidos e órgãos humanos: entre o respeito pela autonomia e a exigência de solidariedade”, *Revista Portuguesa de Bioética*, n. 7, p. 28.

⁴⁶ Cf. Marta Raquel Dias BARCELOS e Maria do Céu Patrão NEVES, 2009, “Reflexão ética sobre a doação de tecidos e órgãos humanos: entre o respeito pela autonomia e a exigência de solidariedade”, *Revista Portuguesa de Bioética*, n. 7, p. 28.

⁴⁷ Cf. Alexandra ANTUNES, 1998, “Consentimento informado”, in *Ética em cuidados de saúde*, Daniel Serrão e Rui Nunes (coord.) Porto Editora, Porto, p. 24.

⁴⁸ Cf. Miguel PATRÍCIO, 2013, “Notas sobre o Regime Legal dos Transplantes em Portugal”, *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, ano 2, n. 11, 2013, p.12882.

⁴⁹ Cf. Marta Raquel Dias BARCELOS, 2009, “Integridade da Pessoa – fundamentação

Entende-se que essa solidariedade social pode contrariar a autonomia da vontade da pessoa em dois momentos: quando, ainda em vida, não é dada a oportunidade da pessoa apresentar livre e consciente a sua concordância ou oposição da dádiva de órgãos; em um outro momento, talvez o mais crítico, é quando após a pessoa manifestar sua vontade e ela não é respeitada, por exemplo quando a pessoa opta por não ser dador de órgãos e depois da sua morte é realizada a colheita, de forma que ela se torna ilícita⁵⁰.

Assim, ao nosso entendimento, o que seria eticamente reprovável é quando o sistema de doação presumido é estabelecido sem que as pessoas sejam informadas de tal alteração, de forma que campanhas informativas (inclusive com a sensibilização para doação e apresentação dos possíveis benefícios) devem ser amplas, porque se isso não acontecer, a colheita de órgãos pode ser eticamente reprovável e torna-se numa apropriação abusiva que fere os direitos individuais⁵¹.

Além do mais, o consentimento presumido se mostra mais solidário diante do aumento da procura por órgãos para transplantes e da pouca oferta ainda registrada, considerando-se que o consentimento apenas de forma expressa (ou consentimento informado) evitaria o salvamento de muitas vidas, a partir do momento que muitos possíveis dadores não apresentaria a sua autorização por desleixos, ao passo que, na situação oposta, por falta de informação, algumas pessoas podem não se registram como não dadores⁵². Em outras palavras considera-se que a solidariedade social é algo que pode perfeitamente respeitar a autonomia da vontade das pessoas, até porque a pessoa humana assume as coordenadas de sua vida, mas também faz parte de um convívio em sociedade⁵³.

Sendo assim, os que não desejam serem dadores, devem apresentar expressamente a sua oposição aos órgãos competentes do seu País, que o cadastrará em um sistema de não dadores, o qual deverá ser consultado obrigatoriamente antes de qualquer colheita em cadáver, respeitando sempre a autonomia em não ser dador⁵⁴.

No caso Português, conforme já citado, os não dadores devem procurar o Ministério da Saúde para fazerem sua inscrição no RENND e, especificamente aqui em

ética para a doação de órgãos e tecidos para transplantação”, disponível em: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/1043/1/18238_u.lsd_dep.17667re_MRDBarcelos_Integridade_da_Pessoa.pdf (04.04.2018).

⁵⁰ Cf. Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA, *O Direito Geral de Personalidade e a “Solução do Dissentimento” – ensaio sobre um caso de “constitucionalização” do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 9.

⁵¹ Cf. Marta Raquel Dias BARCELOS, 2009, “Integridade da Pessoa – fundamentação ética para a doação de órgãos e tecidos para transplantação”, disponível em: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/1043/1/18238_u.lsd_dep.17667re_MRDBarcelos_Integridade_da_Pessoa.pdf (04.04.2018).

⁵² MACHADO, Joaquim Pinto, 2001, “A utilização do cadáver humano em medicina”, in *Bioética: questões em debate*, Universidade Católica Portuguesa, Braga, p. 124.

⁵³ Cf. Hideliza Lacerda Tinoco Boechat CABRAL, Margareth Vetis ZAGANELLI, e Vanessa Cruz dos Santos PERES, 2016, “Aparente conflito de consentimento na doação de órgãos e tecidos *post mortem*”, *Revista Jurídica da Presidência*, v. 18, n. 115, p. 370.

⁵⁴ Cf. Marta Raquel Dias BARCELOS e Maria do Céu Patrão NEVES, 2009, “Reflexão ética sobre a doação de tecidos e órgãos humanos: entre o respeito pela autonomia e a exigência de solidariedade”, *Revista Portuguesa de Bioética*, n. 7, p. 28.

Portugal tem se apresentado críticas pelo fato de alguns cidadãos (nacionais a apátridas) serem desinformados sobre essa obrigação de, não sendo dador, deve realizar esse cadastro, ferindo assim o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, já que não permite ele decidir autonomamente sobre a colheita de órgãos no seu cadáver⁵⁵, conforme já referido.

É de se recordar a obrigação que os Estados adotantes do consentimento presumido para a colheita de órgãos *post mortem* têm para divulgar tal modelo adotado, sob o perigo de tornar a colheita eticamente reprovável, uma vez que explora a situação de desconhecimento pelos cidadãos e a colheita de órgãos deixa de ser uma doação voluntária e livre para se tornar numa apropriação abusiva e usurpadora dos direitos individuais⁵⁶. Existem várias soluções pra isso, dentre as quais a realização de campanhas para sensibilizar os cidadãos para a importância das doações de órgãos e essas campanhas vem sendo a opção mais aceitável do ponto de vista ético⁵⁷.

O consentimento presumido tente a aumentar o número de colheita de órgãos para transplantes e, segundo dados oficiais do Instituto Português do Sangue e da Transplantação (IPST)⁵⁸, no ano de 2017 foram registradas 351 doações de órgãos *post mortem*, o que representou um aumento de 4% (14 casos) em relação ao ano de 2016.

6. Considerações finais

É inegável o avanço das ciências médicas para a realização de transplantes de órgãos, os quais vêm sendo melhorado a cada ano com a associação de vários estudos que tendem a aumentar o sucesso na realização desses procedimentos, como por exemplo, os estudos farmacológicos que permitiram a diminuição no número de rejeições.

Essas intervenções geram efeitos jurídicos, a partir do momento em que é necessária a realização de colheita de órgãos e que nessa colheita devem ser respeitados vários fatores ligados à Dignidade da Pessoa Humana, a partir do poder de autonomia em que os cidadãos detêm para dispor do seu próprio corpo e pode autorizar (ou não) intervenções médicas.

No caso das colheitas de órgãos realizadas *post mortem* a questão se torna ainda mais complicada, pois teoricamente o falecido não tem como expressar mais a sua vontade ou oposição a essa colheita, de forma que, em vida, ele deveria ter apresentado

⁵⁵ Cf. Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA, 2002, *O Direito Geral de Personalidade e a “Solução do Dissentimento” – ensaio sobre um caso de “constitucionalização” do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 219.

⁵⁶ Cf. Marta Raquel Dias BARCELOS, 2009, “Integridade da Pessoa – fundamentação ética para a doação de órgãos e tecidos para transplantação”, disponível em: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/1043/1/18238_ulsd_dep.17667re_MRDBarcelos_Integridade_da_Pessoa.pdf (04.04.2018).

⁵⁷ Cf. Daniel SERRÃO, 1996, “A Medicina de Transplantação. Enquadramento Ético, Religioso, Filosófico e Jurídico”, *Revista Acção Médica*, ano LX, n.º 2, p. 20.

⁵⁸ Consulta realizada no site institucional do IPST, disponível em <http://www.ipst.pt/index.php/informacao-documentacao/newsletter-ipst/428> (05.04.2018).

a sua posição. Além do mais, os familiares, naquele momento de “sofrimento” se colocam como detentores de direitos sobre aquele corpo. É nesse sentido que se apresentam os modelos ético-jurídicos do consentimento informado restrito e alargado, respectivamente, que são adotados em alguns países.

No caso de Portugal, o modelo adotado é contraposto dois que foram acima referidos, uma vez que, conforme o ordenamento jurídico interno, todos os cidadãos (nacionais e apátridas ou residentes em Portugal) são considerados potenciais dadores *post mortem*, ou seja, adota-se o consentimento presumido e quem apresenta oposição a essa colheita, deve procurar o Ministério da saúde efetivar o seu cadastro de não dador e terá respeitada a sua oposição.

Entende-se que atualmente o maior problema em relação aos transplantes está para além dos conhecimentos médicos e volta-se para a ausência de órgãos passíveis de transplante, pois é, cada vez mais, crescente o número de pacientes “candidatos aos transplantes”, de forma que a legislação portuguesa (assim como outras legislações – Espanha, por exemplo) com a adoção do consentimento presumido pretende possibilitar um maior número de colheitas de órgãos em cadáveres.

Esse modelo parece ser o mais adequado, baseado na solidariedade social, porém é oportuno estabelecer que os Estados devam informar aos cidadãos sobre qual modelo de consentimento adotado e sensibilizá-los para a disponibilização de órgãos para transplantes. Uma vez que, caso eles não sejam informados da autonomia de se cadastrarem como não dadores, a “imposição” fere o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da autonomia individual, além de deixar de ser uma ação fundada na solidariedade social, justamente o que se pretende com o consentimento presumido.

Referências

- ANTUNES, Alexandra, 1998, “Consentimento informado”, in *Ética em cuidados de saúde*, Daniel Serrão e Rui Nunes (coord.) Porto Editora, Porto, pp. 13-27.
- BARCELOS, Marta Raquel Dias, e NEVES, Maria do Céu Patrão, 2009, “Reflexão ética sobre a doação de tecidos e órgãos humanos: entre o respeito pela autonomia e a exigência de solidariedade”, *Revista Portuguesa de Bioética*, n. 7, pp. 23-42.
- BARCELOS, Marta Raquel Dias, 2009, “Integridade da Pessoa – fundamentação ética para a doação de órgãos e tecidos para transplantação”, disponível em: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/1043/1/18238_ulsd_dep.17667re_MRDBarclos_Integridade_da_Pessoa.pdf (04.04.2018).
- CABRAL, Hidéliza Lacerda Tinoco Boechat, ZAGANELLI, Margareth Vetis, e PERES, Vanessa Cruz dos Santos, 2016, “Aparente conflito de consentimento na doação de órgãos e tecidos *post mortem*”, *Revista Jurídica da Presidência*, v. 18, n. 115, p. 357-386.
- CHAVES, Ana Lopes, 2013, “Regime de Transplantes: um caso de limitação (i)legal dos direitos da personalidade”, disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/>

- 34888/1/Regime%20dos%20Transplantes%20um%20caso%20de%20Limitacao%20(I)legal%20dos%20Direitos%20da%20Personalidade.pdf (03.04.2018).
- GERALDES, João de Oliveira, 2010, “*Finis vitae* ou *ficta mortis*?”, disponível em: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2010/ano-70-vol-iiiv-2010/doutrina/joao-de-oliveira-geraldes-finis-vitae-ou-ficta-mortis/> (03.04.2018).
- LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves, 1995, *Transplantações: um olhar constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra.
- LUCAS, Ramón Lucas, 2000, “Morte cerebral e morte do homem: a recuperação da morte humana”, *Brotéria*, v. 150, pp. 203-222.
- MACHADO, Joaquim Pinto, 2001, “A utilização do cadáver humano em medicina”, in *Bioética: questões em debate*, Universidade Católica Portuguesa, Braga, pp. 117-128.
- MELO, João Queiroz e, 1996, “Consentimento informado do receptor e do dador”, in *Bioética*, Verbo, Lisboa, pp. 292-296.
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, 2002, *O Direito Geral de Personalidade e a “Solução do Dissentimento” – ensaio sobre um caso de “constitucionalização” do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra.
- PATRÍCIO, Miguel, 2013, “Notas sobre o Regime Legal dos Transplantes em Portugal”, *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, ano 2, n. 11, pp. 12881-12900.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias, 2004, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, Coimbra Editora, Coimbra.
- PEREIRA, Mário Caetano, 2001, “História da transplantação e bioética”, *Cadernos de Bioética*, v. 27, pp. 23-33.
- PEREIRA, Walter Antonio, 2004, “História dos transplantes”, in *Manual de transplantes de Órgãos e Tecidos*, Editora Guanabara Koogan, Rio de Janeiro, pp. 1-8.
- RESENDE, Manuel da Silva, 2011, “Doação Presumida de Órgãos – uma questão de autonomia”, disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/21969/2/Doao%20Presumida%20de%20orgos%20%20Uma%20Questao%20de%20Autonomia.pdf> (02.04.2018).
- SERRÃO, Daniel, 1996, “A Medicina de Transplantação. Enquadramento Ético, Religioso, Filosófico e Jurídico”, *Revista Acção Médica*, ano LX, n.º 2, pp. 15-53.
- SOUSA, Ana Filipa Oliveira de, 2012, “Transplante a partir de dadores vivos: aspectos jurídicos-penais”, disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/9725/1/Transplantes%20a%20Partir%20de%20Dadores%20Vivos%20-%20Aspectos%20Jur%C3%ADdico%20-%20Penais.pdf> (02.04.2018).

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ELETRÓNICA: OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS ADMINISTRADOS À LUZ DO REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Isa António¹

Rui Miguel Zeferino Ferreira²

1. A administração e a governação eletrónica: a experiência europeia e internacional

a) Considerações iniciais

A administração pública eletrónica que vem sendo construída como uma solução para o século XXI, é igualmente um problema, quando encarada sob a perspetiva da proteção de dados dos cidadãos, em que se procurará abordar esta segunda parte do tema à luz da legislação portuguesa. Neste introito pretende-se apreciar a administração pública eletrónica como solução, a qual de modo mais abrangente abarca aquilo que COLEMAN apelidou por e-democracia (2005a, p. 6), enquanto modelo de promoção da participação democrática dos cidadãos. Esta solução já deu importantes passos em países europeus como a Estónia, encontrando-se Portugal ainda a dar ainda os primeiros passos neste trajeto.

Neste âmbito, propõe-se observar como tal sistema pôde representar um modelo de desenvolvimento da democrática liberal, que permitiu a alguns países da Europa central e de leste obter um notável desenvolvimento económico, fruto do contributo obtido das novas tecnologias, tanto ao nível do desenvolvimento económico dos países e das populações como dos benefícios sociais e políticos para as respetivas sociedades. Contudo, os processos de administração e governação têm sido muito questionados pelos problemas que levantam ao nível da segurança, uma vez que poderão ter um efeito prejudicial para o próprio sistema democrático.

b) Os conceitos de e-serviço, de e-governação e de e-democracia

Os serviços de natureza eletrónica são conhecidos há muito tempo em determinadas áreas, como seja, no setor bancário e financeiro, sendo que a intenção da administração eletrónica passou pela introdução dos mesmos princípios nos serviços públicos, como sucede por exemplo com as declarações fiscais eletrónicas e a disseminação de informações por meios eletrónicos. Efetivamente, a administração

¹ Prof.^a Coordenadora, no Instituto Superior de Ciências Empresariais e do Turismo, Porto. Doutora em Direito Administrativo/Contratação Pública (Parcerias Público-privadas no Sector da Saúde). Mestre Pré-Bolonha em Direito Administrativo. Curso de Especialização em Direito da Saúde. Pós-graduação em Contratação Pública. Membro integrado no centro de investigação da Universidade do Minho (Jus-Gov). Consultora Jurídica.

² Professor-Adjunto Convidado do Instituto Politécnico de Leiria. Professor-Assistente Convidado no Instituto Politécnico de Bragança. Doutorando em Direito na Universidade de Santiago de Compostela. Mestre em Direito, na menção de jurídico-económicas, pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Juiz-Arbitro do Centro de Arbitragem Administrativa. Advogado.

pública não poderia ficar indiferente a todo o movimento de revolução tecnológica iniciado no setor privado. Isso mesmo sucedeu com o modelo do e-serviço comercial, transferido para a área do governo eletrónico³. Na atualidade, é usual o recurso à política e ao governo eletrónico, com a internet a tornar-se um local de participação democrática. Por isso, o governo e a administração eletrónica tornaram-se algo mais do que meros serviços eletrónicos. Na realidade, o paradigma com que hoje nos deparamos é da tentativa de implementação da e-democracia, enquanto participação popular interativa na política e na administração pública. Segundo COLEMAN (2005c, p. 209): *“interactivity opens up unprecedented opportunities for more inclusive engagement in the deliberation of policy issues”*, o que leva SPILLER (2003, pp. 11-12) a sustentar que os meios eletrónicos podem facilitar a consulta e o diálogo, tornando a democracia direta uma realidade, em que o passo seguinte seria a introdução do voto eletrónico, que não existe ainda em países como Portugal.

Porém, os riscos associados a este processo são evidentes, nomeadamente, os riscos tecnológicos, que não devem ser vistos apenas em termos tecnológicos, uma vez que se levantam questões relativas à segurança dos dados pessoais e à segurança moral. Apesar de serem evidentes os benefícios ao nível da participação civil e democrática, os riscos morais devem ser tidos em consideração. Como referem XENAKIS e MACINTOSH (2007, p. 14): *“Usually, the prospective benefits from the introduction of e-voting technologies are related to the hypothesis that the convenience offered can be used as a counterbalance against voter apathy and therefore increase voter turnout, which in turn legitimises the outcome of the electoral process”*.

c) O problema do reforço da administração e da governação eletrónica

As implicações éticas, educacionais, sociais e políticas da revolução tecnológica e da introdução da mesma na administração pública tornaram-se um motivo de crescente preocupação. Vários têm sido os autores a debruçar-se sobre a questão de saber se os meios eletrónicos são um meio de promoção da democracia ou uma ferramenta de controle e de manipulação (BYNUM; ROGERSON, 2004b, p. 318), segundos os quais, as posições estão polarizadas entre o otimismo e o pessimismo (2004a, p. 6). A posição otimista vê positivamente o efeito na participação democrática e no acesso dos cidadãos à governação. Por seu turno, a posição pessimista teme pela segurança dos dados pessoais e pelos riscos morais associados à intimidação tecnológica. Assim, os riscos da governação eletrónica podem parecer mais evidentes que os seus benefícios (GIBSON *et al.* 2004, p. 8). Na realidade, vários estudos têm apontado falhas aos projetos de administração e governo eletrónico (NIXON, 2007, p. 29), em especial aqueles que apontam para o prejuízo da representação popular e de utilização, enquanto reforço das estruturas de poder existentes (RAAB; BELLAMY, 2004, p. 21), e para a utilização indevida dos dados pessoais dos cidadãos.

³ Por exemplo, a administração de Barack Obama é um dos casos bem-sucedido da implementação deste paradigma, que, neste caso, englobou a possibilidade da participação em debates sobre políticas, ainda que tenha sido uma possibilidade mais aparente do que real.

2. O Caso da Estónia

A Estónia é um dos países do mundo mais bem-sucedidos no fomento das liberdades económicas, bem como um dos mais globalizados no mundo (COLLIER, 2007), o que é em grande medida resultado da introdução das novas tecnologias de informação. São evidentes os benefícios económicos alcançados, embora os resultados no âmbito do e-governança e e-democracia não sejam tão inquestionáveis. A sua estratégia de desenvolvimento focou-se na construção de um Estado eletrónico moderno e competitivo, o que levou a que uma grande percentagem da população utilize a internet na sua vida diária.

A tecnologia em si não resolveu os problemas deste país, pois, conforme se deixou referido, a tecnologia não se trata de uma solução, mas, antes, de uma ferramenta para o seu desenvolvimento. Neste âmbito, foi introduzido o governo eletrónico, que levanta o problema de como é utilizado e, se dele, não irá resultar uma utilização da tecnologia com o escopo de controlar os cidadãos. Na realidade, esta é uma possibilidade cada vez mais presente, e com um elevado grau de eficácia para o poder instalado (BYBUM; ROGERSON, 2004a, p. 6).

A Estónia em conjunto com a Eslováquia e a República Checa, enquanto líderes dos modelos de governação eletrónica, foram muito além do que ocorreu em outros países, particularmente na mudança de serviços públicos online – administração eletrónica –, como referência PRUITT (2004). De acordo com ERNSDORFF e BERBEC (2007, p. 171), a Estónia posiciona-se como líder do governo eletrónico na europa central e oriental e como terceiro no mundo no sistema de governo eletrónico. Porém, colocam-se problemas ao nível do debate democrático aprofundado e detalhado, bem como ao nível da responsabilidade governativa. Adicionalmente, levanta-se ainda a questão do acesso aos registos legislativos e governamentais, que poderão não estar acessíveis ao conhecimento geral da população. Um sistema em que o acesso exige distintos graus de perícia tecnológica e meios tecnológicos, que não estarão disponíveis a toda a população, poderá constituir um entrave e uma violação do princípio da igualdade de acesso numa sociedade civil que se pretende moderna e progressiva.

Outro aspeto controverso, na administração eletrónica deste país, é o resultado prático da legislação que garante aos cidadãos a possibilidade de apresentarem propostas legislativas, mas cujo resultado cifra-se num fracasso. Pois, apesar do registo de alguns milhares de cidadãos, apenas foram conseguidas pequenas alterações, sem grande significado, na legislação e na governação. Como referem ERNSDORFF e BERBEC (2007, p. 176), este meio teve um grande sucesso no ano de lançamento, mas que não se manteve nos seguintes, devido a alguns constrangimentos ou à indiferença dos cidadãos, pelo que na prática tal sistema eletrónico de democracia direta não funcionou.

O problema estará que o governo eletrónico não sendo empregado no nível que deveria, o mesmo deixará de funcionar, pelo que havendo o interesse em utilizar as novas tecnologias, haverá que as usar corretamente, o que encerra riscos quando essa governação eletrónica sofre de uma certa privatização. Esta circunstância é visível no

caso de estudo, pois, a Estónia lidera atualmente o caminho da “Nova Europa”, fundada na diminuição do *laissez-faire* do setor público, que é compensada pelo crescente domínio do setor privado. Daqui resulta a problemática da utilização dos dados pessoais dos cidadãos e o uso que os privados lhes dão, pelo que se torna premente a regulação a nível europeu da utilização dos dados pessoais.

No âmbito da democracia eletrónica, em maio de 2005, o parlamento da Estónia aprovou legislação para introduzir a votação eletrónica em eleições locais, tornando-se o único país do mundo onde os cidadãos poderiam votar através da internet e a partir de casa, pois, embora o voto eletrónico esteja previsto em outros países, não estava previsto o voto a partir da própria habitação. Essa possibilidade veio promover o benefício de determinado tipo de eleitores em detrimentos de outros (MADISE *et. al.*, 2006, p. 41), o que é visto para alguns partidos como uma oportunidade de aumentar as respetivas votações, enquanto outros consideram uma ameaça (ERNSDORFF; BERBEC, 2007, p. 178), por ser suscetível de manipulação fraudulenta. Esta possibilidade do voto eletrónico, foi, em 2007, alargada às eleições parlamentares nacionais, o que para alguns foi visto como um passo no sentido da e-democracia para o espaço da União Europeia.

Porém, aqui levanta-se um problema, pois, embora a maioria tenha acesso à internet doméstica, nem todos os cidadãos terão acesso à mesma, criando uma bipolarização na sociedade, que, no caso da Estónia, acabou por corresponder a uma óbvia vantagem eleitoral para os partidos do centro-direita, que têm uma maior formação educacional e cultural, e uma menor apetência para se deslocarem a determinados locais, para exercer o direito de voto. Além disso, um outro tipo de risco resulta da falta de supervisão do processo de votação (OSCE 2007, p. 2).

Em suma, da experiência internacional não podemos assumir uma posição totalmente otimista, uma vez que o exemplo da Estónia demonstra que os desenvolvimentos tecnológicos não resultaram necessariamente em níveis maiores de cidadania participativa ou responsabilidade democrática. Na realidade, podem existir efeitos prejudiciais aquando da imposição de novas tecnologias no governo e administração eletrónica, podendo inclusivamente exacerbar problemas sociais previamente existentes, bem como encerra problemas de segurança e acarreta riscos morais. Com efeito, a democracia eletrónica não tem um efeito impactante na democracia enquanto sistema, encontrando-se ainda numa fase bastante embrionária, face à administração eletrónica, numa fase de maior maturação, mas, que ainda assim, padece de problemas de segurança, em especial, quanto aos dados pessoais dos cidadãos, como se verá a seguir na situação portuguesa. Consequentemente, a tecnologia é apenas uma ferramenta, que carece de ser regulamentada, de modo a que o governo e a sociedade possam retirar dela o maior proveito, nomeadamente, na modificação do sistema de democracia representativa, para um modelo de democracia participativa, mas que a experiência da Estónia não conseguiu retirar os melhores resultados. Assim, parece ainda estarmos longe da *tecno-utopia* ou da *ciber-distopia*, pois, nenhum dos dois parece convincente, pelo que devemos estar conscientes dos perigos para a segurança dos cidadãos da construção dos modelos da administração e governação eletrónica, ainda

que a ideia da democracia participativa, através de uma administração aberta seja sedutora.

3. A “Administração Pública Eletrónica” em Portugal

A revisão do Código do Procedimento Administrativo (CPA), através do DL n.º 4/2015, de 7 de janeiro, instituiu a “Administração Pública Eletrónica” (artigo 14.º e artigos 61.º a 63.º, do CPA).

A transparência, a desburocratização, a boa administração, a descentralização e a aproximação do cidadão ao poder público são, *grosso modo*, aspetos positivos da “Administração Pública Eletrónica”. A criação do “balcão único eletrónico”⁴ – criado desde a transposição da “Diretiva Serviços” – como que *personifica* as agradáveis mudanças tecnológicas na relação entre o administrado e a Administração Pública. Contudo, existem algumas vozes críticas, como Miguel Prata Roque, segundo o qual “o novo regime jurídico do “balcão único eletrónico” encontra-se como **deficitário**, do ponto de vista da fixação de regras substantivas e procedimentais sobre o emprego daquele automatismo eletrónico” (PRATA ROQUE, 2015, p.291)⁵.

Da perspetiva da qualidade do serviço público⁶ assistimos a uma melhoria considerável, em certos serviços públicos, enaltecendo como casos paradigmáticos desta evolução, designadamente os seguintes: a) Administração Tributária, devido à agilização de procedimentos fiscais outrora morosos e complexos, no momento da cobrança, do pagamento ou, *inclusive* da reclamação e impugnação de atos tributários; o acesso a informações fiscais por parte do próprio administrado, mas também o conhecimento fácil dos deveres e benefícios a que aquele tenha direito; o acesso a esclarecimentos *via online*; b) Sistema de saúde, o uso de plataformas como a “saúde 24” (v.g. telecuidados, marcação de consultas médicas on-line) e a criação de “apps da saúde” no telemóvel do utente implicaram uma proximidade mais expedita com as entidades públicas prestadoras do serviço de saúde; c) Tribunais e outros serviços, como conservatórias de registo civil, predial e notários, em que a transmissão de informações é um elemento valioso imprescindível a um bom funcionamento da Justiça como um todo.

Importa salientar que, para o administrado “menos hábil” nas novas tecnologias, o recurso a estas, *não consiste numa imposição*, podendo *optar* pelos meios tradicionais

⁴ DL n.º 92/2010, de 26 de julho, artigo 6.º criou o “balcão único eletrónico”.

⁵ (itálico e negrito nossos) Acerca das inovações nos procedimentos urbanísticos, vide MAURÍCIO, Filomena Silvano, *Simplificação e e-Administração no âmbito do Novo Código do Procedimento Administrativo. Reflexão sobre as comunicações prévias no RJUE*, (dissertação de mestrado) Coimbra 2014/2015, pp.35 a 54 (procedimento administrativo eletrónico e regime jurídico de comunicações prévias). In: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/31351/1/Simplificacao%20e%20administracao%20no%20ambito%20do%20novo%20codigo.pdf.pdf> (acesso em 06-02-2018)

⁶ Acerca da qualidade dos serviços do *e-government*, aconselha-se a leitura da análise realizada in FLEURY, Newton Meyer/JÓIA, Luiz António, *A Tecnologia da Informação como propiciadora de processos de governo electrónico: o caso Detran-RJ*, “Revista Eletrônica de Administração”, edição 31, vol. 9, n.º 1, jan-fev 2003, p.7 e ss. In <http://seer.ufrgs.br/read/article/view/42707> (acesso em 05-02-2018)

(correspondência e atendimento presencial), de acordo com o n.º 5 do artigo 14.º do CPA, o qual estabelece o “princípio de igualdade de tratamento” entre estes e quem utiliza a via eletrónica.

Em nome deste princípio, a lei impõe à Administração Pública um comportamento positivo: o de colocar à disposição dos administrados, os meios eletrónicos, não podendo a ninguém ser recusado ou dificultado o acesso a este direito.

Em termos de fases procedimentais do ato administrativo, referimo-nos sucintamente a alguns apontamentos inovatórios, no que respeita à fase de iniciativa e à fase instrutória.

No que concerne à **fase de iniciativa** eletrónica, os requerimentos dos particulares dirigidos a órgãos administrativos podem ser realizados eletronicamente, nos termos do artigo 104.º, n.º1, al. c) do CPA (“telefax ou **transmissão eletrónica de dados**, valendo como data da apresentação a do termo de expedição”), “em qualquer dia e independentemente da hora de abertura e do encerramento dos serviços” (artigo 104.º, n.º2, do CPA). Este facto representa uma enorme vantagem para o administrado, pois não está sujeito a horários do serviço público, os quais poderiam condicionar a sua pretensão por virtude de incompatibilidade daqueles horários com a agenda da sua vida profissional e pessoal.

A entrega de “requerimentos eletrónicos” gera automaticamente um recibo comprovativo do envio daquele, tendo o número de registo, a data e a hora da apresentação (artigos 105.º, n.º4, 106.º, n.º 2 do CPA), o que se revela valioso em termos de prova em eventual discórdia ou litígio com a Administração Pública. É, nessa medida, uma importante nota positiva no recurso a meios telemáticos.

Por seu turno, o artigo 61.º, n.º 3, do CPA contempla, na **fase de instrução**, diversos direitos aos administrados, como o acesso, em qualquer momento, às diligências efetuadas e decisões tomadas e a obtenção dos instrumentos necessários à comunicação eletrónica (nome de utilizador; palavra-passe para acesso a plataformas eletrónicas simples; conta de correio eletrónico; assinatura digital certificada).

Como corolário do princípio de transparência administrativa, é exigida a identificação do responsável pela direção do procedimento instrutório e o órgão competente para a decisão. É, de igual modo, obrigatório o controlo dos prazos, a tramitação ordenada e a publicidade do procedimento (artigo 61.º, n.º2 do CPA).

O recurso aos meios informáticos possibilita o acesso expedito a esclarecimentos e à obtenção de certidões, reproduções ou declarações relativas a eletrónicos: em apenas **três dias** mediante a emissão de certidão eletrónica (artigo 84.º, n.º3 do CPA), por oposição aos **dez dias** no caso da entrega em suporte físico (artigo 84.º, n.º1 do CPA).

Por seu turno, as respostas eletrónicas possibilitam a concessão de informações, de um modo mais célere, claro, objetivo e transparente.

4. A transparência como imperativo da atuação administrativa e meio de concretização dos direitos dos administrados

Os desideratos principais que podemos destacar do recurso aos meios eletrônicos na execução da atividade administrativa são a eficiência e a transparência administrativas, assim como, a proximidade do serviço público ao cidadão (n.º1, artigo 14.º do CPA).

A transparência não surge no CPA como um princípio expressamente contemplado, à semelhança do que sucede com os princípios da legalidade e da imparcialidade, expressamente consagrados nos artigos 3.º e 9.º, do CPA.

Contudo, é exigível a **transparência** como **condição prévia**, para que a legalidade e a imparcialidade sejam plenamente respeitadas pela Administração Pública, dando cumprimento aos preceitos constitucionais norteadores da organização e atividade administrativas (artigos 266.º, 267.º e 268.º, da CRP). Não poderão ser cumpridos os valores e os princípios da justiça e da boa-fé (n.º2, artigo 266.º da CRP articulado com os artigos 8.º e 10.º, do CPA), nem sequer serão observados os princípios da prossecução do interesse público e da proteção dos direitos e interesses dos cidadãos e o princípio da boa administração (n.º1, do artigo 266.º da CRP em conjugação com o artigos 4.º e 5.º, do CPA) **se a transparência não for a bússola da atuação administrativa.**

Encontramos, outrossim, aflorações da **transparência** como exigência, quando é exigida à Administração Pública a colaboração com o administrado, dando-lhe as necessárias informações e esclarecimentos sobre o andamento do seu processo, sendo ainda responsável por essas mesmas informações (artigo 11.º). Ou, quando determinados processos não lhes digam respeito, existe igualmente o direito de todos os cidadãos a aceder a arquivos e registos administrativos (n.º1, artigo 17.º), ressalvados os casos de sigilo impostos por lei (n.º 2, artigo 17.º). Por conseguinte, a ideia de conduta administrativa transparente, surge no CPA, a propósito da denominada “*administração aberta*” enquanto acesso livre a documentos, registos e processos por parte do administrado.

O direito à colaboração e à informação conheceram uma substancial consolidação com a introdução dos meios telemáticos como instrumento na atuação da Administração Pública, graças à desburocratização e ao modo expedito, os quais caracterizam os meios eletrónicos.

A transparência encontra-se reforçada com uma atuação administrativa eletrónica⁷, com especial impacto no *dever de fundamentação* das decisões tomadas pela Administração Pública (atos administrativos). A fundamentação das decisões decorre

⁷ Nesta senda, vide VIEIRA, Flávia Monaco/SANTOS, Vando Batista dos, *Governo Eletrónico: a busca por um governo mais transparente e democrático*, In: http://www.escoladegestao.pr.gov.br/arquivos/File/Material_%20CONSAD/paineis_III_congresso_consad/painel_5/governo_eletronico_a_busca_por_um_governo_mais_transparente_e_democratico.pdf (acesso em 03-02-2018)

diretamente da Constituição da República Portuguesa e da lei, tendo por missão, de acordo com Vieira de Andrade “o alargamento da publicidade administrativa, sobretudo na *dimensão informativa e participativa* (...), mas ainda numa *dimensão de transparência* (...)”⁸. Trata-se, portanto, de uma relação umbilical e circular, aquela que une a transparência e o dever de fundamentação, com ganhos para a proteção dos direitos e interesses dos particulares e da própria prossecução do interesse público.

Uma decisão que se revista de transparência, por virtude da fundamentação e do uso dos meios telemáticos, ao dispor do conhecimento de toda a comunidade de administrados, vem concretizar a missão de “Boa Administração”, uma vez que a Administração Pública tem de se esforçar verdadeiramente por encontrar a melhor solução na perspetiva do “Bem-estar” da coletividade.

O escrutínio público é elevado e é mais facilitado pelos meios eletrónicos. Por exemplo, a existência de plataformas eletrónicas⁹ onde são dadas a conhecer informações sobre a abertura, o andamento e o resultado dos concursos públicos de uma dada entidade pública, permite maior sindicância sobre essa atuação pública, sendo eliminados ou, pelo menos, atenuados comportamentos marcados pela opacidade e parcialidade.

Sufragamos, em pleno, a posição preconizada por António Francisco de Sousa, segundo o qual “ao impedir ou dificultar substancialmente atuações parciais, a transparência previne situações de violação do princípio da imparcialidade. A falta de transparência equivale a um manto que oculta a atuação administrativa e que levanta suspeita de falta imparcialidade. Se não há transparência, não há “aparência de imparcialidade”, mas suspeita de parcialidade”¹⁰.

Os meios telemáticos consubstanciam uma ferramenta ao serviço da “imparcialidade” e da “boa administração” representando, da perspetiva do administrado, um mecanismo de salvaguarda dos seus direitos e interesses legalmente protegidos.

A “Administração Pública Eletrónica”, na medida em que contribui para uma maior transparência é, por isso, mais garantística: “visa assegurar que a atuação da

⁸ Neste sentido, VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *O dever de fundamentação expressa de actos administrativos*, Coimbra, Almedina, 1992, p.79.

⁹ Com especial enfoque no ajuste direto, referindo que neste tipo de procedimento pré-contratual, existem outras formas de atuação que não através do recurso às plataformas eletrónicas, o que resulta em situações nocivas para o interesse público, como a fuga de informação, a perda ou alterabilidade de dados das propostas, a violação de proteção de dados e de sigilo das propostas concorrentes (p.5). Vide DURÃO, José Marques, *O Ajuste Direto e as Plataformas Eletrónicas*, In: http://www.verbojuridico.net/doutrina/2012/josecarlosduraao_ajustediretoplataformaseletronicas.pdf (acesso em 03-02-2018)

¹⁰ Neste sentido, vide Sousa, António Francisco de, *Direito Administrativo Procedimental*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1999, p.70 APUD FERNANDES, Débora Melo, O Princípio da Transparência Administrativa: mito ou realidade?. In: <https://www.oa.pt/upl/%7Bc1851f98-4d7f-466d-a433-bcf709436a1e%7D.pdf> (acesso em 20-02-2018)

Administração não ocorre em termos imprevisíveis para os particulares e que estes a possam controlar, acionando os meios de tutela administrativa e contenciosa que se afigurem necessários à defesa das suas posições jurídicas subjetivas, e democrático (legitimação e participação)”¹¹.

Consideramos, em suma, que o imperativo da imparcialidade e a objetividade da atuação administrativa são dois eixos que são alcançados por virtude da transparência, a qual equivale a “perceptibilidade” e “visibilidade”. Estes valores e princípios combinados, entre si, contribuem para uma sociedade mais salutar, com maior confiança do administrado na “sua” Administração. Somente uma Administração Pública transparente e, necessariamente, imparcial é suscetível de granjear a confiança e o respeito pelo cidadão para o qual existe. Ora, é indubitável, o contributo do advento da “Administração Eletrónica” para este efeito.

5. Perigos para os direitos fundamentais dos administrados: em especial, a violação da proteção dos dados pessoais.

O direito de acesso à “Administração Eletrónica” assume-se como um direito fundamental de natureza análoga merecendo, enquanto tal, uma especial tutela judicial, designadamente o recurso à intimação judicial para proteção de direitos, liberdades e garantias (artigo 109.º ss. do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, doravante CPTA). Existe uma miríade de “remédios” com vista à concretização das pretensões dos administrados na sua relação com a Administração Pública, os quais são adaptáveis em função da “nova” e cada vez mais “mutável” realidade social e administrativa.

Nesta senda segue Rita Calçada Pires, para quem “com a demonstração que a realidade social da relação entre particulares e Administração assenta em parâmetros dinâmicos e exigentes para os quais o contencioso de anulação não está preparado, (...) *outros teriam de ser os meios de garantia dos cidadãos*”¹². Por exemplo, caso o administrado apresente um requerimento particular na plataforma eletrónica – “balcão único eletrónico” – e a Administração Pública não se pronuncie, no prazo legalmente estipulado (n.º1, artigo 128.º do CPA – 90 dias, excecionalmente prorrogável), perante a omissão ou recusa da Administração em facultar estes elementos, o administrado poderá intentar uma ação de condenação à prática de ato devido (artigo 66.º do CPTA e ss.), acompanhado de uma sanção pecuniária compulsória.

Sem descurar as evidentes vantagens proporcionadas pela “Administração Eletrónica”, supramencionadas, há que reconhecer as vicissitudes do mundo digital que colocam em sério risco os direitos fundamentais dos cidadãos no âmbito dos sistemas

¹¹ Assim, cfr. FERNANDES, Débora Melo, O Princípio da Transparência Administrativa: mito ou realidade?. In: <https://www.oa.pt/upl/%7Bc1851f98-4d7f-466d-a433-bcf709436a1e%7D.pdf> (acesso em 20-02-2018), p.438.

¹² (itálico nosso) Neste sentido, Pires, Rita Calçada, *O pedido de condenação à prática de acto administrativo legalmente devido: desafiar a modernização administrativa?*, Coimbra, Almedina, 2004, p.29.

tributário, judicial ou do Serviço Nacional de Saúde: segurança jurídica, privacidade, confidencialidade dos dados pessoais do administrado (dados fiscais; informações sob segredo de justiça; registos clínicos), o “direito ao esquecimento” na internet, entre outros. A própria União Europeia, no seu artigo 11.º Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) afirma a defesa de um diálogo aberto e a transparência entre as instituições e os cidadãos, mas não é alheia às vulnerabilidades do mundo digital para a sociedade globalizada, consubstanciando o “regulamento geral da proteção de dados pessoais”¹³, prova cabal dessa preocupação.

a) O Encarregado de Dados

O encarregado de dados não constitui uma novidade: desde a directiva 95/46/CE que está configurada a figura do “encarregado de dados”, tendo sido adotada pela Alemanha. Portugal optou por não a acolher, aquando da transposição da referida directiva para a Lei n.º 67/98, de 26/10.

O Regulamento (UE) 2016/679, no artigo 37.º, n.º1, al. a), refere expressamente que a designação do encarregado de proteção de dados é obrigatória nas entidades públicas (em *lato sensu*, ao Estado, nas suas diversas vertentes da organização administrativa portuguesa: administração pública central ou direta, indireta e autónoma).

O encarregado de dados tem como função primordial aconselhar e informar não apenas o responsável pelo tratamento de dados e o seu eventual subcontratante, como igualmente, *in casu*, os administrados relativamente aos seus direitos, enquanto titulares do direito à proteção dos seus dados pessoais.

Estes direitos são, entre outros, os seus dados biométricos, dados genéticos, dados relativos ao estado de saúde e quaisquer outras informações que identifiquem ou permitam identificar a pessoa singular em causa (artigo 4.º, ponto 1).

Acresce que o encarregado de dados terá de impor aos seus serviços e funcionários, a adequada obtenção do consentimento do titular, em termos legalmente conformes com os exigidos no Regulamento.

A manifestação de vontade do titular de dados, no sentido favorável a que os seus dados pessoais sejam objeto de tratamento (v.g. recolha, registo, organização, conservação, utilização, divulgação por transmissão, entre outros) terá de ser **livre, específica, informada e explícita** (artigo 4.º, ponto 2 e ponto 11).

No âmbito das entidades públicas, o encarregado de dados terá de assegurar que a **utilidade** dada aos dados pessoais prestados pelos cidadãos se estribem à(s) **concreta(s) finalidade(s)** para que foram fornecidos, zelando pela sua conservação, integridade e salvaguarda.

¹³ Cfr. Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016.

No entanto, enfrentará uma complexa e desafiante missão. Senão vejamos.

Por um lado, existe a imposição da transparência administrativa, a consagração dos princípios da colaboração, da boa-fé, assim como, o princípio da administração aberta (artigo 17.º, articulado com o artigo 14.º, ambos do CPA), os quais exigem à Administração Pública, o acesso e consulta dos administrados a informações, certidões, documentos sobre o andamento de processos que lhes digam diretamente respeito.

Os administrados têm, igualmente, o direito a solicitar e a obter informação sobre processos, que não lhes dizem diretamente respeito, mas, que, pela natureza das matérias e dos direitos em causa, é-lhes reconhecido o acesso (v.g. *direitos difusos*, como a defesa do meio ambiente, da qualidade de vida, da conservação da linha arquitectónica, entre outros), na veste de membros de associações cívicas de proteção desses direitos e não só a título individual.

Por outro lado, o princípio e o advento da administração pública eletrónica, personificada pelo “balcão único eletrónico”, caracterizada pelo recurso a meios telemáticos na relação entre Administração Pública e os administrados, vem, exponenciar os perigos de violação dos deveres de confidencialidade e de sigilo das comunicações realizadas, bem como, dos dados pessoais transmitidos.

Acresce que existem informações, por exemplo, no âmbito da contratação pública, mas também noutros modos de atuar administrativo, que ***não se padecem*** – nem se podem padecer, por força dos valores da transparência e da legalidade – ***com a proteção dos dados pessoais***.

Na verdade, os valores da igualdade, da imparcialidade e da boa administração impõem a concretização da transparência da atuação administrativa, através da divulgação dos dados pessoais e de informações de cariz profissional dos que com ela entram em contacto (v.g. candidatos, concorrentes, parceiros). Por isso, perante determinados circunstancialismos e contextos, há que relativizar a “proteção” desses dados.

Aliás, a este propósito, importa mencionar que o próprio Regulamento refere expressamente no seu ponto 4, que “***o direito à proteção de dados não é absoluto***: deve ser considerado em relação à sua função na sociedade e ser equilibrado com outros direitos fundamentais em conformidade com o princípio da proporcionalidade”.

O encarregado de dados terá de informar os administrados de que estes podem exigir a confidencialidade de informações acerca da sua privacidade e intimidade da vida privada, bem como, o direito de exigir a sua retificação (havendo imprecisão) e o direito ao apagamento, isto é, exercer o “***direito ao esquecimento***”.

Tem ainda a obrigação de notificar, “***sem demora injustificada***”, o titular de dados e a autoridade independente de controlo (Comissão Nacional de Proteção de Dados), se tiver conhecimento da violação dos dados pessoais, no âmbito da entidade na qual se insere organicamente.

Resta-nos, por último, referir que o Estado aparece, muitas vezes, como violador dos direitos constitucionais de primeiro grau dos cidadãos, como o direito à reserva da vida privada, à confidencialidade das comunicações e ao tratamento de dados pessoais para os devidos efeitos legais.

O Estado atua como *prevaricador*, seja **ativo** (intromete-se direta, ilícita e abusivamente na vida íntima dos cidadãos, por exemplo, através de escutas ilegais ou acesso à correspondência eletrónica ou facultação de dados pessoais, sigilosos sem obter o devido consentimento do interessado), seja **passivo** (por ser inábil em proteger e ao permitir, desse modo, o acesso ilícito por parte de “terceiros” que não se encontram legitimamente titulados).

Ora, o advento da **Administração Pública Eletrónica** vem exacerbar todos estes riscos e o Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais vem alterar indubitavelmente o paradigma como se encara e trata o direito fundamental do cidadão à sua privacidade referindo, nos pontos (1), (2) e (4):

“ a proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento de dados pessoais é um direito fundamental”, independentemente da sua nacionalidade ou do local da sua residência, devendo “o tratamento dos dados pessoais ser **concebido para servir as pessoas**”, competindo, desde logo, ao próprio Estado assegurar que assim seja, nos serviços públicos colocados ao dispor dos interesses dos administrados.

Referências

Associação para a promoção e desenvolvimento da Sociedade da Informação. *Ponto de situação da Administração Pública Eletrónica. O poder do cidadão*, Lisboa, 2010. In: <http://www.AdministracaoPublica.pt/index.php?mact=News,cntnto1,detail,o&cntnto1articleid=443&cntnto1returnid=122> (acesso em 06-02-2018)

BYNUM, T.W.; ROGERSON, S., “Ethics in the Information Age”, in T.W. Bynum; S. Rogerson, *Computer Ethics and Professional Responsibility*, Oxford, Blackwell Publishing, 2004a, pp.1-13.

_____ “Global Information Ethics”, in T.W. Bynum; S. Rogerson, *Computer Ethics and Professional Responsibility*, Oxford, Blackwell Publishing, 2004b, pp.316-318.

CAETANO, Marcello, *Tendências do Direito Administrativo Europeu*, “Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo”, vol. 62, n.º2, 1967. In: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v62i2p7-36> (acesso em 03-02-2018)

COLEMAN, S., “E-democracy – what’s the big idea?”. Manchester, British Council Governance Team, 2005a.

_____ “Just how risky is online voting?”, *Information Polity*, 10, 2005b, pp. 95-104.

_____ “The Lonely Citizen: Indirect Representation in an Age of Networks”, *Political*

Communication, 22 (2), 2005c, pp.197-214.

COLEMAN, S.; **SPILLER, J.**, “Exploring New Media Effects on Representative Democracy”, *The Journal of Legislative Studies*, 9 (3), 2003, pp.1-16.

COLLIER, M., “Estonia breaks into globalisation top 10”, *The Baltic Times*, 23 October, 2007.

DURÃO, José Marques, *O Ajuste Direto e as Plataformas Eletrónicas*, In: http://www.verbojuridico.net/doutrina/2012/josecarlosdura_o_ajustediretoplat_aformaseletronicas.pdf (acesso em 03-02-2018)

ERNSDORFF, M.; **Berbec, A.**, “Estonia: The short road to e-government and edemocracy”, in P. Nixon; V. Koutrakou (eds), *E-government in Europe*, Abingdon, Routledge, 2007, pp.171-183.

FERNANDES, Débora Melo, O Princípio da Transparência Administrativa: mito ou realidade?. In: <https://www.oa.pt/upl/%7Bc1851f98-4d7f-466d-a433-bcf709436a1e%7D.pdf> (acesso em 20-02-2018)

FLEURY, Newton Meyer/**JÓIA**, Luiz António, *A Tecnologia da Informação como propiciadora de processos de governo electrónico: o caso Detran-RJ*, “Revista Eletrônica de Administração”, edição 31, vol. 9, n.º 1, jan-fev 2003. In <http://seer.ufrgs.br/read/article/view/42707> (acesso em 05-02-2018)

GIBSON, R.; **Lusoli, W.;** **ROMMELE, A.;** **WARD, S.**, “Representative democracy and the Internet”, in R. Gibson; A. Römmele; S. Ward, *Electronic Democracy*, Abingdon, Routledge, 2004, pp.1-16.

GOMES, Carla Amado/**SERRÃO**, Tiago (coord.), *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, 2.ª reimp., Lisboa, AAFDL, 2015.

GREWAL, David Singh/**PURDY**, Jedediah S., *The Original Theory of Constitutionalism*. “The Yale Law Journal”, vol. 127, n.º1, 2018. In: https://pAdministração Públicaers.ssrn.com/sol3/pAdministração Públicaers.cfm?abstract_id=3084763 (acesso em 25-02-2018)

GUIMARÃES, Tomás de Aquino/**MEDEIROS**, Paulo Henrique Ramos, *A relação entre governo eletrônico e governança eletrônica no governo federal brasileiro*, “Cadernos EBADMINISTRAÇÃO PÚBLICAE.BR”, vol.3, n.º 4, Rio de Janeiro/ Dez. 2005. In: <http://dx.doi.org/10.1590/S1679-39512005000400004> (acesso em 27-02-2018)

JARDIM, José Maria, *A construção do e-gov no Brasil: confirmações político-informacionais*. In: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30772-32926-1-PB.pdf> (acesso em 28-02-2018)

MACHADO, Cristina Navarro, *A decisão administrativa electrónica. Emergência da regulação do procedimento administrativo electrónico (tese de mestrado)*,

- Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2013. In: <http://hdl.handle.net/10451/11953> (acesso em 06-02-2018)
- MADISE, Ü.**, *Internet Voting in Estonia Free and Fair Elections*, Tallinn, Estonian National Electoral Committee, 2007.
- MARGOLIS, M.** “E-government and democratic politics”, in P. Nixon; V. Koutrakou, *E-government in Europe*, Abingdon, Routledge, 2007, pp.1-18.
- MAURÍCIO**, Filomena Silvano, *Simplificação e e-Administração no âmbito do Novo Código do Procedimento Administrativo. Reflexão sobre as comunicações prévias no RJUE*, (dissertação de mestrado) Coimbra 2014/2015. In: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/31351/1/Simplificacao%20e%20administracao%20no%20ambito%20do%20novo%20codigo.pdf.pdf> (acesso em 06-02-2018-)
- NEUMMAN, P.**, “Computer Security and Human Values”, in T.W. Bynum; S. Rogerson, *Computer Ethics and Professional Responsibility*, Oxford, Blackwell Publishing, 2004, pp. 208-226.
- NIXON, P.** “Ctrl, Alt, Delete: Rebooting the European Union via e-government”, in P. Nixon; V. Koutrakou, *E-government in Europe*, Abingdon, Routledge, 2007, pp. 19-32.
- PEREIRA**, Duarte Amorim, *Princípios gerais da contratação pública electrónica*, “Revista Electrónica de Direito”, n.º 2, out. 2013. In: <https://www.cije.up.pt/revista-red-ultimas-edicoes-search?keys=Princ%C3%ADpios+gerais+da+contrata%C3%A7%C3%A3o+p%C3%BAblica+electr%C3%B3nica> (acesso em 20-02-2018)
- PIRES**, Rita Calçada, *O pedido de condenação à prática de acto administrativo legalmente devido: desafiar a modernização administrativa?*, Coimbra, Almedina, 2004.
- PRADO**, Otávio, *Governo Eletrónico, Reforma do Estado e Transparência: o programa de Governo Eletrónico do Brasil*, In: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2501/72050100746.pdf?sequence=2&isAllowed=y> (acesso em 27-02-2018)
- PROENÇA**, Maria Lambelho, *Desmaterialização na Administração Pública*, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 2012. In: <https://www.repository.utl.pt/bitstream/10400.5/4673/3/Trabalho%20de%20projecto.pdf> (acesso em 06-02-2018)
- Research Network on EU Administrative Law**, *ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure*, 2014. In: http://www.renewal.eu/images/Home/ReNEUAL-Model_Rules-Compilation_BooksI_VI_2014-09-03.pdf (acesso em 05-02-2018)
- TÁCITO**, Caio, *Direito Administrativo Participativo*, “Revista de Direito

Administrativo”, Rio de Janeiro, vol. 209, jul. 1997, p.1-6.
In: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v209.1997.47038> (acesso em 03-02-2018)

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *O dever de fundamentação expresa de actos administrativos*, Coimbra, Almedina, 1992.

VIEIRA, Flávia Monaco/**SANTOS**, Vando Batista dos, *Governo Eletrónico: a busca por um governo mais transparente e democrático*, In: http://www.escoladegestao.pr.gov.br/arquivos/File/Material_%20CONSAD/paineis_III_congresso_consad/painel_5/governo_eletronico_a_busca_por_um_governo_mais_transparente_e_democratico.pdf (acesso em 03-02-2018)

OSCE, Republic of Estonia Parliamentary Elections 4 March 2007, Warsaw, OSCE /Office for Democratic Institutions and Human Rights.

PRUITT, S., “Poor infrastructure hinders E-government in new EU”, *Network World Fusion*, 1 October 2004.

RAAB, C.; BELLAMY, C., “Electronic democracy and the “mixed polity”, in R. Gibson, A. Römmele; S. Ward, *Electronic Democracy*, Abingdon, Routledge, pp.17-42.

United Nations World Public Sector Report, *E-Government at the Crossroads*, New York, United Nations, 2003.

XENAKIS, A.; MACINTOSH, A. “A methodology for the redesign of the electoral process to an e-electoral process”, *International Journal Electronic Governance*, 1, (1), 2007, pp. 4-16.

Legislação

_ Código de Processo nos Tribunais Administrativos

_ Código do Procedimento Administrativo

_ Constituição da República Portuguesa

_ Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados, e que revoga a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho

_ Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados)

_ Resolução do Conselho de Ministros n.º 12/2012, de 7 de fevereiro

_ Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

Jurisprudência

_Acórdão do Tribunal de Contas - Ac. TC n.º 9/Abril 2010/1.ªS/PL In:
<https://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2010/1spl/aco09-2010-1spl.pdf>
(acesso em 28-02-2018)

FREEDOM OF MOVEMENT AND PROVISION OF SERVICES FOR EU NATIONAL ATHLETES

Ignacio López ¹

Carmen José López²

1. A fundamental freedom

The creation of a common area without borders and in which the citizens of the different European countries could move freely between them was an idea that was present from the very beginning of the creation of the present European Union.

With the end of the Second World War still very recent, the creation of a single market in which the various European countries would increase their economic interdependence would become an objective from the outset to avoid possible future conflicts, among other things.

The signing of the Treaty establishing the European Economic Community in Rome in 1957³ was the beginning of the process of European economic integration, shaping a common market formed by the signatories to this Treaty. With the creation of this common market, it became possible for both citizens and the various economic operators in the Member States to be accorded the rights and duties included in the Community provisions and to be able to interact freely.⁴

However, for the consolidation of the single market, which was shaped by Article 119.1 of the Treaty on the Functioning of the European Union, signed in Maastricht in 1992 (TFEU), as a physical space made up of the territory of all the Member States of the European Union, and which is based on an open economy with free competition, it was not only sufficient to make a declaration of this kind, but it had to be given real effectiveness.

These freedoms give meaning to the internal market and act as harmonisers of the internal market and of the European Union itself.

In this context, the creation of a status of European citizen, as regulated in Article 20 of the TFEU, is the basis for this freedom of movement of EU citizens and thus gives this prerogative the required legal basis.

On the other hand, it is necessary to establish a European area without internal border controls where this freedom is guaranteed; this has been achieved through the Schengen area.

¹ Lawyer

² Researcher at the Centre for Cooperative Studies of the University of Santiago de Compostela

³ Rome Treaty 1957

⁴ FERNANDEZ P. A., “La libre circulación de personas: fortalezas y debilidades”, Unión Europea Aranzadi, nº 10, 2012, pp. 57-79.

2. Free movement of persons and workers

As we have already said, the free movement of persons within the European Union derives from the provisions on European citizenship which provide that every citizen of the Union has the right to move and reside freely within the territory of the Member States, subject to the limitations and conditions laid down by the TFEU.⁵

Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States complemented this fundamental freedom by bringing together in a single legal act many existing pieces of legislation and laying down the conditions for the right to free movement and residence (both temporary and permanent) of EU citizens and their family members.

In any case, this regulation has been shaped by the ECJ in relation to the scope of free mobility in an area of freedom, security and justice and through its latest resolutions it has been shaping a status of European subject, understanding the free movement of persons as a fundamental right.

3. Freedom of establishment and freedom to provide services

Both freedom of establishment and freedom to provide services, as enshrined in the Treaty on the Functioning of the European Union, guarantee the mobility of undertakings and professionals within the Union.⁶

On this basis, both self-employed persons and professionals or legal entities within the meaning of Article 54 TFEU operating in one Member State may either carry out a stable and continuous economic activity in another Member State (freedom of establishment: Article 49 TFEU); or offer and provide their services in other Member States on a temporary basis without leaving their country of origin (freedom to provide services: Article 56 TFEU).

The consolidation of these freedoms is of manifest importance since they have meant the elimination of any discrimination on grounds of nationality within the members of the European Union and therefore on the basis of this right require that these freedoms be effectively exercised and that appropriate measures be taken to facilitate the exercise of them by obliging the harmonisation of national regulations on access or their mutual recognition.⁷

It is therefore a fundamental freedom applicable to all services normally provided for remuneration, provided that they are not regulated by the provisions on the free

⁵ BLÁZQUEZ I., “La libre circulación de personas y el Tratado de Amsterdam”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 177, 1999, pp. 53-68

⁶ Treaty on the Functioning of the European Union arts. 49 to 55, freedom of establishment and 56 to 62, freedom to provide services

⁷ Del VALLE GÁLVEZ A., “La refundición de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, *RDCE*, nº 1, 1998, pp. 41-77

movement of goods, capital and persons.

As in the case of the free movement of persons, the freedom to provide services is governed by a directive to that effect which defines the framework for the application of services in the internal market.

The Services Directive (Directive 2006/123/EC of 12 December 2006 on services in the internal market), which strengthens the freedom to provide services within the Union, was adopted in 2006 and set a deadline for its implementation of 28 December 2009. This directive is fundamental to the completion of the internal market, as it has enormous potential in terms of generating benefits for consumers and SMEs. The aim is to create a single, open market for services in the Union, while ensuring the quality of services provided to consumers in the Union.

4. Sport in the EU

The cross-border nature of sport in Europe has a long history. There are many sports in which winning a title at European level gave an added value in the countries of the champions, whether in team competitions such as football or basketball, in which being European champion was and is the most coveted prize for each team, or in individual sports such as cycling, which since the beginning of the 20th century has been a clear example of the Europeanisation of sport in competitions such as the Tour de France or the Giro d'Italia.

However, in spite of this integrating and twinning aspect of sport, it was not included in the Treaties of the European Union until the recent Treaty of Lisbon.

And it was the case law of the Court of Justice of the European Communities that defined the framework of sport within the European Union, using the basic freedoms set out in the TFEU and referred to above with regard to the free movement of persons and workers.⁸

We will now briefly review the most relevant treaties and documents that have dealt with this issue of sport.

a) The Treaty of Amsterdam 1997

The Treaty of Amsterdam of 1997, which amended the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts, included the Declaration on Sport as an annex to it:

«The Conference emphasizes the social importance of sport, and in particular its role in forging an identity and bringing people together. The Conference therefore urges EU bodies to listen to sports associations when important issues

⁸ SIEKMANN, Robert and JANWILLEM, Soek, "The European Union and Sport: Legal and Policy Documents", The Hague 2005.

affecting sport are being addressed. In this respect, particular attention should be paid to the specific characteristics of amateur sport». ⁹

This was merely a declaration of intent, but it was still not reflected in the EU Treaties and therefore did not have legal force.

b) The Helsinki Report 1999

In December 1999, the Helsinki Report on Sport¹⁰ was published, which noted a change of perspective from previous declarations, recognising that the development of the increasingly important economic dimension of sport could weaken its social function.

For this reason, an approach to the structures of the sports organisation is promoted with the aim of preserving the traditional values of sport, and at the same time integrating it into a constantly changing economic and legal environment.

In line with the declaration on sport annexed to the Treaty of Amsterdam, the aim is to strengthen the social and educational function of sport by emphasising three lines of action.

1-As an instrument of education based on an ethic of fair play, equal opportunities and the reward of sporting merit.

2-As an instrument of social democracy that facilitates the integration of disadvantaged groups and the fight against racism and xenophobia.

3- As an instrument of respect for the principle of financial solidarity between professional and amateur sport.

The intention will be to promote sport at school through Community programmes, to encourage the retraining of sportspeople and to bring the training systems of sports leaders in the Member States closer together, and to step up the fight against doping.

However, the Commission was not unaware of the new direction that sport was taking in its economic aspect and therefore declares the importance of becoming aware of this situation without losing the values of the European sports model.

Faced with the increasing tension between Community law and sport, Community law must therefore take greater account of the specific nature of sport.

This is why, despite not having any reflection in the Treaties at the moment, we have become aware that sport in the European Union goes beyond the social dimension that was declared in the annex to the Treaty of Amsterdam and has an economic dimension, which was previously recognised in various judgments, as we shall see below, and therefore requires a regulatory will at European level.

⁹ Amsterdam Treaty 1997

¹⁰ Helsinki Report 1999

c) Treaty of Nice 2000

The Treaty of Nice¹¹ followed the same line as its predecessor by focusing on the social importance of sport and its characteristics, which must be taken into account when drawing up and implementing common policies in the European Union. And although no regulatory activity was carried out in relation to sport, both the authorities of the member states and the sports entities are required to comply with European competition, freedom of movement for workers and freedom to provide services.

But although the political declarations contained in both treaties have not had a normative reflection, they have had their consequences by influencing the Jurisprudence of the European Union.

d) The White Paper on Sport

On 11 July 2007, the European Commission adopted the White Paper on Sport¹², its first global initiative on sport and the culmination of the process followed following the Amsterdam and Nice declarations.

Ján Figel', European Commissioner for Education, Training, Culture and Youth said: «This White Paper is the Commission's contribution to the European debate on the importance of sport in our daily lives. It improves the visibility of sport in EU policy-making, raises awareness of the needs and specificities of the sport sector and identifies further appropriate actions at EU level».

The White Paper addressed three main issues:

- 1- The social role of sport, for example, what sport implies as a social phenomenon.
- 2- The economic dimension of sport, the contribution of sport to growth and job creation in the EU.
- 3- The organisation of sport, for example, the role of public, private, economic and sports organisations in the governance of sport.

Without going into more detail on this document, I would like to stress that for the first time the Commission is taking stock of the case law of the European Court of Justice and the Commission's decisions in the field of sport.

And as we shall see below, the aforementioned Commissioner Ján Figel was forewarning when he stated that «The implementation of the White Paper can help prepare the ground for future EU support actions in the sport sector, as the last European Council has reopened the possibility of including a provision on sport in the Treaty».

¹¹ Treaty of Nice 2000

¹² The White Paper on Sport, Brussels, 11.7.2007

e) Lisbon Treaty 2009

If, following the Helsinki report and the declaration of the Treaty of Nice, a certain degree of coherence had been achieved at Community level in the field of sport, it is with the Treaty of Lisbon that sport is finally given Community status.

On 1 December 2009, the Treaty of Lisbon came into force¹³ and for the first time the European Union assumed specific competence in the field of sport, thus obliging itself to develop Community policies aimed at sport throughout the European territory.

Article 6(e) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) stipulates that «the Union shall have competence to take action to support, coordinate or complement the action of the Member States in the field of sport».

The second paragraph of Article 165 states that «the Union shall aim to develop the European dimension of sport by promoting fairness and openness in sporting competitions and cooperation between bodies responsible for sport and by protecting the physical and moral integrity of sportsmen and sportswomen, particularly the youngest».

In this way, sport for the European Union will have its own framework for action and funding that will enable it to implement actions, projects and initiatives in specific areas such as freedom of movement.

5. The ECJ and its impact on the free movement of sportsmen and women

As we have seen, the European Union has not included specific regulations relating to sport in the article of its Treaties until the aforementioned Treaty of Lisbon, although it has declared the speciality of sport and its social value, which it has reflected in this Treaty.

This does not mean that the legal conflict that has been taking place in sport could not be dealt with by existing legislation, and the European Court of Justice (ECJ) has been consolidating a broad and significant jurisprudence, the most representative example of which may be the Bosman case, which dates back to 1974 with the Walrave case, which we will see below.

That is why the ECJ has acted as a prior agent for the regulatory bodies to raise awareness and implement development policies on the various issues it has resolved.

a) Walrave Koch and the economic perspective of sport

The first foray into sports matters at European level took place in the 1970s with the Walrave judgment (1974)¹⁴, which was the basis and origin of the relationship

¹³The Lisbon Treaty (TEU and TFEU) went into force on 1 December 2009

¹⁴ECJ of 12 December 1974, Walrave and Koch, [1974] ECR 36/74. p. 1405.

between sport and the European Union and which established important principles relating to the relationship between sport and the rules of the latter.

Broadly speaking, the case consisted of the following: Bruno Walrave was a professional cyclist who competed in a track mode that basically consisted of setting a pace by following a motorcycle. And each participant in this modality has a partner who rides the motorcycle and sets a pace that the first one has to follow.

At the beginning of the 70s the UCI determined that for the world championships of this modality both the cyclist and the pacemaker, motorcyclist, should be of the same nationality, justifying that being competitions by countries it was logical that both participants were nationals of the same state, Bruno Walrave was affected by this decision because his partner was not of the same nationality and so he appealed against this UCI regulation, arguing that the measure was discriminatory and a breach of European law.

The case ended in the District Court of Utrecht in 1973, where the ECJ was asked about the compatibility of the UCI rules with Articles 7, 48 and 59 of the EEC Treaty and Council Regulation (EEC) No 1612/68 of 15 October 1968 on freedom of movement for workers within the Community.

In order to do so, the ECJ first had to decide whether the European legislation was applicable to sport, and point 4 of the resolution states that: «Whereas, in view of the objectives of the Community, the practice of sport is governed by Community law only in so far as it constitutes an economic activity within the meaning of Article 2 of the Treaty».

The importance of this first statement on the application of European law to sport lies in the fact that the Court is assessing this relationship, not from a social perspective but from an economic perspective, thus understanding sport as a work activity or a paid service, as stated in point 5 thereof, «where the activity in question is in the nature of the provision of paid employment or services, it falls more particularly within the scope of Articles 48 to 51 or 59 to 66 of the Treaty respectively».

This is of obvious importance when the Court states that «these provisions, which give effect to the general rule in Article 7 of the Treaty, prohibit any discrimination on grounds of nationality in the pursuit of the activities to which they relate».

We are therefore faced with a new situation, in which, from an economic perspective, insofar as the sporting activity has a remunerative purpose, it may be subject to or protected by European regulations.

And it was also another important news in relation to the scope of application, and that is that in a world championship such as the world cycling championship, if it is held on European soil, the rules on non-discrimination will be fully operational.

However, the ECJ did not agree with Bruno Walrave in his interest in modifying the UCI regulations, since the Court considered that it is the responsibility of the national

organisations or federations because it is a question of an exclusively sporting nature and as such not related to economic activity, and in this case it cedes responsibility to the national courts of justice, which it will be up to them to classify, the activity submitted for their assessment and to decide in particular whether or not, in the sport in question, the coach and the rider constitute a team.

b) *Donà v. Mantero* 1976 ¹⁵

It was not long before the ECJ had to take a second decision on a sports-related issue. In the present case, the question in question concerned the rules on nationality in Italian football.

The case in question concerned the issue of participation in competitions as professionals or semi-professionals of the Italian football federation. In this sense, the rules of the Italian Football Federation established that only players of Italian nationality residing in Italy could obtain the federative licence, which was compulsory for competing, and which was a significant restriction for non-Italian professional players. This restriction was faced by the representative of players Gaetano Dona Gaetano after having placed an advertisement in the Belgian press at the request of the director of a football team. The problem was when he tried to recover the costs of that ad and the answer he got was that it had been rushed and that Italian law did not allow foreign professional footballers, so Mr Dona lodged a claim for the amount due with the Giudice Conciliatore di Rovigo.

As in *Walrave*, the Giudice Conciliatore di Rovigo, on the basis of Article 177 of the EEC Treaty, referred a number of questions to the Court for a preliminary ruling on the interpretation of Articles 7, 48 and 59 of that Treaty.

Two questions were originally raised to determine whether Articles 7, 48 and 59 of the Treaty confer on all nationals of the Member States of the Community the right to provide a service anywhere in the Community and, in particular, whether football players also have this right, where their services are of a professional nature.

A third question was raised in the event that the first two questions were answered in the affirmative, in which the Court of Justice is asked in substance whether that right may also be relied on to obtain the non-application of rules to the contrary issued by a sports federation competent to regulate football in the territory of a Member State.

Finally, a fourth question was submitted if the first three questions were to be answered in the affirmative, asking the Court of Justice to rule on whether the right in question may be directly invoked before the national courts and whether they are under an obligation to protect it;

In the light of the facts, the ECJ referred to its judgment of 12 December 1974 in *Walrave and Koch*, recalling that «the prohibition of discrimination on grounds of

¹⁵ Judgment of the ECJ of 14 July 1976 *Donà v. Mantero* 1976

nationality not only applies to the conduct of public authorities, but also extends to rules of a different kind which have as their object the collective regulation of employed persons and the provision of services».

It therefore emphasises and recalls that «Article 7 of the Treaty prohibits discrimination on grounds of nationality in the scope of the Treaty».

As regards employed persons and service providers, this rule has been applied respectively by Articles 48 to 51 and 59 to 66 of the Treaty and by the acts of the Community institutions adopted pursuant to those Articles.

The Court emphasises that as regards workers, «Article 48 provides that freedom of movement shall entail the abolition of any discrimination on grounds of nationality between workers of the Member States as regards employment, remuneration and other conditions of work».

Referring also to Article 1 of Council Regulation (EEC) No 1612/68 of 15 October 1968 on freedom of movement for workers within the Community (OJ L 257, p. 2). 77), which states that every national of a Member State, irrespective of his place of residence, shall have the «right to take up an activity as an employed person and pursue it in the territory of another Member State».

This is in relation to the free mobility of workers, since with regard to the freedom to provide services within the Community, Article 59 provides that «restrictions in this area shall be abolished for nationals of Member States established in a country of the Community other than that of the person to whom the services are provided» and by virtue of the third paragraph of Article 60, «the provider of a service may, for the purpose of providing that service, temporarily pursue his activity in the State where the service is provided, under the same conditions as those imposed by that State on its own nationals».

The Court, bearing in mind the Walrave judgment, endorses point 12 of the judgment and reiterates that «the practice of sport is subject to Community law in so far as it constitutes an economic activity within the meaning of Article 2 of the Treaty», although in this case it goes further and makes two more precise and interesting statements.

The first is by explicitly stating that professional or semi-professional football players are subject to Community law for carrying out a remunerated activity or for providing paid services, so that when football players are nationals of a Member State, they benefit, in all Member States, from Community provisions on the free movement of persons and services.

The second in the negative sense is that these rules do not preclude practices or regulations which exclude foreign players from participating in certain matches for non-economic reasons relating to the specific nature and framework of such matches, and which therefore relate solely to sport as such, such as, for example, matches between national teams from different countries.

As we can see, the ECJ continues to define and create a framework for the application of Community law to sport and for the free mobility of sportsmen and women in terms of paid workers.

However, as in the Walrave judgment, the ECJ finds that it is for the national courts to classify, in the light of the foregoing considerations, the activity subject to their assessment.

c) The Bosman case

But if there is one ruling that has marked a turning point in European professional sport, it is the famous Bosman ruling.¹⁶

Despite the judgments in the Walrave and Dona cases in which the ECJ clearly positioned itself in a position of non-discrimination on grounds of nationality against professional sportsmen and women and defending their rights to freedom to provide services and labour mobility as members of the EU, the EU remained reluctant to enforce the provisions of these judgments.

The continued use of nationality restrictions on professional sportsmen and women in the different Member States was constant, not in compliance with the ECJ's provisions and therefore with the European regulations in force.

With the Walrave and Dona judgments still very recent, in 1978 Commissioner Davignon and UEFA reached an agreement to abolish discrimination on grounds of nationality, but what happened was that UEFA, despite its commitment to compliance, maintained the restrictions and the agreement was not implemented. In 1984 the Commission again requested UEFA to make the necessary change to change the discriminatory rules in football, to which UEFA responded on 1 July 1985 by agreeing to a modification of the rule and allowing a maximum of two non-nationals to be deployed per party and a re-examination of the problem in 1989.

Against this backdrop, in which the failure to comply with European legislation was evident and in which the EU itself did not make great efforts to enforce compliance by the various sports bodies, the Bosman ruling drastically and definitively changed the European sports framework, since the previous situation, as we have said, had already changed, although the right to free movement of sportsmen and sportswomen was recognised, a body such as UEFA and through its member national federations still maintained restrictions on mobility between foreign players and teams and demanded compensation for transfers to foreign clubs for older players and teams.

Jean-Marc Bosman, a Belgian professional football player who played for the club S.A. Royal Club Liégeois at the end of the 89-90 season, found himself in the situation that he could not leave his club to go to another foreigner until the corresponding transfer document had been issued. The club proposed the renewal but for an amount four times less than his salary to date, by not accepting these conditions, Bosman was included in

¹⁶Judgment ECJ Bosman, 15 December 1995

the list of players to be transferred and was set an amount of around 12 million Belgian francs.

He got an offer from Dunkirk, French team, to settle. At the last minute his home club did not apply for the international transfer certificate and suspended the player so that he could not play in the following season. Faced with this situation, Jean-Marc Bosman initiated legal proceedings before the Court of First Instance of Liège,

By order of 1 October 1993, received at the Court on 6 October 1993, the Cour d'appel de Liège referred to the Court for a preliminary ruling under Article 177 of the EEC Treaty two questions on the interpretation of Articles 48, 85 and 86 of that Treaty.

Two important issues relating to the free movement of workers and Article 48 were dealt with in this judgment, one in relation to the rules on transfers of players and the other in relation to nationality clauses, which, as we have said, were the norm for football teams that limited the presence of foreign players in their teams and line-ups.

i) With regard to transfer rules

Although we will leave aside the analysis made in this judgment of the federative organisation and the different sports links, since the purpose of this text is to analyse the issue of the free movement of people, I do believe that we should briefly focus on the so-called transfer and training rights, since they are the origin of this discrimination on the basis of nationality.

The transfer procedure is the change of linkage from one club to another and this linkage between club and player is manifested in the card. Therefore, under the terms of this card and the rules applicable in the case of Jean-Marc Bosman, in the event of the termination of a player's contract, the clubs would have until 2 April to offer a new contract. If this contract is rejected by the player, he will be transferred to a list of forced transfers, so he could be signed by another team without his own authorization but must pay the first team a fee called training expenses.

The provisions applicable at the time of the facts to transfers between clubs in different Member States or between clubs belonging to different national associations within the same Member State were contained in a document entitled «Principles of cooperation between UEFA member associations and their clubs», approved by the UEFA Executive Committee on 24 May 1990 and in force since 1 July 1990.

The most important part of this communication, however, is undoubtedly the argument put forward by the ECJ on the interpretation of Article 48 of the Treaty in relation to the rules on transfers and whether it is opposed to the application of rules adopted by sports associations, that a professional football player who is a national of a Member State may, at the end of the contract binding him to a club, be employed by a club of another Member State only if the latter has paid compensation to the club of origin for transfer, training or promotion.

The first question is therefore obvious in the eyes of the Court, when deciding whether decisions taken by sports associations are covered by Article 48.

We have already seen that the practice of sport is governed by Community law only to the extent that it constitutes an economic activity within the meaning of Article 2 of the Treaty and after the judgment of 14 July 1976 in *Dona*, which states that this is the case for professional or semi-professional football players, since they are employed or provide paid services and the applicability of the European rules in the eyes of the court is unquestionable. Moreover, he adds that for the application of Community provisions on the free movement of workers, the employer need not have the status of an undertaking, since the only element required is the existence of an employment relationship or the will to establish such a relationship.

Another issue of some importance which the Court resolves in a concise and clear manner is that the contested rule on transfers, rather than being a rule between employer and employee, was a requirement between clubs, but nevertheless, as it had a direct impact on the players' chances of finding a job, as well as on the conditions under which such a job was offered, the application of Article 48 would not be excluded.

Therefore, the ECJ makes clear the absolute applicability of article 48 to regulations adopted by sports associations when these determine the conditions for exercising an activity as an employee of professional sportsmen and women, following the criteria set out in the *Walrave* and *Dona* judgments. Emphasising in particular that the removal, between Member States, of obstacles to the free movement of persons would be at risk if the removal of barriers of State origin could be counteracted by obstacles arising from acts performed in the exercise of their legal autonomy by associations and bodies which are not subject to public law.

Following the Court's analysis of the applicability of Article 48 of the Treaty, it is necessary to examine whether the rules on the transfer of players contained in the sports rules constitute an obstacle to the free movement of workers.

The Court makes it clear that any provision which prevents or discourages a national of a Member State from leaving his or her country of origin to exercise his or her right to free movement constitutes an obstacle to that freedom.

It therefore concludes that, in so far as they provide that a professional football player may not pursue his activity within a new club established in another Member State if that club has not paid to the former club the transfer compensation the amount of which has been agreed between the two clubs or determined in accordance with the rules of the sports associations, those rules constitute an obstacle to the free movement of workers.

ii) On nationality clauses

But a second important question remained unanswered, and this was about Article 48 and its relation to nationality clauses and whether it is an obstacle to the free movement of workers.

Article 48(2) expressly states that «free movement of workers shall entail the abolition of any discrimination on grounds of nationality between workers of the Member States as regards employment, remuneration and working conditions».

In that regard, the fact that those clauses do not affect the employment of those players, which is not limited but rather the possibility for their clubs to field them in an official match, is irrelevant in so far as participation in such matches is the essential object of the activity of a professional player, it is clear that a rule limiting it also restricts the employment possibilities of the player concerned.

The nationality clauses cannot therefore be regarded as complying with Article 48 of the Treaty, or else they will deprive that provision of its effectiveness and will deprive the Community worker of the fundamental right of free access to employment which that provision confers on him/her individually, since those clauses directly affect the access of players to the labour market in the other Member States and may thus impede the free movement of workers.

iii) After Bosman

It is clear that the Bosman case has marked a turning point in the treatment of the freedom of movement of professional sportsmen and women in the European Union under Article 48 of the Treaty, and this has forced a drastic change in the rules of European federations, first in relation to the transfer of players between teams from member states, and second in relation to the composition of professional teams by removing the restriction on non-national players.

However, following this important ruling, which confirmed the application of a fundamental freedom of European citizens, there were others that have been clarifying, correcting or adapting it to this day.¹⁷

We were already quoting the Helsinki Declaration of 1999, which echoed the change that sport had undergone, becoming an activity with a clearly economic aspect and which risked losing the social aspect that the Community had granted it in its declaration on the Treaty of Amsterdam.

d) Olympique Lyonnais v Olivier Bernard, derogation from freedom of movement.

This economic aspect leaves a clear mark in the Bernard judgment of 2010¹⁸, which established certain modifications to the Bosman judgment in relation to compensation for player transfers, which, while treating the issue as an exception or justification to a restriction on the free movement of players, has rather recognized a new economic activity that would be the training of sportsmen.

¹⁷ The Legacy of Bosman: Revisiting the Relationship Between EU Law and Sport (ASSER International Sports Law Series)

¹⁸ Judgment TJUE of 16 March 2010 *Olympique Lyonnais SASP and Olivier Bernard*, Newcastle UFC

This ruling is of particular interest as it is the first ruling covering a sports-related case adopted after the entry into force of the Lisbon Treaty.

Interestingly enough, the dispute in this case is not caused by the FIFA rules on transfers, but by the national collective agreement statute in force in France, which referred to the category of «promising» players, namely players aged between 16 and 22 years old who are employed as players in training by a professional club under a fixed-term contract.

The Cour de cassation therefore decided to stay the proceedings and to refer the matter to the Court for a preliminary ruling in the context of the interpretation of Article 39 EC in the context of a dispute between Olympique Lyonnais SASP and Mr Bernard, a professional football player, and Newcastle UFC, an English club, in respect of the payment by the latter of compensation for the unilateral infringement by Mr Bernard of their commitments under Article 23 of the Charter of Professional Football for the 1997-1998 season of the Fédération française de football.

The questions referred for a preliminary ruling by the Cour de cassation were as follows:

- "1-Does the principle of freedom of movement for workers laid down in Article[39CE] preclude a provision of national law under which a player who, at the end of his training period, signs a contract as a professional player with a club in another Member State of the European Union is liable to be ordered to pay damages?
- 2-If so, is the need to encourage the recruitment and training of young professional players a legitimate objective or an overriding reason in the public interest which may justify such a restriction?»

The Court obviously found that a rule requiring a fee for training, in line with the reasoning followed in the Bosman case, constitutes a restriction of the free movement of workers guaranteed within the Union under Article 45 TFEU.

In the Court's words, «a measure which impedes the free movement of workers can only be justified if it pursues a legitimate objective compatible with the Treaty and is justified by overriding reasons relating to the public interest».

And it is here that we can clearly see the specificity of sport in the European Union, which we shall now discuss, when an exception to the general rule of the free movement of workers arises and an exception is made for professional sport because of its specific circumstances.

In this case, the Court confirms that it must be recognised that 'the prospect of receiving compensation for training is indeed ideal for encouraging football clubs to seek out talented players and to carry out the training of young players'.

It is therefore clear from that decision that, although a payment in compensation for training in the event of a young player concluding a contract as a professional player with a club other than the one which trained him or her at the end of his or her training

is contrary to the freedom of movement for workers, there is an exception in this case which would imply the non-application of Article 45 TFEU, since it may be justified by the objective of encouraging the recruitment and training of young players.

However, the ECJ adds that «such a system must be effectively capable of achieving this objective and proportionate to it, with due regard to the costs incurred by the clubs in training both future professional players and those who will never become professional».

That is why, in my opinion, not only is an exception to the free movement of workers and professional sportsmen and women being allowed, but also a new economic activity consisting of the training of players is being enabled, with the protectionist measure granted by the Court of Justice by allowing payment as compensation for training.

6. The specificity of sport

As we have already said, the specificity of sport is an issue that has given rise to an intense debate and there has been a lengthy debate on whether sport is special in itself, that is to say, whether it deserves specific regulatory treatment in the European Union or simply has special characteristics although the common rules apply to it.

In relation to what we have seen, it is interesting to analyse how sportsmen and women have been treated as workers in an economic activity and all this within the speciality of sport within the European Union, defined above all by the resolutions of the European Court of Justice.

According to the White Paper, the specificity of sport can be addressed through two prisms:

1- Depending on the specificity of sporting activities and rules.

2- Based on the specificity of the sports structure, including the autonomy and diversity of sports organisations, the organisation of sport at national level and the principle of a single federation per sport.

As we have already seen, the specificity of sport in the European Union has been and still is of great importance in the case law of the European Court of Justice in the application of the freedoms of movement and services within the internal market.¹⁹

As regards the principle of free movement of workers, the ECJ in its Walrave, Donà and Bosman judgments recognised an exception to the principle of free movement of sportsmen and women for reasons other than economic reasons.

¹⁹ PALOMAR OLMEDA, A. (coord.): El modelo europeo del deporte, Bosch, Barcelona, 2002

Since the ECJ's first foray into sport in the Walrave case in the mid-1970s, it has recognised that rules restricting the nationality of players in national teams must be regarded as purely sporting rules and therefore did not fall under Articles 39 and 49 EC.

And subsequently in the Bosman ruling, the ECJ held that «taking into account the objectives of the Community, sport is subject to Community law insofar as it constitutes an economic activity within the meaning of Article 2 of the Treaty, as in the case of the activities of professional or semi-professional footballers, where they are in paid employment or providing a paid service».

Continuing with the topic dealt with in the Bosman case, we can see that the player transfer system is a clear example of the specificity of sport, since there is no comparable phenomenon in other economic areas, with player transfers between clubs playing an important role in the functioning of team sports, especially in professional sports.

But obviously the transfer rules must comply with EU law and in the Bosman judgment, the Court of Justice unequivocally stated that «nationals of a Member State have, in particular, a right, deriving directly from the Treaty, to leave their country of origin, to enter the territory of another Member State and to reside there in order to pursue an economic activity».

Therefore restrictive transfer rules would constitute a breach of EU law as professional football is an economic activity and therefore subject to EU law.

But then the ECJ delivers the judgment of the Court in the Bernard case and as we saw in the Court's opinion, Article 45 TFEU does not exclude regulations which, in order to achieve the objective of encouraging the recruitment and training of young players, guarantee compensation for a club which provided the training if, at the end of this period, a young player signs a professional contract with a club in another Member State.

In the Bernard judgment, the Court confirmed an important point raised in the Bosman judgment, namely that the recruitment and training of young players should be considered a legitimate objective of general interest.

At the federal level, the ECJ has also had an impact by taking into account the autonomy of a federation to organise its competitions, mainly through two cases that are particularly relevant.

In its Delière judgment²⁰, the Court stressed that the selection criteria used in Judo based on a limit on the number of national participants in an international competition would not constitute a restriction on the freedom to provide services, as such a limitation may ensure certain important characteristics of sporting competitions.

²⁰Judgment of the Court of 11 April 2000 Deliege

The Court also considered in its Lehtonen judgment²¹ that setting deadlines for player transfers can meet the objective of ensuring fairness in sporting competitions. And while the Lehtonen case involved certain restrictions on the free movement of workers, this can, according to the Court, be justified in order to guarantee certain important characteristics of sporting competitions.

The limited and proportionate restrictions on the principle of free movement, therefore, in line with the provisions of the Treaty and the judgments of the ECJ, and based on the special subject matter of sport within the EU, can be accepted as regards the right to select national athletes for national team competitions (Walrave), the acceptability of training compensation schemes for young players (Bernard), the need to limit the number of participants in a competition (Deliège) or the establishment of deadlines for transfers of players in team sports (Lehtonen).

7. Can an athlete move and work freely within the EU?

A question that in theory would have a simple answer because we are talking about a fundamental freedom that assists us as citizens of a member country of the European Union, is more complex than expected precisely because of the special nature of the sector we are talking about.

Sport, as we have seen succinctly, has been treated by the European institutions as an activity with a very important social component. The cohesive power of sport is beyond doubt and the social benefit is remarkable for all it brings, not only at local levels but also across borders and across Europe.²²

The point is that sport, beyond that social aspect as stated in the Amsterdam and Nice declarations, has an economic aspect that is constantly growing and very much intertwined with its social aspect, hence the specificity of sport that we dealt with in the previous section.

And to this we must add the peculiar structure of sport, with its national federations as the highest bodies that govern sport in their country, members of other international associations, sports clubs, which may or may not be companies, professional sportsmen and women and amateurs.

And to this we must also add national and local feelings, rivalries, etc.

Therefore, without specific regulations, the first thing to do is to know to which cases the existing regulations apply in a Europe in which sport is becoming more and more a business that transcends borders and in which teams are no longer defended solely by the athletes of their city, region or country.

²¹Judgment of the Court of Justice of 13 April 2000 in Case C 176/96 Lehtonen and Castors Braine

²² ÁLVAREZ RUBIO, J. J.: «Libre circulación de deportistas (especialmente los no profesionales) en el seno de la Unión Europea» *Anuario Europeo de Derecho Internacional Privado*, vol. 4-2004, pp. 191-213

This is why when a part of sport involves cross-border commercial activity throughout Europe, the free movement of sportspeople within the EU becomes a real necessity²³, because it is no longer just the defence of the colours of a team, it is the work activity of the sportsperson and that activity moves with economic flows just like any other activity.

We have already seen more than once countries that nationalize foreign athletes to give luster to their national teams, so it is not surprising that the same thing happens in non-national sports teams.

As has been said, the Bosman case was the turning point for the athletes' freedom of movement to be a fact, since not only were restrictions placed on transfers with transfer clauses, but the teams had the number of EU foreigners they could have in their ranks.

And let us bear in mind that we are talking about a resolution that is as obvious as it is vitally important for the implementation of a fundamental freedom that the rest of the European citizens had in the event of wanting to move and provide their services. And it was not without time, as we must remember that it was in the Walrave and Dona judgments of 1974 and 1975 that it was stated that European law would apply to sport when it exercised an economic activity within the meaning of Article 2 of the Treaty.

And although, as we saw in the Bernard judgment, the issue of transfer clauses for the training of players has been modulated, recognition of the free movement of professional sportsmen and women is a consolidated fact, which is necessary as a fundamental and integrating freedom of the European internal market, since sport, as we have seen, it is not only an important economic sector, but also, as a social, integrating and educational value, provides values that seem fundamental to the consolidation of the principles that inspired the creation of the European Union.

Bibliography

Rome Treaty 1957

FERNANDEZ P. A., "La libre circulación de personas: fortalezas y debilidades", *Unión Europea Aranzadi*, nº 10, 2012, pp. 57-79.

BLÁZQUEZ I., "La libre circulación de personas y el Tratado de Amsterdam", *Noticias de la Unión Europea*, nº 177, 1999, pp. 53-68

Treaty on the Functioning of the European Union arts. 49 to 55, freedom of establishment and 56 to 62, freedom to provide services

²³ Commission Staff Working Document "Sport and free movement", Accompanying document to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions "Developing the European Dimension in Sport", Brussels, 18.1.2011, SEC (2011) 66/2, p. 6.

Del VALLE GÁLVEZ A., “La refundición de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, *RDCE*, nº 1, 1998, pp. 41-77

SIEKMANN, Robert and JANWILLEM, Soek, “The European Union and Sport: Legal and Policy Documents”, The Hague 2005.

Amsterdam Treaty 1997

Helsinki Report 1999

Treaty of Nice 2000

The White Paper on Sport, Brussels, 11.7.2007

The Lisbon Treaty (TEU and TFEU) went into force on 1 December 2009

ECJ of 12 December 1974, Walrave and Koch, [1974] ECR 36/74. p. 1405.

Judgment of the ECJ of 14 July 1976 Donà v. Mantero 1976

Judgment ECJ Bosman, 15 December 1995

The Legacy of Bosman: Revisiting the Relationship Between EU Law and Sport (ASSER International Sports Law Series)

Judgment TJUE of 16 March 2010 Olympique Lyonnais SASP and Olivier Bernard, Newcastle UFC

PALOMAR OLMEDA, A. (coord.): El modelo europeo del deporte, Bosch, Barcelona, 2002

Judgment of the Court of 11 April 2000 Deliege

Judgment of the Court of Justice of 13 April 2000 in Case C 176/96 Lehtonen and Castors
Braine

ÁLVAREZ RUBIO, J. J.: «Libre circulación de deportistas (especialmente los no profesionales) en el seno de la Unión Europea» *Anuario Europeo de Derecho Internacional Privado*, vol. 4-2004, pp. 191-213

Commission Staff Working Document “Sport and free movement”, Accompanying document to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions “Developing the European Dimension in Sport”,

Brussels, 18.1.2011, SEC (2011) 66/2, p. 6.

ACESSO A JUSTIÇA: PLURALISMO JURÍDICO E OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

Flavia Lucia Moscal de Britto Mazur¹

1. Introdução

Com a quebra de barreiras regionais, os Estados passaram a integrar a unidade econômica do planeta, onde a produção de bens e serviços, o comércio, as empresas, os mercados e a força de trabalho são arrastados para a competitividade global e atropelados pela compulsividade do capitalismo sem fronteiras. O mercado global sem barreiras é construído nos moldes do neoliberalismo pela hegemonia político-econômica do ocidente, impondo novos padrões socioculturais e políticos aos povos, e reordenando a estrutura de poder mundial.²

O que se percebe, então, é uma perda generalizada: de recursos naturais, de diversidade cultural, de biodiversidade e da soberania dos povos (em nome da soberania econômica dos países ricos) e da pluriétnicidade.³

Mas ao mesmo tempo, surgem movimentos que buscam reconstituir o mundo com seus próprios códigos culturais, seus estilos étnicos e suas diversas formas de ser no mundo.⁴

Essas transformações sociais, com novos sujeitos e novos cenários, impõem a construção de novas reflexões para a teoria jurídica em suas dimensões civil, pública e processual, capaz de contemplar o crescente aparecimento de novos direitos, uma vez que, as necessidades, os conflitos e os novos problemas colocados pela sociedade engendram também novas formas de direitos que desafiam e põem em dificuldade a dogmática jurídica tradicional, seus institutos formais e materiais e suas modalidades individualistas de tutela. (WOLKMER, 2003, p. 03)

¹ Doutoranda em Direito Público na Universidade de Coimbra.

² Alexandra Aragão, quando fala sobre a impossibilidade de haver retrocesso na lei ambiental (Quando uma determinada lei leva a um retrocesso é porque o bem fica menos protegido (retrocesso reversível) ou é mesmo aniquilado (retrocesso definitivo): “A questão é mais complexa quando se invocam directamente razões económicas para justificar o retrocesso. As recentes alterações da conjuntura económica, e as constricções orçamentais impostas pela crise, alimentam as críticas do mundo empresarial à política ambiental e fomentam a pressão social exigindo cortes nas políticas públicas consideradas supérfluas. O ambiente não pode ser um obstáculo ao desenvolvimento é a palavra de ordem”. (ARAGÃO, 2012, p. 28)

³ Falar de crise ambiental não significa apenas abordar a questão do ponto de vista ecológico, do esgotamento dos recursos naturais, da poluição, das catástrofes naturais, etc. Significa falar de crise de valores éticos e culturais, de crise do vínculo e do limite, de onde emerge a crise ambiental. A crise ambiental tem suas bases na complexa relação homem-natureza e configura uma crise do vínculo, porque os homens já não sabem o que os liga à natureza, e uma crise do limite porque não conseguem discernir o que os separa dela.

⁴ Alexandra Aragão citando Benjamin Davy: “É sabido que são as populações mais vulneráveis que convivem, frequentemente, com as situações mais agudas de degradação ambiental e sofrem na pele os efeitos do nimbyismo e do ‘racismo ambiental’ tão bem descrito por Benjamin Davy em *Essential injustice: when legal institutions cannot solve environmental and land use disputes* (Springer-Verlag, Wien, New York, 1997) [...]”. (ARAGÃO, 2012, p. 17/18)

Os modos de viver dos indivíduos comunitários têm um papel fundamental para compreender o conflito de interesses na ecologia política e na política ambiental, pois mostra que o mundo não pode ser resolvido dentro da lógica de mercado unitário ou códigos jurídicos de direito privado. E, dentre esses grupos que emergem invocando seus direitos e demonstrando a todos uma nova forma de ver o mundo, estão os povos indígenas. (LEFF, 2015, p. 20)

Porém, diante de um mundo globalizado e de um capitalismo devastador, e de um direito/justiça moldados na heterogeneidade, como os povos indígenas podem proteger seus territórios, sua cultura, seus conhecimentos tradicionais e sua própria sobrevivência?

Um dos meios, senão o mais eficiente, é o exercício do direito de autodeterminação, considerado o princípio reitor do multiculturalismo contra hegemônico, previsto no ordenamento jurídico internacional como um direito humano.⁵

No entanto, embora o direito à autodeterminação seja um direito humano previsto em Convenções e Tratados com força de lei, esse direito é constantemente violado, inviabilizado, ou ainda, ignorado pelos países signatários.⁶

2. O anacronismo da concepção positivista do direito

Com a Paz de Westphalia são abandonadas as ordálias, bem como o direito consuetudinário, fazendo surgir na Europa os chamados direitos romanistas, pois eles seriam escritos, comuns a toda a nação, mais completos e mais evoluídos. Deste modo, com a codificação do direito representada, principalmente, pelo código Napoleônico de 1804, criou-se o direito para ser único dentro de um também único Estado.

Os preceitos jurídicos modernos nascidos na Europa Ocidental entre os séculos XVII e XIX, foram engendrados por vários fatores, entre eles o modo produtivo capitalista, a organização social, a projeção doutrinária liberal-individualista e a consolidação política da centralização estatal, procurando-se estimular, sob a égide de

⁵ Por certo, o modelo mais avançado em termos de reconhecimento dos direitos coletivos dos povos indígenas é o multiculturalismo, estando o multiculturalismo contra hegemônico à frente do neoliberal, porquanto, além de não buscar a assimilação da cultura indígena, não trata os povos originários como alvos de políticas públicas ou de proteção paternalista por meio do mecanismo de tutela.

⁶ O direito à autodeterminação dos povos é um princípio fundamental do direito internacional. O artigo 3º da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas apresenta a estrutura básica do direito à autodeterminação. O artigo 4º da Declaração esclarece que o direito à autodeterminação está relacionado ao direito dos povos indígenas ao autogoverno e à autonomia no que diz respeito a seus assuntos internos e locais; no artigo 20 que os povos indígenas têm o direito de manter e desenvolver seus sistemas e instituições políticas, econômicas e sociais para assegurar seus próprios meios de subsistência e desenvolvimento com liberdade e respeito à diversidade cultural. Nessa mesma linha, a Declaração reconhece no artigo 34 o direito dos povos indígenas de manterem e desenvolverem seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, práticas, e ainda quando existam, costumes ou sistemas de leis, desde que em conformidade com a normativa internacional de direitos humanos.

um Estado-Nação, a integração dos múltiplos sistemas legais sob o fundamento da igualdade de todo os indivíduos perante uma legislação comum.

Destarte, o direito e a justiça modernos estabeleceram-se com uma visão monista ou centralista a serviço do capitalismo e do liberalismo, traduzindo-se em igualdade, unidade política, segurança jurídica, liberdade individual e ordem. (ARAUJO, 2014, p. 50)

Arrogando-se universal e excluindo o mundo que não se encaixa nos seus padrões, tudo o que é local ou particular é inviabilizado pela lógica da escala global. Seguindo esta linha, a ciência moderna vive em simbiose com a produtividade capitalista, onde o “outro” é desvalorizado, inviabilizado. A “naturalização” dessa construção social permitiu legitimar a dominação e a exploração.

O conhecimento científico foi concebido como o único capaz de determinar o que seria um conhecimento válido, causando a negação de tudo que não fosse “científico”, provocando a negação da diversidade e a subalternização de grupos sociais cujos conhecimentos não passavam pelo crivo do cânone ocidental. E como ciência, o direito moderno reivindicou para si o ponto de partida e a superioridade de definir o que é ou não direito, invisibilizando ou inferiorizando o que não seja o direito estatal ou o que não esteja sob seu controle. (ARAUJO, 2014, p. 46)

Desta forma, a sociedade moderna europeia criou uma estrutura centralizada de poder (Estado-Nação Soberano), bem como uma concepção monista de regulação social e uma racionalização normativa técnico-formalista que tem no Estado a fonte legitimadora do Direito. Nesse sentido, a teoria e a prática jurídica estão assentadas sobre uma concepção individualista, patrimonial e científica, em que o Direito expressa o que está na lei escrita e o Estado seria a fonte direta e exclusiva de todas as normas sociais válidas. (WOLKMER, 2003, p. 02)

Essa concepção positivista do Direito reduziu o fenômeno jurídico a um conteúdo meramente legalista e formal, sacrificando as ideias de justiça, equidade e igualdade, e transformando-se num culto à lei e a crença da neutralidade do judiciário. Isso, por sua vez, provocou o alheamento do Poder Judiciário ao que na realidade se passa com a(s) sociedade(s), conferindo-lhe indiferença em relação aos conflitos e descomprometimento com as injustiças sociais. O Poder Judiciário acaba funcionando muito mais como um mecanismo de controle social, assim como acaba produzindo uma ordem jurídica muito mais consagradora de desigualdades do que de liberdades (MACHADO, 1996, p. 13).

Entretanto, cumpre observar que estes pressupostos que sustentavam os modelos de Estado e Direito modernos vêm sofrendo, nas últimas décadas do século XX e início do XXI, fortes mudanças. Entender a criação do direito e a administração da justiça como tarefa exclusivamente do Estado e dos tribunais é, hoje em dia, uma visão anacrônica e ultrapassada. (ARAUJO, 2014, p. 01)

Denota-se que o poder estatal não possui mais um sistema fechado e também não é o único ator para a criação de leis e aplicação do Direito. O multiculturalismo social é totalmente pluralista. As demandas da sociedade são carentes de atendimento, e diante disso, é imprescindível a resolução de conflitos e interesses através de meios alternativos.

Deste modo, o pensamento assente na hegemonia da ciência e do direito foi e vem sendo criticado principalmente por intelectuais originários de países do Sul nas lutas de resistência contra o colonialismo, assim como no contexto acadêmico, como por exemplo nas escolas de Estudos Pós-coloniais, Estudos Subalternos, Estudos Descoloniais e as Epistemologias do Sul.

Segundo Wolkmer, este movimento contrario, conjuntamente com o expansivo movimento alternativo, seja este de Direito Alternativo, de uso alternativo do Direito ou da Jurisprudência Alternativa, juntamente com o Pluralismo Jurídico, provocaram uma consciência generalizada sobre a crise paradigmática do Direito moderno. (WOLKMER, 2003, p. 03)

Entre os ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais estão surgindo novos cenários, com novos sujeitos, que se apresentam através de iniciativas locais, reivindicando o reconhecimento de seu próprio direito que, por sua vez, impuseram a construção de um novo pensar para a teoria jurídica em suas dimensões civil, pública e processual, desafiando e colocando em dificuldade a dogmática jurídica tradicional, seus institutos formais e materiais e suas modalidades individualistas de tutela. (WOLKMER, 2003, p. 03)

Também Eugen Ehrlich aduz que “a função primordial do direito em todos os lugares não é a resolução dos conflitos, mas sim a instituição de uma ordem pacífica interna das relações sociais de qualquer associação humana”. (EHRlich, 1986, p. 25)

Eugen Ehrlich ainda afirma que o direito não pode ser unicamente aquele proveniente do Estado, positivado. Este direito estatal é fechado e não consegue abranger a sociedade como um todo, mas apenas organizações diversificadas ou associações humanas que se interrelacionam, concluindo que cada associação cria seu próprio ordenamento jurídico, autônomo do Estado e à qualquer outra forma de organização. (EHRlich, 1986, p. 110)

Assim, verifica-se que a descentralização do Estado ocorrida nesses últimos anos, não deve ser entendida apenas no seu sentido jurídico; houve também uma transferência da soberania do Estado para as coletividades regionais, com um novo conceito político característico de uma sociedade policêntrica, visto que vivemos um esgotamento do estado provedor.

3. Multiculturalismo nos direitos humanos

Para enfrentar o momento histórico assumido pela apropriação do capital financeiro e pela ordem internacional marcada pela globalização neoliberal, percebe-se

uma nova fase histórica e uma “nova perspectiva teórica e política no que se refere aos Direitos Humanos”. Trata-se de questionar “a natureza individualista, essencialista, estatista e formalista dos direitos” e partir para uma redefinição multicultural de Direitos Humanos.⁷

Na evolução dos direitos humanos, a discussão do direito das minorias e dos grupos étnicos marginalizados tem favorecido o cenário do multiculturalismo como pauta e como processo de desenvolvimento da democracia em vários países.⁸

Com isso, há a superação do conceito individualista, monocultural e positivista dos direitos humanos para, sobre a base da igual dignidade das culturas, abrir caminho para uma definição e interpretação intercultural dos direitos humanos.

Porém, o novo desafio que se instalou tanto para os governos como para as organizações de sociedade civil e povos indígenas no mundo inteiro é o da efetivação dos direitos indígenas. Não basta os direitos indígenas estarem previstos no ordenamento jurídico internacional integrando o rol de Direitos Humanos, pois os povos indígenas de diversas partes do mundo ainda sofrem desproporcionalmente com a violência, discriminação e marginalização tanto nas políticas públicas como na convivência entre diferentes culturas.⁹

De fato, em vários países a forma como a questão indígena tem sido tratada pelos governos e pela sociedade em geral torna evidente a insuficiência dos direitos e garantias fundamentais na proteção dos direitos das minorias étnicas. O reconhecimento da heterogeneidade cultural exige uma revisão do caráter homogeneizante dos direitos humanos.

⁷ Sobre isso, diz Jonatas Machado (2013, p. 393): “Nesta temática é visível a superação do paradigma tradicional da soberania dos Estados, o qual, tendo tido a sua origem no contexto histórico da luta pela liberdade de consciência, pela tolerância religiosa, pelo direito de resistência contra tiranos, pela soberania popular e pela autodeterminação dos povos, que esteve na base do constitucionalismo liberal moderno, acabou por ser várias vezes instrumentalizado para configurar o direito internacional em moldes tendencialmente positivistas, antiliberais e autoritários. Isto apesar do relevo de doutrinadores como Hugo Grócio e Samuel Pufendorf na afirmação teórica e filosófica dos direitos humanos”.

⁸ Segundo Kymlicka (1995, p. 15), após a Segunda Guerra os pensadores liberais passaram a crer que a proteção às minorias dar-se-ia simplesmente com a observância irrestrita dos direitos humanos (direitos e garantias fundamentais). E denuncia que, pautadas “(...) por esta filosofia, as Nações Unidas eliminaram toda referência aos direitos das minorias étnicas e nacionais de sua Declaração Universal dos Direitos Humanos”. Essa visão, tipicamente liberal-individualista, ainda hoje possui grande ressonância nos discursos acadêmico e político.

⁹ Dentre as obviedades que ainda precisam ser ditas, está a constatação de que hodiernamente as sociedades políticas, em esmagadora maioria, são culturalmente diversificadas. Will Kymlicka (1995, p. 13) noticia que segundo estimativas recentes, “(...) os 184 Estados independentes do mundo contêm mais de 600 grupos de línguas vivas e 5.000 grupos étnicos”. Quer isso nos dizer que nossos valores, nossos princípios e nossas crenças, não passam de uma referência a mais num mundo marcado pelo fato da diversidade.

4. O direito à autodeterminação

A autodeterminação consiste no direito de todo e qualquer povo estabelecer livremente seu status político e perseguir livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural, incluindo sistemas próprios de educação, saúde, financiamento e resolução de conflitos, entre outros, sem opressão e submissão a qualquer forma de colonialismo.

No tocante à autodeterminação dos povos indígenas, pode-se indicar ao menos sete elementos que descreveriam a relação do grupo com o Estado, mormente: autonomia, autogoverno, reconhecimento da diversidade, proteção do território, participação política, proteção da língua, da arte e de práticas tradicionais, assim como o reconhecimento do direito consuetudinário indígena.¹⁰

Quanto maior o número dos elementos e a sua intensidade, mais abrangente será o âmbito de proteção do direito à autodeterminação.

Ou seja, as linhas mestras do multiculturalismo e do pluralismo jurídico (e axiológico) somadas a uma corajosa e fidedigna concretização de alguns dispositivos da Convenção 169 da OIT, conferem aos povos indígenas, senão a solução de seus problemas, ao menos o reconhecimento de sua autonomia.¹¹

¹⁰ Sobre o direito consuetudinário indígena: “Entende-se por ‘direito consuetudinário indígena’ o conjunto de uso, práticas, costumes, crenças e princípios que regulam a convivência interna e que tenham sido transmitidos principalmente de forma oral e aplicados de maneira geral e consistente ao longo do tempo pelos povos indígenas, enquanto obrigatórios e sujeitos ao controle social por parte dos seus integrantes, autoridades tradicionais e organizações. O direito consuetudinário indígena se fundamenta no direito à autodeterminação e está intimamente relacionado com a identidade cultural dos povos indígenas. O Direito Internacional, à semelhança de várias constituições, reconhece o direito consuetudinário dos povos indígenas e consagra o direito de estabelecerem suas próprias normas jurídicas e de fazê-las valer em casos de descumprimento (art. 8 ao 10 da Convenção 169 da OIT)

¹¹ “En la última década del siglo XX emerge lo que podríamos llamar el “horizonte pluralista” como un nuevo modelo de gestión de la multiculturalidad. (...). Lo central de estos cambios es que cuestionan tres herencias fundamentales de los periodos anteriores. En primer lugar, se plantea el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos políticos y no sólo como objetos de políticas que dictan otros, esto es, como sujetos con derecho a controlar sus propias instituciones y autodefinir sus destinos. Esto importa la ruptura de la ideología de la inferioridad y la supuesta necesidad de tutela estatal acuñada en la Colonia para legitimar la subordinación política y la explotación económica de los pueblos originarios. En segundo lugar, se cuestionan dos herencias centrales de la juridicidad republicana: los binomios Estado-nación y Estado-derecho. Se quiebra la idea de que el Estado representa una nación homogénea (con una sola identidad cultural, idioma, religión), y pasa a reconocerse la diversidad cultural, lingüística y legal. Al cuestionarse el monopolio de la producción jurídica por el Estado, se admiten diversos grados de pluralismo legal, reconociéndose a los pueblos y comunidades indígenas/campesinas el derecho de tener su propio derecho, autoridades y formas de justicia. Junto con las reformas que acogen los planteamientos pluralistas se aprecia otra tendencia internacional: la recepción del modelo socioeconómico neoliberal, que se basa en promover mecanismos de desregulación para facilitar las transacciones internacionales, librándolas a las reglas de la competencia y el mercado. Se abandona la idea de un Estado proteccionista, de bienestar. Como efecto de estas políticas, en varios países se ha facilitado la presencia de empresas transnacionales de extracción (forestal, petrolera, minera) en territorios indígenas, a las cuales los Estados han entregado amplias facultades, restringiendo las de los pueblos indígenas que los habitan. Los conflictos entre dichas empresas y los pueblos indígenas no se han hecho esperar.” (FAJARDO, 2004, p. 172/173)

O direito à autodeterminação dos povos está previsto na Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, na Convenção 169 da OIT, na Carta das Nações Unidas e no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no Helsínquia Act 1975, na Carta Africano dos Direitos Humanos e dos Povos e na Declaração sobre a Concessão de Independência aos Territórios e Povos Coloniais.¹²

5. Pluralismo jurídico

Quando se discute quais direitos possuem os povos indígenas, deve-se consignar como ponto chave de discussão o fato de que os índios possuem o direito de ter direito. Faz-se necessário, pois, o reconhecimento de que os povos indígenas são sociedades complexas e auto-suficientes. E mais: possuem organização social, cultura, crenças, tradições, princípios éticos, valores e direito próprios.

A incapacidade do modelo formal-individualista de dar respostas às questões postas por esses novos sujeitos, preparou o terreno para a crítica pluralista. Essa crítica pauta-se em uma tese clara e direta:

“Trata-se de extrair a constituição da normatividade não mais e apenas das fontes ou canais habituais clássicos representados pelo processo legislativo e jurisdicional do Estado, mas captar o conteúdo e a forma do fenômeno jurídico mediante a informalidade de ações concretas de atores coletivos, consensualizados pela identidade e autonomia de interesses do todo comunitário, num locus político, independentemente dos rituais formais de institucionalização”. (WOLKMER, 2001, p. 119).

Assim, o pluralismo, segundo o Professor Antônio Carlos Wolkmer (2001, p. 171/172), designa a “existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si”, afigura-se como um importantíssimo referencial teórico (e prático) de análise da dinâmica das minorias nacionais. Em termos mais específicos, o direito dos povos indígenas só pode ser pensando em uma perspectiva pluralista.

O Direito Internacional, à semelhança de várias constituições, reconhece o direito consuetudinário dos povos indígenas e consagra o direito de estabelecerem suas próprias normas jurídicas e de fazê-las valer em casos de descumprimento (art. 8 ao 10 da Convenção 169 da OIT). Isto posto, um dos principais desafios do “pluralismo jurídico”, ou seja, a coexistência de dois ou mais sistemas jurídicos no mesmo território, consiste em fixar os mecanismos que resolvam eventuais conflitos normativos como por por

¹² A Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, diferente da Convenção 169 da OIT, não possui força normativa vinculante, considerada como *soft law* do ponto de vista do direito internacional. Isto é, não é considerada fonte do direito internacional, assim como os tratados e o costume, oferecendo apenas diretrizes para a regulamentação de direitos e deveres por parte dos Estados.

exemplo, entre o direito criado pelo Estado e o direito consuetudinário indígena, em situações que envolvem pessoas indígenas e não indígenas.

Nessa interface de direitos, ocorrem vários tipos de conflitos, como os conflitos entre os direitos indígenas x direitos individuais; direitos indígenas x direito ambiental, direitos indígenas x direito público.¹³

Ainda que haja previsão nos tratados e convenções que regem o direito internacional, a concepção ainda reinante é a de que o índio e toda sua cultura são inferiores e dependentes de tutela. O banimento dessa mentalidade colonizadora e preconceituosa consiste em premissa basilar de uma correta compreensão acerca dos direitos indígenas.

Assim, entende-se que uma perspectiva pluralista é fundamental para um preciso entendimento acerca dos direitos dos povos indígenas. É certo que isso pode gerar (e gera) problemas de harmonização entre os sistemas. Contudo, ao contrário do que o discurso dominante pretende, tal conflito nem sempre deve ser solucionado em prol do direito estatal.

6. O pluralismo jurídico como acesso a justiça

Norberto Bobbio conceitua pluralismo como “a concepção que propõe como modelo a sociedade composta de vários grupos ou centros de poder, mesmo que em conflito entre si, aos quais é atribuída a função de limitar controlar e contrastar, até o ponto de o eliminar, o centro de poder dominante, historicamente identificado como o Estado”. (BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO, 1997, p. 928)

Ao se discutir o termo pluralismo jurídico, se deve necessariamente falar de eficácia e validade. A norma jurídica, para alcançar o plano da eficácia, deve passar também pelos planos da existência e da validade. Para que se possa configurar o pluralismo jurídico, é necessária a existência de duas ou mais normas aplicáveis à mesma situação, provenientes de centros produtores diversos, cada uma delas tida como válida dentro do seu sistema.

Entretanto, a eficácia não necessita ser alcançada por ambas as normas, pois, geralmente, apenas uma será aplicada ao caso concreto, como, por exemplo, quando envolve questões religiosas, como é o caso da diferenciação entre homem e mulher em várias religiões, em contraste com as normas positivas de direito.

Nesse passo, há pluralismo jurídico quando existem várias normas válidas, provenientes de centros de poder diferentes, para serem aplicadas a um mesmo caso

¹³ Carlos Frederico Marés de Souza Filho (1998, p. 127) explica-nos que: “[...] nem sempre aquilo que é considerado crime pela lei estadual o é dentro da comunidade. E muitas vezes um ato legal para a lei é considerado crime abominável para outra cultura. Sabia-se, por exemplo, que na cultura chibcha olhar os olhos dos dirigentes era o crime mais odioso, punido com a mais dura pena. Por outro lado, em muitas sociedades indígenas não é considerada atitude criminosa tirar a vida de filho recém nascido considerado inapto para a vida social”.

concreto. Quando os segmentos passam por privações, carências e exclusões, acabam sendo motivadas a criarem seus próprios direitos.¹⁴

Assim, muitas comunidades adotaram métodos de pluralismo jurídico como forma influente em suas comunidades, pois a desigualdade social, a exclusão, o abandono, o descaso e a falta de atenção do Estado - características inerentes ao forte capitalismo -, configuram a razão da adoção nas comunidades do ordenamento mais favorável e que possa atender as necessidades básicas de cada indivíduo.

Apesar desta manifestação normativa ser caracterizada por pluralismo jurídico, este fenômeno vem se reconfigurando em uma nova forma de expressão jurídica, identificada com a mobilização de diversos atores sociais em torno de resistências e de lutas contra as práticas desiguais e excludentes oriundas do neoliberalismo e com a reafirmação dos sistemas jurídicos não estatais.

Portanto, nota-se claramente a presença do pluralismo jurídico na realidade, trazendo consigo uma democratização e socialização do direito, que não pode ser ignorado nem tolido pelo Estado, eis que deve ser entendido, antes de tudo, como um meio de evolução jurídica.¹⁵

7. Pluralismo jurídico e o direito indígena

No âmbito do reconhecimento do pluralismo jurídico, a legalidade cosmopolita é identificada sobretudo nas lutas dos movimentos indígenas da América Latina contra o capitalismo global predatório. As lutas têm como objetivo a reivindicação dos direitos locais e dos territórios ancestrais bem como o reconhecimento dos sistemas políticos e jurídicos ancestrais. Essas lutas resultaram numa expansão do direito além do conceito liberal do Estado Moderno.¹⁶

¹⁴ A respeito dessa forma de enxergar o universo jurídico, Boaventura Sousa Santos, em seu texto *Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada*, extrato de sua tese de doutorado intitulada *Law Against Law: Legal Reasoning in Pasargada Law*, revela uma extensa pesquisa a respeito das relações sociais e jurídicas estabelecidas em uma comunidade de moradores de favela do Rio de Janeiro denominada por ele de Pasárgada. O autor mostra os conflitos constantes que se estabelecem entre os moradores da favela e a polícia, distanciando-os cabalmente da possibilidade de acessarem esse organismo estatal para a garantia de sua segurança e também, o distanciamento que existe entre o universo dos moradores da favela e o sistema judiciário, o que fez com que tal comunidade gerisse suas próprias formas de direito, estabelecendo regras de conduta e leis internas que garantissem um certo tipo de equilíbrio na convivência entre as pessoas e uma forma de se dirimir conflitos internos. A análise do estudo realizado por Boaventura de Sousa Santos demonstra que o direito de Pasárgada é um autêntico sistema normativo, fruto da organização social dos membros desta comunidade, e existente em razão da exclusão jurídica estatal. (SANTOS, 1980, p. 107-117)

¹⁵ Boaventura de Sousa Santos explicita que: “o pluralismo jurídico surge para preencher a lacuna promovida pela ausência do Estado em determinadas localidades”. (SANTOS, 1988. p. 68)

¹⁶ Raquel Yrigoyen Fajardo divide o constitucionalismo pluralista na América Latina em três ciclos, do século XX até hoje: “Esos ciclos – a) el constitucionalismo multicultural (1982-1988), b) el constitucionalismo pluricultural (1989-2005), y c) el constitucionalismo plurinacional (2006-2009) – tienen la virtud de cuestionar, progresivamente, los elementos centrales de la configuración y definición de los estados republicanos latinoamericanos diseñados

A modernidade trouxe consigo as concepções de estado-nação e monismo jurídico, que foram respaldadas por políticas de homogeneização cultural e centralização político-jurídica. Com efeito, o estado-nação da forma como foi constituído não admitia a existência de direitos diferenciados, acreditava-se que todos deveriam forçosamente assimilar o direito que estava positivado para os não-indígenas.¹⁷

No século XIX, na América Latina, foram criados os Estados Nacionais como um estado único e de direito único, reprimindo as diferenças a fim de gerar sociedades iguais, sob o pretexto de que todos tinham o direito de se tornarem cidadãos. Essa tentativa de integração dos povos culturalmente diferenciados, na verdade se traduzia em verdadeira discriminação aos povos indígenas. Como disse Carlos Marés de Souza Filho, “a tal integração nunca aconteceu, seja porque nunca foi oferecida, seja porque os povos indígenas nunca a aceitaram sinceramente”. (SOUZA FILHO, 1998, p. 63) ¹⁸

Um dos efeitos da concepção de Estado monocultural sobre os povos indígenas foi a sistemática imposição dos princípios e formas de organização de sua vida social e o controle das suas formas de solução de conflitos. Muitos povos resistiram a estas imposições e internamente mantiveram seus próprios modelos de justiça, chamados de usos e costumes.

Sara Araújo, diz que o campo social semiautônomo dessas comunidades não permite uma mudança social radical apenas por meio da legislação, pois tem capacidade de produzir normas e os meios para induzir ou coagir o seu cumprimento. Porém, como está inserido numa matriz social mais larga, que os afeta e invade, acaba por sofrer influências. No entanto, tais influências, não os determinam, sendo os laços internos de obrigações mútuas, muito mais fortes que a lei externa. (ARAUJO, 2014, p. 62) ¹⁹

en el siglo XIX, y la herencia de la tutela colonial indígena, planteando de este modo un proyecto descolonizador de largo aliento”. (FAJARDO, 2011, p. 140/141)

¹⁷ Como bem afirma Raquel Yrigoyen Fajardo, “Los estados liberales del siglo XIX se configuraron bajo el principio del monismo jurídico, esto es, la existencia de un único sistema jurídico dentro de un Estado y una ley general para todos los ciudadanos. El pluralismo jurídico, como forma de coexistencia de varios sistemas normativos dentro de un mismo espacio geopolítico, aun en su forma colonial subordinada, no era admisible para la ideología del Estado-nación. El Estado-nación monocultural, el monismo jurídico y un modelo de ciudadanía censitaria (para hombres blancos, propietarios e ilustrados) fueron la columna vertebral del horizonte del constitucionalismo liberal del siglo XIX en Latinoamérica. Um constitucionalismo importado por las elites criollas para configurar estados a su imagen y semejanza, con exclusión de los pueblos originarios, los afrodescendientes, las mujeres y las mayorías subordinadas, y con el objetivo de mantener la sujeción indígena.” (FAJARDO, 2011, p. 139/140)

¹⁸ Consoante Raquel Yrigoyen Fajardo, “En el siglo XIX, el proyecto criollo de sujeción indígena del horizonte del constitucionalismo liberal se expresó bajo tres técnicas constitucionales: a) asimilar o convertir a los indios en ciudadanos intitutados de derechos individuales mediante la disolución de los pueblos de indios –con tierras colectivas, autoridades propias y fuero indígena – para evitar levantamientos indígenas; b) reducir, civilizar y cristianizar a los indígenas todavía no colonizados, a quienes las Constituciones llamaron ‘salvajes’, para expandir la frontera agrícola; y c) hacer la guerra ofensiva y defensiva contra las naciones indias – con las que las coronas habían firmado tratados y a las que las Constituciones llamaban ‘bárbaros’ – para anexas sus territorios al Estado.” (FAJARDO, 2011, p. 140)

¹⁹ Ver: MOORE, Sally Falk, 1978, *Law as a process: an anthropological approach*, Routledge, Boston.

Numa tentativa de manter seus próprios modelos de justiça, surge na América Latina o chamado "novo multiculturalismo", que consiste em processos de reformas constitucionais que buscam reconstituir os Estados como pluriculturais e multiétnicos, reconhecendo, em especial, o direito consuetudinário indígena, concebido como um conjunto de normas e práticas legais e estruturas de autoridade, que são utilizadas por grupos indígenas em lugar do direito estatal ou em conjunção com este.

Ainda que a proteção constitucional dos direitos indígenas esteja em franca expansão, o reconhecimento de uma jurisdição própria, como expressão fundamental do controle sobre sua ordem social, e do direito de ser regido por seus próprios costumes e autoridades ainda é incipiente.²⁰

Na América do Sul, o reconhecimento da jurisdição especial indígena está expresso nas Constituições da Bolívia²¹, da Colômbia, do Equador, do Peru, da Venezuela (países andinos) e do Paraguai. Muitas carecem de regulamentação infraconstitucional, mas demonstram a disposição de aceitar a prática legal indígena em articulação com o direito estatal. Fora da América do Sul, apenas a Constituição do México faz expressa referência à jurisdição indígena. As Constituições da Nicarágua e do Panamá se remetem a legislações específicas.

Algumas Cartas Magnas ignoram quase que por completo a problemática indígena. Belize, Chile, Guiana Francesa, Suriname e Uruguai não contemplam os direitos indígenas em suas Constituições. No Chile, esta lacuna pode estar relacionada à ampla política do governo militar de transformar os indígenas em agricultores, empreendendo ações de assimilação. No Belize, Guiana Francesa e Suriname as poucas referências aos direitos territoriais indígenas estão em legislações secundárias, seguindo uma tradição mais anglo-saxônica de organização legal. No Uruguai, já há mais de um século que não se registra a presença de indígenas e por isso, sua Constituição não se ocupa do tema. Costa Rica, El Salvador, Guiana e Honduras fazem alguma referência à questão indígena, mas de forma bastante supérflua.

²⁰ Recentemente alguns países da América do Sul adotaram o sistema jurídico pluralista, reconhecendo a administração indígena da justiça. A realização plena do pluralismo jurídico nas Américas continua sendo uma utopia, mas algumas Constituições assumiram retroativamente a pré-existência das sociedades indígenas resgatando normas e costumes tradicionais. O regresso das instituições democráticas depois de muitos anos de ditadura ou guerra civil ou a existência de um processo geral de ampliação da participação política ocasionaram os principais avanços nas constituições latino-americanas. Também, as reformas que ocorreram estão respondendo às demandas por reconhecimento de grupos diversos de ameríndios que estão se organizando em níveis cada vez mais amplos e reivindicando sua cultura, seus territórios, suas instituições e seu direito a participar.

²¹ Na Bolívia, por exemplo, a população de origem indígena representa em torno de dois terços do total de 10 milhões de bolivianos e é majoritariamente quechua e aymara. Ao todo, há 36 etnias na Bolívia. As inovações da plurinacionalidade se traduzem na chamada "autonomia", que, originada das reivindicações indígenas, se tornou mote dos departamentos opositoristas e agora é termo aplicado a ambas as partes. Há quatro diferentes tipos de autonomia na nova Carta: departamental, regional, municipal e indígena.

Segundo Raquel Yrigoyen Fajardo, a primeira mudança observada nos textos constitucionais dos países andinos²², é o reconhecimento do caráter multicultural e multiétnico da configuração do estado ou nação, que ocorre pela primeira vez na história destas repúblicas. A fórmula utilizada pelos países andinos para o reconhecimento do direito consuetudinário ou indígena contém elementos e escopo semelhantes, com pequenas variações. Tais fórmulas compreendem o reconhecimento das funções jurisdicionais ou de justiça das autoridades judiciais das comunidades indígenas e/ou campesinas, de acordo com seu direito consuetudinário ou das suas próprias regras e procedimentos em seu âmbito territorial. Ou seja, os organismos reconhecem as regras e procedimentos indígenas de resolução de conflitos. O verbo utilizado é "reconhecer", na medida em que a intenção da Constituição não é "criar" a situação da diversidade cultural, mas reconhecê-la. (FAJARDO, 2004, p. 173)

O limite desse reconhecimento é o estabelecido na Convenção 169 da OIT, que afirma que não deve haver nenhuma incompatibilidade entre o direito consuetudinário e os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional ou com direitos humanos reconhecidos internacionalmente.²³

Como bem explica Raquel Yrigoyen Fajardo, a Convenção 169 (art. 8.2), apenas define como limite do direito consuetudinário a “não violação de direitos humanos fundamentais”. Assim, aqueles que pretendem dizer que o direito consuetudinário deve estar sujeito a jurisdição ordinária, ou que o direito consuetudinário não pode interferir na jurisdição ordinária, ou que deve ser controlado ou reduzida por esta, estão a fazer uma interpretação que não é consistente com o texto ou o espírito Convenção 169, nem com os princípios de interpretação sistemática, teleológica e progressiva. (FAJARDO, 2004, p. 187)

Raquel Yrigoyen Fajardo ainda chama atenção para o fato de que, considerando que nas constituições dos países andinos, o Estado reconhece o caráter multicultural da nação/estado/república e, conseqüentemente, o direito à diversidade cultural, bem como o pluralismo jurídico com um direito de jurisdição especial indígena/campesina, a definição e interpretação dos direitos humanos não pode ser deixada nas mãos de única orientação cultural ou para um único aparelho institucional, sem perigo de violação do direito à diversidade. Também os direitos humanos devem ser definidos e interpretados com base no diálogo intercultural. Em primeira instância, qualquer alegada violação do mesmo deve ser tratado no âmbito da jurisdição especial. Em nenhum caso pode-se

²² Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994), Equador (1998) e Venezuela (1999), todos ratificantes do Convenio 169 da OIT.

²³ Art. 8, 2: *dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.*

Art. 9, 1: *en la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.*

considerar que o mero exercício da jurisdição especial, constitui uma violação dos direitos humanos, dado que o seu exercício é um direito constitucional. (FAJARDO, 2004, p. 188)

8. O reconhecimento (ou não) do pluralismo jurídico indígena no Brasil

No Brasil, os direitos dos povos indígenas estão alicerçados em princípios da Constituição Federal de 1988 e também na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT - sobre povos indígenas e tribais, ratificada pelo Brasil em 25 de julho de 2003 e aprovada pelo Decreto 5.051 de 19 de abril de 2004.²⁴

A primeira alusão ao direito do índio à posse da terra e ao respeito de seus costumes é feita em 1910, com a instituição do Serviço de Proteção ao Índio (SPI) pelo marechal Cândido Rondon. O SPI é substituído pela FUNAI em 1967. A FUNAI também tinha como preocupação o desenvolvimento de projetos econômicos de base comunitária, principalmente envolvendo atividades agrícolas.

Uma mudança importante na estratégia da questão indígena foi introduzida nos textos constitucionais de 1967 e 1969, que incorporaram os territórios indígenas ao patrimônio da União e declararam, ainda, essas terras inalienáveis.

No auge da ditadura militar, o lançamento do Plano de Integração Nacional pelo governo brasileiro gerou a implantação de projetos econômicos e estradas na Amazônia, assolando territórios de povos indígenas ainda isolados da sociedade nacional. Naquela época, a situação dos índios era desconhecida por parte da opinião pública, do Estado implementador de políticas públicas e da própria antropologia, cujos especialistas dispunham de informações desatualizadas, parciais e desiguais sobre um arco reduzido de povos indígenas da Amazônia.

Em 1973 cria-se o Estatuto do Índio, que visa trazer os índios para a comunhão nacional e submetê-los às mesmas leis do país. O estatuto considera o índio um indivíduo incapaz, que precisa ser tutelado pelo Estado até se incorporar ao modo de vida do restante da sociedade e onde ficou estabelecido o prazo de cinco anos para a demarcação das terras.

Porém, a partir da década de 1970 com as mobilizações indígenas, articuladas tanto internacionalmente quanto no âmbito internos dos países latino-americanos, surge um novo cenário para as sociedades indígenas. As reivindicações pela aplicabilidade de seus direitos começam a ocorrer em maior escala. Além disso, várias comunidades

²⁴ Souza Filho e Stefanos Pacheco, explicam que: “No processo de expansão do Estado-Nação brasileiro, tal qual foi concebido, não se admitia a existência de grupos sociais com identidades e culturas próprias. Nada de específico poderia haver. Todos deveriam, mesmo que forçosamente, assimilar e viver segundo uma só identidade genérica, integrados à comunhão nacional, como se toda a diferença étnica e cultural deixasse de existir e se transformasse numa única cultura homogeneizada. Diante deste contexto no qual foram inseridos os povos indígenas, ocorreram violações das mais diversas, uma vez que, o quadro das relações interétnicas no Brasil é muito complexo”. (SOUZA FILHO, PACHECO, 2008, p. 3501)

indígenas começam a articulação em torno da demanda pelos seus próprios direitos, entendendo que esses direitos são os que nascem nas comunidades.

A constituição de 1988 é a primeira a trazer um capítulo sobre os indígenas. Reconhece os direitos originários sobre as terras que os índios tradicionalmente ocupam e também reconhece a diversidade étnica, bem como a necessidade de respeitá-la. Também reconheceu a multiétnica e a pluralidade cultural do país. Assegurou aos índios o direito à diferença, vale dizer, o direito de serem diferentes e tratados como tais.

Como disse Carlos Frederico Marés de Souza Filho, somente no século XX é que se tem mais claras a importância da diversidade e a possibilidade real de entender-se o diferente sem juízo de valor. A constituição de 1988 reconhece aos índios o direito de ser índio, com sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como reconhece o direito originário às terras que tradicionalmente ocupam, rompendo com a repetida visão integracionista. E conclui: “A partir de 5 de outubro de 1988, o índio, no Brasil, tem o direito de ser índio”. (SOUZA FILHO, 1998, p. 107)

A Constituição Federal de 1988 acabou com a relação paternalista entre Estado e aldeias indígenas, que era o foco das políticas anteriores, para dar lugar à autonomia dos povos. Pretendeu-se deixar para trás as antigas e equivocadas ideias evolucionistas sobre a humanidade, que tinham o papel de integrar as comunidades indígenas, de maneira harmoniosa, à sociedade nacional, negando-lhe, contudo, a diversidade.

Com a Constituição Federal de 1988 houve um reconhecimento constitucional da pluriétnica, o que significou uma ruptura com as políticas homogeneizadoras e assimilacionistas inspiradas no liberalismo republicano e no populismo desenvolvimentista.

Nesse processo, ensaiava-se um discurso de proteção aos direitos indígenas que se repetiriam em inúmeras leis, cartas, decretos e alvarás, durante todo o período colonial, monárquico e republicano. Porém, tudo não passava de retórica, porque mesmo com algumas legislações conferindo direitos territoriais aos indígenas, estas não tiveram efetiva aplicação.

Durante séculos, a maioria das estratégias das políticas de contato, provocou efeitos desastrosos para os povos indígenas. Como exemplos, citam-se o decréscimo da população, invasão e ocupação de territórios e introdução de novas formas de trabalho. Ações como essas provocaram grandes desequilíbrios socioeconômicos e culturais nos grupos indígenas. (VAZ, 2011, p. 09)

No entanto, na prática, pouca coisa mudou. A divisão territorial do Estado e a categoria político-administrativa em que estão inseridos os povos indígenas, por força do processo de colonização iniciado na região no final do século XV, acabam interferindo no direito destes povos em gerir seus territórios de forma autônoma.

As terras indígenas são bens da União destinadas à posse permanente dos índios, que podem usufruir das riquezas do solo, dos rios e dos lagos. No entanto, as terras indígenas "são bens da União", constituindo-se em bens públicos de uso especial, o que

acaba tornando-se, um constrangimento à territorialidade tradicional indígena, limitando o acesso às fontes de sustentação alimentar e limitando a própria soberania dos povos indígenas, algo que é garantido tanto pela Constituição de 1988 quanto pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho.

Mais de 20 anos se passaram desde então, e o Estado brasileiro tem se mostrado incapaz de conviver e oferecer tratamento diferenciado aos nossos povos. Nenhum dos governos ao longo desses anos, implementou mudanças significativas nas práticas e estruturas político-administrativas na direção da transformação do Estado brasileiro num Estado plurinacional.

A questão indígena acompanha toda a história da formação e desenvolvimento da sociedade brasileira. Há, desta maneira, diversos problemas de ordem social ocasionados pela falta de terra, como a miséria, o alcoolismo, o suicídio e a violência interpessoal, que afeta consideravelmente a autoestima dos indígenas.

Por sua vez, esses problemas de direitos individuais são reflexos da omissão aos direitos coletivos dos indígenas, tais como os direitos culturais, à organização social, ao idioma e outros, que são, na verdade, o exercício individual de direitos coletivos, sendo, portanto, coletivos na melhor acepção do termo e também, na sua acepção mais omitida (SOUZA FILHO, 1998, p. 172). Portanto, o grande desafio é fazer com que os direitos coletivos dos povos indígenas sejam colocados efetivamente em prática.

Os problemas suportados pelos povos indígenas vêm de séculos, assim como a luta para garantir seus direitos. A questão indígena acompanha toda a história da formação e desenvolvimento da sociedade brasileira e os povos indígenas, em sua maioria, ficaram, ao longo dos anos, privados do bem-estar, da participação e de presença política, crescendo à margem dos Estados. Estes povos estão entre os segmentos da população com os piores índices sociais, considerando os principais indicadores de saúde, de escolarização e de segurança.

As violações de direitos indígenas são consequência de uma discriminação contra os povos indígenas e da não-aceitação de seu modo diferente de ser, de ver e de agir no mundo. Tais posicionamentos são parte de um legado histórico que o atual Estado democrático não conseguiu reverter, sendo que o respeito ao direito interno de autonomia política e jurídica desses povos continuam a ser uma aspiração.²⁵

²⁵ Assim explica Souza Filho e Stefanés Pacheco: “O fato de que, as sociedades indígenas têm suas próprias políticas, e que, não se conformam exatamente com estes modelos idealizados, faz com que os índios sejam vistos com um certo desdém, irritação e uma ponta de acusação. Ensaando-se a máxima de que índio que é índio que é “verdade” deveria permanecer nas matas, e não envolvido com questões que seriam pertinentes à sociedade nacional. Não se leva em consideração que os índios constroem seus processos de autonomia, que têm seus próprios projetos de futuro, uma vez que, não se limitam à preservação cultural, mas reivindicam um espaço de relações sociais e políticas mais justas com seu entorno”. (SOUZA FILHO, PACHECO, 2008, p. 3502)

9. Considerações finais

Ao abordar o tema dos Direitos Indígenas, se faz necessário uma reflexão sistemática e consistente em torno de uma articulação que busque levar em consideração a interculturalidade, com um pluralismo cultural, legal e linguístico de nossas sociedades, bem como, uma redistribuição equitativa dos recursos materiais e políticos. É também necessário não perder de vista que as sociedades indígenas partem hoje de novos pressupostos, pois participam da história e experimentam mudanças, construindo sua caminhada rumo a políticas e práticas sociais mais democratizadoras.

Assim, a justiça indígena deve ser entendida como parte importante de um projeto político de intenção descolonizadora e anticapitalista, que rompa com os vínculos eurocêntricos que condicionaram os processos de desenvolvimento nos últimos duzentos anos.

Esta discussão relança a necessidade de repensar as relações entre grupos hegemônicos dominantes e as comunidades indígenas, tradicionalmente submetidas ao abandono, à discriminação, à segregação e ao extermínio, não só no plano econômico, político, cultural, mas também jurídico. Na maioria das regiões da América Latina, os índios se encontram alheios ao sistema jurídico estatal e, não poucas vezes, são vítimas da falta de compreensão da cultura e da língua por parte dos agentes do Estado.

No sistema judicial estatal estão envolvidos juízes, acusados, vítimas e testemunhas, cada qual com sua própria bagagem subjetiva de vida, seu contexto cultural, sua posição social e sua colocação hierárquica no processo. Nenhum discurso está isento de ideologia, no sentido de que sempre pressupõe atitudes e escolhas por parte daquele que o constrói, que o formula. O discurso jurídico, mais ainda, agrega valores, impõe condutas, conduz instituições, movimenta riquezas, restringe liberdades, define visões de mundo e, portanto, sustenta uma ideologia. A aparente neutralidade das leis e das decisões judiciais obscurece uma rede de disputas sociais, econômicas e culturais que subjaz ao texto normativo.

Muitos são os desafios para construir um Estado multicultural e uma jurisdição que corresponda a ele. Toda transformação implica em mudanças profundas na estrutura social para que as diferenças sejam consideradas valiosas e benéficas. O reconhecimento da diferença real é o primeiro passo para a construção de uma cidadania efetiva.

Referências

- ARAGÃO, Alexandra, 2012, “Desenvolvimento sustentável em tempo de crise e em maré de simplificação. Fundamento e limites da proibição de retrocesso ambiental” in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Gomes Canotilho*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 01-33.
- ARAUJO, Sara Alexandre Domingues, 2014, *Ecologia de Justiças a Sul e a Norte – Cartografias comparadas das justiças comunitárias em Maputo e Lisboa*, Tese

- de Doutorado em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola, & PASQUINO, Gianfranco, 1997, *Dicionário de Política* - 2 vols., 9^a ed., Editora UnB, Brasília.
- EHRLICH, Eugen, 1986, *Fundamentos da sociologia do direito*, Editora UnB, Brasília.
- FAJARDO, Raquel Yrigoyen, 2004, “Estado pluricultural, derecho indígena y control penal en los países andinos”, tesis doctoral en curso para la Universidad de Barcelona in *El otro derecho*, número 30. ILSA, Bogotá D.C., Colombia. p. 171-195
- FAJARDO, Raquel Yrigoyen. 2011. “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización” in *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, César Rodríguez Garavito (coord.), Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, p. 139-158.
- KYMLICKA, Will, 1995, *Multicultural Citizenship – a liberal theory of minority rights*, Press, Oxford.
- LEFF, Enrique, 2015, “Los derechos del ser colectivo y la reapropiación social de la naturaleza” in *Os saberes ambientais, sustentabilidade e olhar jurídico [recurso eletrônico]: visitando a obra de Enrique Leff*, Belinda Pereira da Cunha et al. (org.), Educs, Caxias do Sul, p. 20.
- MACHADO, Jônatas E. M., 2013, *Direito Internacional: Do paradigma classico ao pós-11 de setembro*, 4^a ed., Coimbra Editora, Coimbra.
- MACHADO, Marcello Lavenere, 1996, “Justiça para o campo” in *CPT, Conflitos no Campo*. Comissão Pastoral da Terra, Goiânia.
- PACHECO, Rosely A. Stefanos, 2004, *Mobilizações Guarani – Kaiowá Nandeva e a (Re)Construção de Territórios: (1978-2002) Novas Perspectivas para o Direito Indígena*. Dissertação de Mestrado, UFMS.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, 1988, *O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia retórica jurídica*, SAFE, Porto Alegre.
- SANTOS, Boaventura de Souza, 1980, “Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada” in *Sociologia e Direito*, Souto, Cláudio & Falcão, Joaquim (org.), Livraria Pioneira, São Paulo, pag. 107-117.
- SOUZA FILHO. Carlos Frederico Marés, 1998, *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*, Juruá, Curitiba.
- SOUZA FILHO, Carlos Mares e STEFANES PACHECO, Rosely Aparecida, 2008, “Os Povos Indígenas e os difíceis caminhos do diálogo intercultural” in *XVI Congresso Nacional do CONPEDI - Pensar Globalmente: Agir Localmente*, v. 01, p. 3498-3518, Fundação Boiteux, Florianópolis.

WOLKMER, Antonio Carlos, 2001, *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*, 3ª ed., Alfa Omega, São Paulo.

WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato, 2003, “Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos "novos" direitos” in *Os “Novos” Direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídica*, Antonio Carlos Wolkomer e José Rubens Morato Leite (org.), Saraiva, São Paulo.

VAZ, Antenor, 2011, *Isolados No Brasil – Política de Estado: Da tutela para a política de direitos – uma questão resolvida?* Estação Gráfica, Brasília.

SOCIAL IMPACT BONDS: INNOVATING PUBLIC PROCUREMENT AND DELIVERY OF SERVICES

Estela Teixeira Souto¹

1. Introduction

One of the most important – and challenging - pieces for enabling the achievement of the United Nation's 17 Sustainable Development Goals (SDGs) is channeling the proper funding for impactful initiatives². Such challenge is especially problematic for developing countries, as their budgets, usually limited, are typically dedicated to rolling existing projects, resulting in the lack of public funding for applying innovative solutions into tackling social problems.

Hence, targeting the potential of simultaneously creating financial returns and social impacts, by means of the injection of funds into potential solutions, the field of Impact Investing has emerged; and the Social Impact Bonds (SIBs) are amongst the several different structures within this field.

In broad terms, SIBs are designed for raising private capital upfront in order to finance interventions for the delivery of social services. The contract, firstly implemented in 2010 in Peterborough, England, has several particularities and introduces innovative concepts to the public procurement and delivery of services, such as the collaboration among different stakeholders; strict measurement culture; and a focus on outcomes rather than on inputs and outputs. Additionally, the structure has the potential to bring savings to public budgets, while also mitigating risks related to the application of innovative solutions.

Therefore, the present article intends to explore the potential innovations in public procurement and delivery of services that might arise from SIBs implementation. Firstly, such innovations are explored from a general overview of the contract's concept; secondly, we analyze the structures implemented in Peterborough and Lisbon, as well as the proposal announced by the government of the State of São Paulo in the end of 2017. Posteriorly, this article will focus on the contract's legal structure, from the standpoints of the public administration, as well as of the investors. In such section, for concreteness' sake, the Brazilian legal framework is used for illustrative purposes. Subsequently, we cover the main challenges for the structures' implementation, also briefly using Brazil as the case study, and we finalize with the article's conclusion.

¹ Bachelor of Law from *Pontifícia Universidade Católica de São Paulo* and currently enrolled at the Master of Public Policy at Sciences Po Paris.

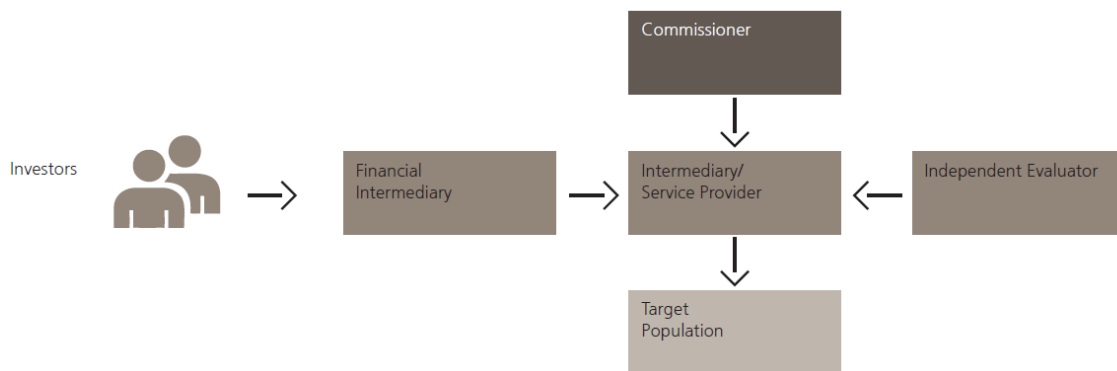
² Gustafsson-Wright and Gardiner (2016)

2. The contract overview

a) Collaboration among different stakeholders

SIBs bring together a tripod of agents: a commissioner (typically a government), which will seek an intermediary (typically a not-for-profit entity) for the provision of services (e.g. in the education sector) that may lead to pre-set outcomes (e.g. decrease in students' dropout). Investors participate in the structure by financing the intervention, and the commissioner only pays them back – with, possibly, some return – if the outcome is attained.

Figure 1: Simplified structure of an SIB



Source: De Mariz *et alii*. (2016)

Thus, given that interventions are intended to be to some extent innovative, it is extremely important that these different actors work in collaboration. Such collaboration must be initiated from the very beginning – in the project's design – and shall continue during projects' implementation until (and after) its conclusion. Godenhjelm and Johanson (2018), who evidenced how the multiplicity of stakeholders in the public sector provide fertile ground for innovations, confirm the importance of this approach. Their conclusions may also be explained to the extent that no single organization owns all the required expertise, knowledge, and credibility to develop innovative solutions to today's complex societal challenges³, hence diverse stakeholders must interact for creating multiple types of value that transcend the boundaries of individual organizations⁴. In this context, SIBs are innovative as they enable different actors to exchange and share knowledge, experiences, know-how and expertise towards social outcomes.

b) Strict measurement and focus on outcomes

SIBs are based on strict measurement, as private investors will only receive the invested money back – and, possibly, some return - if the outcome is attained by the intervention, meaning that the aimed outcome must be objectively measurable.

Thus, by introducing this premise, we may expect the development of a culture of measurement within the public administration, which, if disseminated in others public spheres, may result, as evidenced by Hellmann (2016), in better and more efficient public

³ Lusch *et alii* (2010)

⁴ Nissen *et alii* (2014)

policies. Important noting that the idea of measuring public sector's actions has been promoted by international development institutions such as the World Bank and the OECD since 1990⁵, as monitoring and measurement are important tools that governments shall use when implementing complex interventions towards development⁶.

Additionally, SIBs significantly shift from a typical public procurement, in which the public administration specifically defines the activities to be performed by the service provider - SIBs would rather target outcomes (deriving from policy objectives). Thus, the administration is still in charge of defining priorities and aimed outcomes (for example, it may define as a desired outcome the performance increase of certain students), but it may not define the activities to be performed for achieving such outcome, and by such approach, it creates room for the application of innovative solutions.

c) Risk mitigation of innovative solutions

The continuous search for innovation is not new in the private sector – in fact, it is key to companies' success, as innovation assists cuttings costs, improving products and enhancing companies' competitiveness. However, the need for innovation is a relatively new concept to the public sector, and one of the reasons is that public budgets, generally limited, are insufficient for enabling the test and application of innovative initiatives that imply some risks of not resulting in the intended impacts.

In this sense, SIBs could be appealing for the public sector as it mitigates failure risks related to such innovative interventions. That means, if the intervention is not proven to be successful (i.e. it does not achieve the pre-set outcome), there is no public expenditure and the economic loss will be all borne by investors.

However, it is important noting that *innovative solutions* shall mean interventions that have already been tested - although outside of the public delivery of services - and that have been proven to be successful, otherwise, it will be difficult to attract private capital⁷.

d) Savings for public budget

Moreover, the structure may be an interesting alternative for public procurement to the extent that governments can save with the intervention, since contracts are typically based on the principle of cashable earnings for the government. In other words, the intervention, when successful, is meant to be less expensive than what the government would have had to disburse with a traditional intervention or remediation.

⁵ Hellmann (2016)

⁶ *Idem*

⁷ de Mariz *et alii* (2016)

e) Investors' gains

From the investors' viewpoint and in accordance with De Mariz *et alii*. (2016):

"(...) SIBs can widen the options of investment opportunities. The dual characteristics of SIBs, with their financial and social return, will attract a wide spectrum of investors. On one hand, traditional investors may focus on portfolio diversification, as SIBs might bear a low correlation with traditional investments. On the other hand, investors with a social focus will consider the finality of the SIB while still recouping their investment with a gain. Social investors may accept a financial rate of return below what would have been a market return and recognize the social function of the SIB."

It should be also noted that investments must be understood as financial placements where investors expect to recoup their investment plus some interest. Therefore, grants or donations should not be considered investments, although some philanthropic donors could be interested in SIBs, as their initial donation could be used through the SIB cycle, providing a return to be reused – i.e. a return to be kept with the intermediary, resulting in a more effective grant than a one-off donation⁸.

3. SIBs experiences worldwide

Although with certain particularities in common, SIBs should not be understood as a one-size-fits all model. In fact, according to the Social Finance, an English not-for-profit entity⁹, there are currently 89 Social Impact Bonds in 19 countries¹⁰, mobilizing more than 300 million pounds of investment into tackling complex social issues, such as refugee employment support, loneliness among the elderly, rehousing and reskilling homeless youth, and diabetes prevention¹¹.

Thus, one of the reasons why the structure has been so widely adopted is that SIBs have demonstrated to have a flexible structure, meaning that the contract may be applied to different contexts, countries and sectors. For example, as to its duration variety, existing contracts range between 20 months to 10 years, and as to the upfront committed capital, it has ranged from \$148,000 to \$24.5 million (in the U.S., Massachusetts)¹².

⁸ de Mariz *et alii* (2016)

⁹ According to their description "Social Finance is a not for profit organisation that partners with the government, the social sector and the financial community to find better ways of tackling social problems in the UK and beyond", in <http://www.socialfinance.org.uk/who-we-are/about-us> (04.22.2018)

¹⁰ The list of Impact Bonds in operation and in development may be found at <http://www.socialfinance.org.uk/database/> (04.22.2018)

¹¹ Social Finance (2017)

¹² de Mariz *et alii* (2016)

a) The first SIB

The first SIB, implemented in Peterborough in eastern England, aimed the reduction of reoffending of offenders who have served short custodial sentences. The fund raise was concluded in 2010 by Social Finance and amounted 5 million pounds coming from trusts and foundations¹³. In July of 2017, Social Finance and the One Service (an umbrella organization that was created for providing the services object of the SIB) announced the success of the contract, meaning that the aimed impact was achieved. According to such entities, the Peterborough Social Impact Bond reduced reoffending by 9% overall compared to a national control group. Such rate exceed the original target of 7.5% set by the Ministry of Justice of England – the contracting entity responsible for the repayment of the investment. Therefore, while the aimed social impact was achieved – also representing less tax spending by the government on conviction and imprisonment - the 17 initial investors¹⁴ were entitled to recover their initial capital plus a return of 3% per annum for the period of the investment.

b) The Portuguese Experience

As to the first Portuguese SIB (named as *Título de Contrato Social*), it was launched in 2013, coordinated by the *Laboratório de Investimento Social* - an organization formed by *Fundação Calouste Gulbenkian* and IES Social Business School, partnering with Social Finance. Relatively small – amounting 120,000 EUR and with a target population of 65 students - the contract aimed testing the impact of teaching computer to primary school children in order to improve cognitive skills and school performance. In this sense, the intention was that by means of the participating in a weekly computer programming class over one school year, students would improve their logical thinking and problem solving skills, as well as improving their school performance at Portuguese and Mathematics.

The outcomes, whose achievement should be tested in national exams two terms after the end of the program, would be payable if the performance of the intervention group was better (by 9% or more) than that of a comparison group. In such case, investors would receive a return capital in addition to their principal. As communicated by the Ministry of the Presidency and of the Administrative Modernization¹⁵, the desired outcomes were attained by the intervention - as attested by the Municipality of Lisbon.

Thus, in addition to allowing the application of an innovative solution (teaching coding) for a well-known public problem (students' low performance), the first Portuguese experience also aimed to bring savings to the public budget. As pronounced

¹³ Social Finance (2017)

¹⁴ According to Social Finance, investors in the Peterborough Social Impact Bond included: Barrow Cadbury Trust, the CowPat Trust, Esmée Fairbairn Foundation, Friends Provident Foundation, Golden Bottle Trust, The Henry Smith Charity, the Hintze Family Charitable Foundation, J Paul Getty Jr Charitable Trust, Johansson Family Foundation, K L Felicitas Foundation, LankellyChase Foundation, Monument Trust, Panahpur, Paul Hamlyn Foundation, R&S Cohen Foundation, Rockefeller Foundation and the Tudor Trust

¹⁵ Gabinete da Ministra da Presidência e da Modernização Administrativa (2018)

by the *Fundação Calouste Gulbenkian*¹⁶, students' grade repetition represents a financial impact amounting to 3,000 EUR per student to the municipality's public budget. Hence, in this first Portuguese experience, investors' repayment also followed the principle of cashable earning for the public administration.

c) The Brazilian Experience

In November of 2017, the Secretariat of Education of São Paulo publicly announced its intention to implement the first Brazilian Social Impact Bond (named "*Contrato de Impacto Social*" or Social Impact Contract). According to the draft, the government would seek intermediaries for providing services in the education sector during 54 months, and the main target would be the reduction of school dropout of high school students, as well as the increase of learning indicator rates of such students. However, possibly due to the uncertainties related to the elections proximity (to take place in October of 2018), in April of 2018, the Government of São Paulo announced its temporary withdrawn from the proposal¹⁷.

Yet, the proposed draft that was published shows that the Brazilian contract would follow the characteristics described hereby. That means, the draft focused on easily measurable goals (e.g. the decrease in 7% of the rate of high school students dropout); and on outcomes rather than on outputs. Moreover, the draft established the indicators that would be used for measuring and defining whether the goals were met or not¹⁸, and the measurement activity should be carried out through randomized controlled trials by an independent evaluator¹⁹.

4. Legal structure

a) Contract legal structure from public administration viewpoint

As seen above, the implementation of a SIB depends on the participation of a public authority; therefore, in general terms, its implementation shall be subject to the compliance with the relevant legal framework applicable to public procurements. Thus, in addition to varying to each legal framework, the structure of the contracts with public authorities will mostly depend on the intervention's sector and purpose, on its size and duration, as well as on the nature of the targeted intermediaries.

¹⁶ As announced by Luís Jerónimo in an interview to VER in September of 2017, available at <http://www.ver.pt/e-mesmo-possivel-aliar-o-impacto-social-ao-retorno-financeiro/> (04.22.2018)

¹⁷ As published in the press on April 9, 2018, available at <http://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,governo-recua-e-suspende-projeto-com-empresas-contras-evasao-escolar-em-sp,70002261570> (04.22.2018)

¹⁸ According to the draft of the bidding notice, all data needed for the measurement should be obtained from the existing administrative data of the Secretariat of Education of São Paulo, therefore no any additional collection costs should be created for the public sector.

¹⁹ According to the draft of the bidding notice, an international organization with well-known reputation should be responsible for selecting the independent evaluator

In the Brazil's case, such characteristics will mostly define whether the contract shall be necessarily preceded by a public bid, being under the laws No 8,666/93 (general terms for public procurement); 11,074/2004 (Public and Private Partnerships) or 12,462/2011 (Differentiated Regime of Public Contracts – *Regime Diferenciado de Contratações Públicas*). Alternatively, and as argued by Monteiro and Rosilho (2017), if the contractor is a non-for-profit entity, SIB contracts could be under the laws No 13,019/2014 (voluntary partnerships with civil society organizations); 9,637/98 (specific to Social Organizations, the Brazilian OSs) or 9,790/99 (specific to Organizations of Civil Society of Public Interest, the Brazilian OSCIPs).

Furthermore, given that for successful SIBs the public administration is the ultimate remuneration source for repaying the investors, resulting in the transfer of public resources to third parties, SIBs shall be subject to the relevant public laws governing the relationships with individuals and/or the public and private partnerships. In the Brazilian case, the public commissioner is required to book the possible spending in its accounting. Thus, prior to the commencement of programs and projects by the government, the authority shall include and commit the relevant resources in the annual public budget law.

Additionally, ideally, the agreement entered into with the public authority shall establish that the contractor is responsible for obtaining the funds necessary for implementing the project, and obtaining the funding must be a condition precedent for the effectiveness and commencement of the project. Therefore, in the case the contractor acting in good faith does not succeed in obtaining the necessary funds, it shall have no obligation to perform the intervention²⁰.

b) Contract legal structure from investors' viewpoint

Although being originally named as a “bond”, given its high risk (i.e., there is no promise that holders will be repaid the face value of the security at maturity), in most international examples, SIBs have not been structured as bonds, but mostly as contracts. Such differentiations – including the repayment condition that is based on the effective achievement of performance – also explain why SIBs are unlikely to be funded through a traditional lending structure²¹.

Hence, under the Brazilian legal environment, different investment structures may be set for channeling the necessary funds for the intervention, such as loan agreements or equity and debt structures. The ultimate decision on the relevant vehicle will depend on the SIB structure proposed by the public authority and on the contractor's structure. Additionally, the structure is expected to be tailored given the size of the project and its term, the number of possible investors and placement diversification. Moreover, as a new field, until the market and commissioners experiment and

²⁰ Such provision, however, should not be needed in case the funds are allocated before the execution of the contract among the public authority and the contractor.

²¹ de Mariz *et alii*. (2016)

understand its concept, investment options for SIBs are likely to be tested, customized and improved²².

Thus, given their relatively simplicity, for markets that have not implemented SIBs yet, loan agreements are expected to be the right choice. In addition to being simple, with such structure investors and intermediaries have a flexible solution that enables specific circumstances and conditions to be incorporated into the structure, including those arising from the public bid (if needed) or in the agreement entered into by and between the public authority and the intermediary. For instance, to the extent permitted in accordance with the public procurement instrument, financial structures aiming to protect the investor, such as the possibility of providing funds in different tranches upon the accomplishment of certain requirements, may be included in the loan agreement between the intermediary and investors.

Moreover, although being a complex and expensive structure, debentures could also be an alternative for channeling the funding, especially for large projects involving significant amounts of investment²³. In this case, similarly to the loan agreement, the distribution should aim at the collection of the total amount necessary for the performance of the project – a partial distribution, therefore, should not be permitted²⁴. As a standard debt security widely known in the Brazilian market, by issuing a debenture for the fundraising we would expect to leverage investors' reliability of the model, also enhanced by the legal minimum level of transparency and governance that is required from the issuer (e.g. the intermediary) in accordance with the applicable law.

5. Challenges

a) Impact measurement

As well as other instruments within the Impact Investment field²⁵, one of the main challenges for designing and implementing an SIB is the definition of a clear and objective measurement structure that will measure the expected social impacts. Thus, SIBs must target outcomes relatively simple to quantify.

Such difficulty increases to the extent that public administrations, not rarely, lack essential data that would enable the design of such measurement structures. Therefore, ideally, SIBs should be implemented in areas where grounded administrative data already exists, so that governments do not incur in additional costs for collecting and treating data.

For example, and as to the first Brazilian proposal, the expected impact of decreasing the rate of student dropout could be objectively measured from the existing

²² de Mariz *et alii.* (2016)

²³ According to the current Brazilian legal framework, debentures would not be suitable for SIBs could not be issued by a non-for-profit or companies organized as a limited liability (*Limitada*) entity.

²⁴ de Mariz *et alii.* (2016)

²⁵ Hanna (2010)

data on the educational sector. Moreover, as to the increase in students' performance – expected outcome for both the Portuguese and Brazilian cases – measurement is expected to be done by means of existing standardized national exams. In this case, the impact would be tested and observed if the performance of the students of the treatment group (that has receive the intervention) is greater than the performance of the students of the controlled group.

b) Investment return

For enabling cashable earnings for the government, feasibility studies quantifying the potential savings from the intervention must precede any implementation of SIBs. Such studies will also determine the maximum financial return for private investors²⁶. Consequently, such limitation may not correspond to a high return expectation from investors.

In the Brazil's case, the impact investing ecosystem – where investors willing to invest in SIBs are expected to be concentrated - is comprised of a heterogeneous mix of international development banks, family offices, traditional venture capital and private equity funds, philanthropic funds, foundations, social entrepreneurs, and business accelerator²⁷. As shown by a research report by the Aspen Network²⁸, among such investors, 50% target the net annual returns of their impact investments of 14.25% or more (a return above policy rates²⁹). Such number is considerably larger than the 37% among Latin American investors expecting such return, which may be explained by the fact that policy rates in Brazil are meaningfully higher than in other Latin countries. Additionally, 32% of impact investors are willing to accept a rate of return below inflation but still positive in absolute terms and just 6% of impact investors who responded to the survey accept a negative return in absolute terms. Hence, the high return expectation may be a challenge that could hinder the scalability of impact investment structures in the Brazilian market. Thus, and to the extent that, in general, returns of impact investments are not as competitive as traditional ones, same conclusions may be applied to other countries.

c) Lack of track record

Another challenge is the fact that, worldwide, the impact investment field is considerably new; therefore, it has not yet established a large and reliable track record of consistent social or financial returns, which in turn could hinder SIBs reliability and feasibility.

The particular case of the Brazilian market is not different - since the market is in its development, it is too early to tell whether impact investment firms will be able to deliver the market rate of return to their funders³⁰. Therefore, envisaging the

²⁶ de Mariz *et alii*. (2016)

²⁷ The Impact (2017)

²⁸ ANDE (2016)

²⁹ Selic of 14.25% at the time of the ANDE's survey

³⁰ The Impact (2017)

development of the Brazilian impact investing field, it seems fundamental that the first SIB brings positive results, as the positive records shall incentive other investors – those who look for “impact first”, as well as those mainly caring about the financial return.

d) Community resistance

In addition to the challenges intrinsic to the structure, as a new instrument, SIBs also attract skepticism and pessimism by different groups. Therefore, the debate on the structure from an ideological point of view normally is based on critics that the contract is an instrument for “privatizing public services” or “commodifying the public sector”³¹.

These critics are normally based on the fact that private investors play an important role on the structure, thus one could expect them to favor a management approach similar to the way they deal with their business - or in other words, the maximization of profits. In this context, these investors may pressure intermediaries, who would be worried about reputational risks in case of failure and could be urged to use all possible means to ensure the success of the program, not necessarily envisaging the creation of public good³². Moreover, within this logic of risk minimization and profit maximization, the structure could promote the commercialization of social services by favoring profitable social actions to the detriment of those that are less profitable (but that could result in better social outcomes).

Additionally, by targeting specific problems (e.g. students’ dropout), the socio-economic and political contexts that resulted in such societal challenge may be ignored by the structure. Hence, SIBs could favor intrusive interventions seeking a specific outcome that may not bring changes in broad perspectives.

To the extent that such provocations are mostly ideological, there may be no easy answers to them. However, given the primary function of channeling *additional* funds into the delivery of public services, SIBs should not be used as an excuse for decreasing public investment in the fields where governments have the duty to act. Additionally, considering that an SIB is a complex and innovative structure, before any formal attempt to adopt it, it seems vital that governments conduct an open and frank debate with civil society and, mostly, with the target population that will be impacted by an intervention.

e) Fixed term of the contracts

SIBs are fixed-term contracts. On the other hand, public administrations are expected to work towards general interest in the long run. Thus, government actions are usually not limited by a specific term: a government puts a social policy in place and, in general, this policy is expected to be indefinitely financed. Therefore, questions as to

³¹ These arguments are present, for example, in the debate taking place France and Brazil, as seen respectively at <https://www.isf-france.org/articles/les-social-impact-bonds-une-tentative-de-financiarisation-de-laction-associative> (04.22.2018) and at <http://www.cartaeducacao.com.br/artigo/politicos-e-banqueiros-forjam-experimento-social-com-estudantes-da-rede-publica-de-sao-paulo/> (04.22.2018)

³² Deblieck (2016)

“what are the consequences of an SIB after its term” are extremely important and shall be answered before the program’s commencement. Thus, governments must have answers on whether, to which and how to replicate, or transform into public policies, successful SIBs interventions; otherwise SIBs may risk being considered a social laboratory for testing specific practices.

Moreover, governments should also consider beforehand what would be the actions for interventions resulting in negative impacts. By the logic that governments are still the ultimate responsible for the social action, in case the intervention does not work as expected, is government’s liability to deal and remediate that.

6. Conclusion

As discussed throughout this article, despite its remarkable potentials, SIBs shall not be understood as a single solution for all types of public service delivery at all levels of government. It seems important to bear in mind that, given that no specific legal framework exists for such structure, SIB’s scope is extremely broad, thus its effectiveness will depends on how partnerships and practices are built around the structure.

Hence, before any attempt to implement an SIB project, governments shall solve several challenges intrinsic to the structure, by means of an open and transparent debate including all the different stakeholders involved in the relevant project. Such debates must include discussions on the project’s feasibility, and on the delimitation and selection of the proper outcomes. Moreover, question as to how guaranteeing a straightforward impact measurement system; how to educate investors for balancing their return expectations; or how to replicate and transform successful interventions into public policies after the SIB’s term, must be clearly addressed beforehand. Finally, SIBs must be an alternative for channeling additional funds into an efficient delivery of public services - meaning that it shall not be used as an instrument for decreasing public investment in the fields where governments shall act.

Therefore, after overcoming and providing proper answer to such challenges, SIBs structures may be implemented. Then, when successful, in addition to disseminating and strengthening the field of impact investing, encouraging financial innovation to the service of the public good, SIBs may result, for the public procurement and delivery of services in (2) the enhancement of collaboration between the public sector and different stakeholders; (3) cost savings for governments; (4) the introduction and dissemination of concepts of measurement, which may result in more efficiency and rigor to the delivery of public services; and (5) a shift on the public procurement model – encouraging a focus on outcomes rather than on inputs and outputs.

Bibliography

- Ande, 2016, The Impact Investing Network in Latin America, Trends 2014-15 in https://www.lgtimpact.com/.content/downloads/general-information/LatAm_ImpInv_Report_en.pdf (04.22.2018)
- Cankar, S. S. and Petkovsek, V., 2013, "Private and public sector innovation and the importance of cross-sector collaboration". *Journal of Applied Business Research*, 29(6), 1597-n/a.
- Deblieck, Hans, 2016, Social Impact Bonds: Pour ou Contre ? Pour La Solidarité, European Think & Do Tank, in <http://www.pourlasolidarite.eu/sites/default/files/na-2016-sib.pdf> (04.22.2018)
- Gabinete da Ministra da Presidência e da Modernização Administrativa, 2018, Nota à Comunicação Social, in <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=f9381dda-f885-4c61-b75d-136e1ac98b44> (04.22.2018)
- Godenhjelm, Sebastian and Johanson, Jan-Erik, 2018, "The effect of stakeholder inclusion on public sector project innovation". *International Review of Administrative Article Sciences*. Page: 42-62
- Gustafsson-Wright, Emily and Gardiner, Sophie, 2016, What role do impact bonds have in the achievement of the Global Goals? Brookings, in <https://www.brookings.edu/blog/future-development/2016/07/13/what-role-do-impact-bonds-have-in-the-achievement-of-the-global-goals/> (04.22.2018)
- Hanna, Julia, 2010, The Hard Work of Measuring Social Impact. Harvard Business School Working Knowledge, in <https://hbswk.hbs.edu/item/the-hard-work-of-measuring-social-impact> (04.22.2018)
- Hellmann, Aline G., 2016, Monitoramento e Avaliação de Políticas de Desenvolvimento Social: Uma Interpretação Institucional com Referência ao Caso do Programa Bolsa Família. Dissertação. Universidade Federal do Rio Grande do Sul
- Lusch, R. F. *et alii*, 2010, "Service, value networks and learning". *Journal of the Academy of Marketing Science*, 38(1), 19–31
- de Mariz et alii, 2016, UBS white paper on Social Impact Bonds – Perspectives for Brazil in <https://ssrn.com/abstract=2886847> (04.22.2018)
- Monteiro, Vera and Rosilho, André, 2017, "Como o Estado pode celebrar Contrato de Impacto Social/CIS?" in *Direito administrativo na atualidade*. Marçal Justen Filho (coord.) Malheiros, São Paulo.
- Nissen, H.A. *et alii*, 2014, "Knowledge sharing in heterogeneous teams through collaboration and cooperation: Exemplified through public–private innovation partnerships". *Industrial Marketing Management*, 43(3), 473–482.
- Social Finance, 2017, Press Release in <http://www.socialfinance.org.uk/sites/default/files/news/final-press-release-pb-july-2017.pdf> (04.22.2018)
- The Impact, 2017, Impact Investing in Brazil: a Primer for Families, in http://theimpact.org/wp-content/uploads/2017/06/TheImPact.BrazilPrimer.20170626.ENG_.LowRes.pdf (04.22.2018)

A APLICAÇÃO DA DEMOCRACIA LÍQUIDA DE BRYAN FORD À HUMANIDADE UNIDA DE RAFAEL DOMINGO OSLÉ

Lécio Silva Machado¹

1. Introdução

Os cientistas das ciências jurídicas costumam ser chamados de juristas, e talvez este distanciamento que se faz entre os termos cientista e jurista faz com que muitos estudiosos achem que não devam se preocupar com pesquisas que apresentem à sociedade os prováveis caminhos a serem trilhados.

Muitos juristas estão preocupados em pesquisar e descrever os pensamentos dos movimentos jurídicos, filosóficos e sociais do passado em busca de respostas para a aplicação e interpretação dos fenômenos sociais, políticos e jurídicos do presente. Outros ainda declaram ser papel da filosofia ou da filosofia do direito cuidar de pensar como se dará o futuro do Direito, porém é um grande erro pensar assim, pois a produção de leis e a sua interpretação, assim como a aplicação do direito influenciam o presente e essas influências se projetam para o futuro. E é neste espírito exploratório, curioso e mais de sentimento de vanguarda que faz-se necessário apropriar-se do passado e do presente para projetar o futuro do direito.

Rafael Domingo Oslé, professor de Direito da Universidade de Navarra na Espanha, é um cientista jurídico que não só observa a necessidade de se pensar esses temas, como durante sua carreira busca pesquisar a sociedade atual e seu desenvolvimento no âmbito das ciências, principalmente as jurídicas, econômicas e sociais, e a partir de uma pesquisa séria e minuciosa levanta hipóteses de como o direito e a humanidade estão caminhando para a formação de uma comunidade global que necessitará de instrumentos de direito para gerir essa nova e futura realidade que se apresenta.

Outro cientista que é destacado neste trabalho é o Doutor em Ciências da Computação, Bryan Ford, americano atualmente radicado na Suíça que tem sua atenção voltada para a formação de redes de informação a partir da tecnologia informática. Ford descreveu em um artigo, inicialmente de forma despretensiosa, um sistema democrático de interação que poderia substituir o atual sistema representativo. Seu trabalho foi lido e discutido por estudiosos em diversas áreas das ciências.

O que se busca nos próximos capítulos é apresentar a obra desses dois autores, através de um estudo transversal, pois estabelecida está uma junção do pensamento de um cientista jurídico e de um cientista da computação, na busca uma relação entre um sistema democrático denominado “Democracia Líquida” e uma nova forma de organização de comunidade a nível global.

¹ Doutorando em Ciências Jurídicas Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal.

A pergunta que se apresenta é “a democracia líquida de Bryan Ford pode ser um instrumento de manifestação dos povos num mundo globalizado e regulado por um Direito Global?”.

O ponto de partida é a apresentação do que seria essa nova organização social e esse novo direito global descrito por Oslé. Em segundo lugar é descrever a “Democracia Líquida” ou “Democracia Delegativa” de Bryan Ford, sendo que por último demonstrar se as ideias dos dois autores podem convergir para que essa forma de democracia possa auxiliar na legitimação do Direito Global.

Este artigo não é uma obra capaz de encerrar o estudo dos dois temas, mas tem a pretensão de apresentar de forma clara e pontual quais as ideias de Ford que podem ser úteis para Oslé. Logo é uma obra descritiva, exploratória e voltada para apresentar uma hipótese a duas ideias que, apesar de parecerem utópicas, no sentido de que entre o momento atual e a possibilidade de sua concretização há um caminho muito grande a ser trilhado, não podem ser descartadas, pois já conseguimos ver, como um homem que observa a tempestade surgir no horizonte, ao constatar a presença de raios, flashes de que nos são apresentados atualmente, por exemplo, pelos efeitos e consequências da Globalização.

2. Um novo direito, uma nova organização social para um mundo globalizado

A Globalização é um fenômeno que tem sua origem afirmada de modo diferente por vários estudiosos, porém o que quase ninguém questiona é a sua existência e sua extensão a nível global. Partimos neste estudo da ideia de que, apesar de observarmos a expansão de um mercado global a partir das grandes navegações, não há dúvidas de que com o fim da chamada Guerra Fria, todos se deram conta que uma nova ordem mundial começava a se fixar de forma clara, influenciando de modo diferente a totalidade dos países do Globo, a nível econômico, social, político, tecnológico e cultural.

Concordamos, com o conceito de Globalização descrito por Held, MacGrew, Goldblatt & Perraton, em Held & McGrew como sendo

um processo (ou conjunto de processos) que encarna uma transformação na organização espacial das relações e transações sociais — avaliada nos termos de sua extensão, intensidade, velocidade e impacto — e que gera fluxos transcontinentais e inter-regionais e redes de atividade, interações e exercícios de poder².

Como se pode observar, é um fenômeno mundial e complexo, baseado em interações entre os diversos atores mundiais e também entre as pessoas, em uma teia de relações, econômicas, políticas, culturais, tecnológicas e sociais, que acaba por fim construindo uma nova civilização transnacional.

² 2001, p. 68

Em sua obra “Globalização: As Consequências Humanas” Zygmund Bauman analisando a Globalização a partir de sua transformação temporal e espacial, indica que este fenômeno não ocorre da mesma forma e nem produz os mesmos resultados em todo o mundo, chegando ao ponto de dizer que “a Globalização tanto une, quanto divide”³ pois apresenta uma elite extraterritorial cada vez mais globalizada formada por populações de países centrais ricos e outra parte da população cada vez mais local, suscetível a privação e degradação social.

Bauman citando Richard Sennett destaca que “Numa geração anterior, a política social baseava-se na crença de que as nações, e dentro delas as cidades, podiam controlar suas riquezas; agora, abre-se uma divisão entre Estado e economia”⁴.

O referido autor, conclui que o processo de Globalização retirou dos estados westfalianos, o controle sobre as transformações globais e locais, principalmente as econômicas. As grandes estruturas estatais são bastante lentas para acompanhar a nova ordem, que é baseada na velocidade da transmissão de dados pela rede mundial de computadores e por este motivo, há uma desconfortável percepção que as coisas estão fugindo ao controle.

Completa Baumam

O significado mais profundo transmitido pela ideia da globalização é o do caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos 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 nome⁵.

O autor Espanhol Rafael Oslé, concorda com Baumam ao descrever a Globalização como um processo que retirou do Estado o status daquele ente detentor de direitos em seu território que tinha todos os recursos em suas mãos para estabelecer normas de como seria os rumos dos negócios em seu espaço geográfico.

No entendimento dos dois autores, a política internacional estava apoiada na sustentação do princípio de plena e incontestada soberania de cada Estado sobre o seu território, não interessando os “espaços vazios” que restassem no globo e da não superposição de soberanias ou reivindicações territoriais relevantes.

O Professor Reis Marques também conclui que

Face ao fenômeno da globalização, os Estados vão perdendo a iniciativa e a influência tanto no domínio externo como interno. A progressiva dissociação entre as forças econômicas transnacionais e os poderes públicos nacionais parece conduzir a um mundo entregue a regras de origem privada marcadas por uma racionalidade estritamente econômica. Perante a virtualização da

³ 1999, p.05

⁴ Richard Sennet, “*Something in the city: the spectre of uselessness and the search for a place in the world*”, Times Literary Supplement, 22 de setembro de 1995, p. 13. Apud Zygmund, 1999, p.55.

⁵ 1999, p.58.

economia mundial, aqueles instrumentos jurídicos fundamentais criados pela modernidade societária, referimo-nos às constituições e aos códigos, perdem muito da sua eficácia⁶.

De fato, a política internacional estava amplamente baseada no relacionamento entre Estados e Estados, apoiada nas regras de Direito Internacional e na produção em escala galopante de tratados e convenções.

Segundo denota Rafael Oslé, “O Direito Internacional, por sua vez, estabeleceu o princípio da igualdade entre os Estados (Staatenrecht), esquecendo-se dos cidadãos que faziam parte deles. Foi, portanto, um Direito mais institucional do que um Direito pessoal. E por isso artificial, hermético”⁷.

A Globalização trouxe consigo inúmeras particularidades que não se enquadram mais na condição dos Estados Westfalianos presos a sua soberania e território, tais como: Livre circulação de capitais, moedas virtuais, forte migração, atuação constante dos novos atores nas deliberações políticas, sociais e econômicas (organizações não governamentais, organismos internacionais, fóruns de debates públicos e multinacionais com capital aberto e algumas vezes com faturamento anual maior que o PIB⁸ dos Estados em que está sua sede) e a diminuição das distâncias pela velocidade dos novos meios de transporte e transmissão de dados. Estes instrumentos tem papel fundamental na política internacional e até em algumas decisões de política interna.

Não é mais possível neste contexto a aplicação extraterritorial do direito nacional sem que este provoque conflitos, não sendo mais uma solução adequada.

Laporta⁹, retrata que a Globalização é um fenômeno que está transformando as relações dos atores mundiais com a lei, descrevendo que o Direito Internacional deve se moldar a esta realidade e que atualmente estamos caminhando para a construção de um novo Direito, talvez, na nossa visão, este que cita Rafael Domingo Oslé.

Para Oslé,

Estamos agora diante de uma única ordem global, coerentes com as dimensões familiares e comunitários, o que coloca a pessoa humana no centro de sua estrutura. Assim, no dia que o direito internacional deixar de reconhecer o Estado como o tema principal e começar a dar primazia à pessoa, naquele dia, repito, o direito internacional se tornará direito global¹⁰.

Por este motivo o escritor espanhol propõe, baseado em um exercício de pensamento filosófico intuitivo, um novo direito para uma nova fase que se apresenta ao longe. A Globalização inaugurou a necessidade de se formar um novo direito que ele

⁶ 2008, p.131.

⁷ 2009, p.89.

⁸ PIB é a sigla para produto interno bruto é pode ser entendido como uma medida do valor dos bens e serviços que o país produz num período, na agropecuária, indústria e serviços.

⁹ *Gloablizacion e imperio de La Ley*, Algumas Dúvidas Westfalianas, 2005, p. 243-265.

¹⁰ 2009, p.90.

mesmo denomina de Direito Global, que tem como ponto principal a humanidade, dessa forma o interesse Estatal dá lugar ao interesse das gentes.

O autor propõe que os povos de todo mundo transitem para uma nova ordem de organização social, denominada “Humanidade Unida” seria assim uma transição de uma sociedade internacional para uma sociedade global.

A “sociedade humana global”, ou ainda a “comunidade Global” seria a junção de

uma comunidade de indivíduos e grupos de pessoas, organizações políticas, comunidades, municípios e cidades, povos, nações, sociedades comerciais, associações cívicas, igrejas e comunidades religiosas e, claro, organizações supranacionais, integradas e harmonizadas, por vezes sobrepostas, não compartimentadas soberanamente, livres, interdependentes e solidárias no âmbito de um espaço global, ou seja, na medida em que contém toda a matéria existente e conhecida pela humanidade¹¹.

Para tanto, será necessário a implementação de uma governança Global, onde os diversos atores de transformação social e econômico estabeleçam consensos a fim de buscar resultados baseados em um novo contrato social implícito¹².

Boaventura Santos, em seu texto, “Reinventar a Democracia” destaca, ao tratar do novo contrato social, que

.... à primeira vista, a situação actual, longe de configurar uma crise do contratualismo social, caracteriza-se pela sua consagração sem precedentes. Nunca se falou tanto de concretização das relações sociais, das relações de trabalho, das relações políticas do Estado com organizações sociais. Mas esta nova contratualização tem pouco a ver com a que foi fundada na ideia moderna do contrato social. Em primeiro lugar, trata-se de uma contratualização liberal individualista, moldada na ideia do contrato de direito civil, entre indivíduos, e não na ideia do contrato social entre agregações colectivas de interesses sociais divergentes. O Estado ao contrário do que se passa no contrato social, tem uma intervenção mínima, de assegurar o cumprimento do contrato enquanto ele não for denunciado, sem, no entanto, poder interferir nas condições e nos termos do acordo. Em segundo lugar, ao contrário do contrato social, a nova contratualização não tem qualquer estabilidade, podendo ser denunciada a qualquer momento por qualquer das partes. [...] Em terceiro lugar, a contratualização liberal não reconhece o conflito e a luta como elementos estruturais do combate, Pelo Contrário, substitui-os pelo assentimento passivo a condições supostamente universais consideradas incontornáveis. [...] Por todas estas razões a nova contratualização é, enquanto contratualização social, um falso contrato, uma mera aparência de compromisso constituído por condições impostas sem discussão ao parceiro mais fraco no contrato, condições tão onerosas quanto inescapáveis¹³.

¹¹ OSLÉ, 2009, p.92.

¹² Conforme podemos extrair de Reforma Governança Global: Quebrando o Impasse (Brookings Institution Press, Washington DC, 2007), entre outros.

¹³ 2002, p.22-23.

A existência e a predominância desse tipo de contratualização social, leonino e aparentemente desgovernado, apoiado em tratados e convenções construídos sobre princípios de Direito Internacional, deve dar lugar a uma nova contratualização, baseada na construção de um novo Direito Global, em que a comunidade global possa não só decidir, mas também participar de forma igualitária nas discussões e decisões.

Oslé não se preocupou diretamente em sua obra “O novo Direito Global” em apresentar as características do contrato social atual, mas destacou que a tendência é que a comunidade global será integrada por duas espécies de sociedade, a sociedade civil internacional e a comunidade internacional, formando assim um único grupo, onde não terá importância a distinção entre o público e o privado.

De fato, é necessário, para a formação e fortalecimento do Direito Global que irá apoiar a existência e funcionamento da Humanidade Unida, que os estados westfalianos deverão gradualmente renunciar as suas soberanias, não implicando em seu desaparecimento, mas em uma adequação da ideia de que a nação é mais importante que o território e que o conceito de nação também não mais estaria restrito ao nome da família (*Nomen Romano*)¹⁴, linguagem, local de nascimento, mas sim a noção de pertencimento.

Daí Rafael Oslé acrescentar que uma das tendências atuais da Globalização que mais tem forçado a esta mudança de mentalidade quanto a forma de se pensar o Estado é o Novo Cosmopolitismo, impulsionado pelo acesso à informação e pela diminuição do tempo e espaço, fruto das mudanças tecnológicas e dos novos meios de transporte mais velozes e menos custosos.

O fato é que existe atualmente uma intensificação das correntes migratórias, seja por conta dos conflitos armados dentro dos estados e entre os estados, da fome, seja por conta da busca por novas oportunidades de trabalho, ou ainda simplesmente pela busca de qualidade de vida. E cada vez mais, principalmente nos países ricos, a população nacional se relaciona com populações provenientes de algum tipo de migração. Veja por exemplo o caso de Portugal, hoje vivem 81.251 mil brasileiros¹⁵ com residência autorizada em território português, sendo que estima-se cerca de 116 mil brasileiros hoje vivendo em território português, a maioria deles motivados pela busca de novas oportunidades de trabalho e melhoria na qualidade de vida. Esta é uma realidade cada vez mais vivida no cotidiano dos grandes centros de atração populacional.

E para que o projeto de Humanidade Unida se concretize é necessário que os Estados se afastem da ideia de um narcisismo nacionalista e busquem um patriotismo livre, aberto e cosmopolita.

¹⁴ Todos os homens que nasciam em Roma ou descendentes de Romanos recebiam através do nome uma indicação que era cidadão romano.

¹⁵ Relatório de Imigração, Fronteiras e asilo 2016, produzido pelo Serviço de Estrangeiros e Fronteiras – SEF e disponível *In* <https://sefstat.sef.pt/Docs/Rifa2016.pdf>.

Segundo Oslé,

O Direito Global, na medida em que se centra na pessoa, deve incentivar formas de aquisição de nacionalidade completamente voluntária para os cidadãos que tenham aceitado a carta de globalidade e combater qualquer política imperativa e antidemocrática na distribuição de pessoas pela terra. O princípio é claro: todos têm o direito de determinar o local de residência em qualquer canto da terra desde que cumpra com cargas que são impostas pela própria comunidade. Assim, a imigração não seria um problema entre os Estados e se tornaria uma questão de direitos humanos, inerente a todas as personas¹⁶.

Os Estados, como estão organizados atualmente, baseados na ideia de aquisição de nacionalidade por *ius solis* e/ou *ius sanguinis*, ou ainda por um procedimento normalmente custoso, longo e burocrático para quem se aventura a requerer, criando diversas barreiras para que os imigrantes possam se estabelecer e obter residência em seus países, mantendo, principalmente nos países ricos, um verdadeiro exército de ilegais. Uma força de trabalho explorada pela falta de instrumentos legais que lhe garantam no mínimo a residência. Tal fato não se observa quando um nacional pretende migrar, neste sentido o Estado não causa nenhum embaraço. Tal distorção é contrária aos preceitos existentes nas declarações de direitos humanos e é um grande entrave atual ao novo cosmopolitismo descrito por Oslé.

Para a implantação da Humanidade Unida, a regulação da imigração deve se tornar de competência global porque é um direito humano inalienável. Ela exige uma verdadeira liberalização das barreiras dos Estados, permitindo a mobilidade humana.

O autor Espanhol continua a declarar que “a nova mentalidade deve ser imposta a fim de limitar os excessos da soberania e construir um mundo onde as desigualdades entre povos e nações são diminuídos pelo Direito, reforçada por novas mídias e novos atores”¹⁷.

Na visão de Oslé¹⁸, outra barreira a ser vencida para a concretização de uma comunidade global, baseada em um Direito também Global é a forma em que os Estados, a partir da construção do Direito Internacional, por tratados e convenções, se apropriaram da terra. Segundo este entendimento é necessário uma forte delimitação de territorialidade, como uma das bases de uma soberania concreta. E mais, como este Estado faz uso desse território de forma ampla, irrestrita e independente.

Esta noção de território como domínio (*dominium*) é herança do Direito Romano, porém esta noção fruto do *juris Civiles* não encontra lugar nessa comunidade internacional, pois é necessário que a terra seja direito e responsabilidade de todos. A dominação possessória e a apropriação colonial da terra, proveniente do período das Grandes Navegações e fortalecido após a Segunda Grande Guerra, deve dar lugar a uma nova noção de que os Estados são detentores do uso e do gozo das terras, mas não

¹⁶ 2009, P.97.

¹⁷ OSLÉ, 2009, p.91

¹⁸ 2009.p.101-102

proprietários, a fim de que terra, ar e mar sejam propriedade de todos e nessa visão metajurídica, sempre disponíveis à solidariedade, ou seja a administração dos recursos naturais estaria a cargo da nova Humanidade, a fim de se evitar as consequências do uso inadequado do planeta, como podemos observar atualmente com o aquecimento global e outros desequilíbrios ambientais.

O que se busca com a existência de uma Humanidade Unida, baseada em um novo Direito Global não é a criação de um superestado onde se firmaria um império da humanidade, nem a aniquilação dos Estados, mas a transição para um governo mundial, democrático e soberano, numa espécie de democracia global.

Uma forma de governo formado por uma vontade política universal, pensada a partir da expressão de vontades de toda a humanidade. Esse sistema de governo seria baseado na legitimidade (validação de quem é governado) e não somente na legalidade (império das leis).

Quanto a legitimidade da Antroparquia¹⁹, Oslé relata que

A legitimidade da Antroparquia reside no fato de que toda comunidade organizada exige um governo justo e que a humanidade como tal se tornou uma comunidade suprema, embora não seja governada por ninguém, pelo menos formalmente. E tornou-se uma comunidade porque o fenômeno da globalização permitiu que ela tomasse consciência de si mesma, de sua missão de proteger a Terra e da necessidade urgente de resolver em comum os problemas que nos afetam a todos²⁰.

É evidente que ainda estamos muito longe de vermos a visão do autor espanhol virar realidade. Ainda há muito mais de utópico do que real no que defende e acredita Oslé, mas já vemos, através de fenômenos como a Globalização, a formação de grandes blocos econômicos e políticos como a União Européia e até mesmo a Federação Norteamericana, guardadas as suas proporções e atuais posicionamentos.

Para o estabelecimento de um governo mundial e de um Direito Global ainda é necessário a reforma de muitos organismos internacionais a funcionar, se afastando dos princípios do Direito Internacional atual e baseando suas ações nos princípios da solidariedade, democracia e humanidade.

E é na visão da criação de uma nova estrutura democrática para apoiar esta nova humanidade que estabelecemos a problemática deste estudo, assim, após estes breves comentários quanto a visão de futuro de Rafael Domingo Oslé, será apresentada uma

¹⁹ “é a forma de governo a ser faseada, à taxa de formação de uma vontade política universal, uma expressão de toda a humanidade, não apenas um pedaço de homens. Falamos sobre Antroparquia e não Antropocracia porque é um sistema de governo baseado mais sobre a legitimidade (-arquía) do que a mera legalidade (-cracy). assim, a demanda natural para ser uma comunidade de pessoas que assumem o imperativo de construir um mundo melhor, se opõe às tentativas autocráticas de construir uma ordem fruto do acordo dos testamentos atuais, dos interesses conjunturais e das políticas oportunistas de um espaço - tempo concreto.” 2009, p.105.

²⁰ 2009, p.106.

proposta de ferramenta democrática capaz de se adequar à posição do autor. Sendo que ao final será estabelecida uma correlação entre a proposta dos dois autores.

3. Democracia líquida ou democracia delegativa

Segundo Bryan Ford, teórico que primeiramente escreveu de forma direta sobre o tema em 2002, democracia líquida, ou ainda denominada democracia delegativa²¹ é uma forma de comando democrático que permite que um eleitorado transfira seu poder de voto à delegados ao invés de escolher seus representantes. É um novo paradigma para a organização da democracia baseada na participação direta do indivíduo nos processos de votação ou na transferência (Delegação), caso queira, do voto individual a um representante escolhido de forma livre e direta para não só votar, mas para também participar de todo processo de discussão do assunto a ser votado no lugar de quem delegou o voto.

A formulação da democracia líquida não é nova, o termo é uma descrição genérica de outros aparelhos de controle popular já existentes ou anteriormente propostos. Podendo tais ideias serem observadas, por exemplo, desde a década de 1969, com trabalho do autor James C. Miller²² que propõe um programa para votação direta e por procuração no processo legislativo, argumentando que a mudança tecnológica aumentou as oportunidades de participação dos eleitores no processo legislativo e apresentando uma proposta que aproveita algumas dessas possibilidades, ou ainda um livro escrito em 1980 por Carroll Lewis²³ que descreve, em sua obra intitulada “Os Princípios da Representação Parlamentar”, novas formas de participação popular nos pleitos.

A partir de 2006, as autodenominadas “organizações de software livre” principalmente na Alemanha tem, de forma mais enfática, lançado mão de pelo menos duas importantes plataformas de software na modalidade de democracia líquida com a função de discutir e deliberar de modo on-line sobre assuntos políticos e sociais. Podemos citar como alguns aplicativos que foram inicialmente criados o LiquidFeedback²⁴ e o Adhocracy²⁵.

De fato, a Globalização tecnológica, fruto principalmente do uso da rede mundial de computadores, tem levado vários pesquisadores e atores públicos estatais ou não a utilizar este instrumento para tentar aumentar o interesse das pessoas na participação e no engajamento no discurso político. E tem apostado na aplicação de aplicativos e plataformas tecnológicas para garantir o máximo da participação popular de forma

²¹ Primeiramente o autor denominou a Democracia Líquida de “Delegative Democracy” ou Democracia Delegativa.

²² Miller, JC. 1969. *A program for direct and proxy voting in the legislative process*. in [https://doi.org/10.1007/BF01718736].

²³ Carroll, L. (1980), *The Principles of Parliamentary Representation*, in [https://books.google.pt/books?id=ZCovAAAAYAAJ]Harrison and Sons, 1884.

²⁴ Acesso pelo link: <https://liquidfeedback.org/>

²⁵ Acesso disponível pelo link: <https://adhocracy.de/>

direta, ou através da delegação à pessoas que terão o poder/dever de discutir os temas propostos e votar de acordo com seu interesse.

E é principalmente na Alemanha que algumas dessas tentativas de implementação do uso da democracia delegativa começaram a ser notadas e estudadas por diversos pesquisadores pelo mundo. O jornal online alemão Spiegel²⁶ e a plataforma de notícias online techPresident²⁷ cobrem o uso da Democracia Líquida pelo denominado Partido Pirata Alemão. Também já é possível encontrar diversos estudos acadêmicos sobre o tema em diversas partes do mundo e em diversos ramos da ciência, tais como Direito, Sociologia, Ciência Política e nas também nas áreas como matemática, programação e gestão empresarial, como pode ser observado nas referências do presente artigo. Por isso, tal tema pode ser entendido como um tema transversal, atinente à diversas áreas do conhecimento humano.

Bryan Ford, em seu texto, Democracia Delegativa de 2002, apresenta seis princípios a serem aplicados para a realização da democracia líquida:

Esta seção apresenta em detalhes os princípios centrais da democracia delegativa, que podem ser resumidos da seguinte forma:

- **Escolha do Papel:** Cada membro pode optar por assumir um papel passivo como um indivíduo ou um papel ativo como um delegado. Os delegados têm mais opções sobre o quão ativos eles são e em quais áreas atuarão.
- **Baixa Barreira à Participação:** A dificuldade e o custo de se tornar um delegado são pequenos e, em particular, não exigem campanha ou vencer uma eleição competitiva.
- **Autoridade Delegada:** Delegados exercem poder nos processos organizacionais em nome dos indivíduos e aqueles indivíduos que votam neles. Delegados diferentes exercem níveis variados de poder de decisão.
- **Privacidade dos Indivíduos:** Para evitar pressões sociais ou coerção, todos os votos feitos por indivíduos são privados, tanto de outros indivíduos como de delegados.
- **Responsabilização dos Delegados:** Para garantir a responsabilidade dos delegados aos seus eleitores e à comunidade em geral, todas as decisões formais deliberativas tomadas pelos delegados são públicas.
- **Especialização por re-delegação:** Os delegados podem não apenas agir diretamente em nome de indivíduos como generalistas, mas através de re-delegação eles também podem agir em nome de cada um como especialistas²⁸.

²⁶ Acesso pelo link: <http://www.spiegel.de/international/germany/liquid-democracy-web-platform-makes-professor-most-powerful-pirate-a-818683.html>

²⁷ Acesso pelo link: <http://techpresident.com/news/wegov/22154/how-german-pirate-partys-liquid-democracy-works>

²⁸ *This section lays out in detail the core principles of delegative democracy, which can be summarized as follows:*

- **Choice of Role:** Each member can choose to take either a passive role as an individual, or an active role as a delegate. Delegates have further choices as to

Em resumo, a Democracia líquida ou delegativa se utiliza de uma ideia de rede de informações para que o indivíduo possa, querendo, participar diretamente da discussão e votação de uma proposta ou delegar esse direito a terceira pessoa de sua confiança. E que qualquer pessoa possa de forma mais simples e menos custosa possível se tornar um delegado, agindo em nome próprio e de seus outorgantes, mas no interesse de todos que lhe confiaram o voto, exercendo autoridade com responsabilidade e podendo a qualquer momento, de acordo com o desejo de quem o outorgou o voto, ser destituído de tal outorga.

Assim, a Democracia Líquida pode ser entendida como um ponto em uma escala variável entre a democracia representativa e a democracia direta, pois cada indivíduo pode decidir onde eles estão na escala em qualquer momento.

No entanto, muitos estudiosos da Democracia Líquida apresentam pelo menos dois pontos de vulnerabilidade da aplicação desse instrumento. Primeiro, a limitação ligada a falta de motivação dos indivíduos em participar das discussões de temas variados, mesmo que relevantes para sua vida social, econômica e política. Em segundo lugar a falta de acesso dos cidadãos às redes de comunicação, principalmente a internet e a instrumentos tecnológicos, tais como computadores, telefones celulares e outros.

A principal limitação da democracia líquida é na motivação para a participação popular, pois não basta que os cidadãos votem ou deleguem seu voto, mas que conheçam basicamente o que é e como funciona o instrumento que estão utilizando, a fim de evitar que o resultado seja simplesmente quantitativo, ou seja, a finalidade da democracia líquida não é colher votos diretos ou delegados, mas é fazer com que o indivíduo participe das discussões, seja delegando a alguém de sua confiança seu voto ou discutindo e votando diretamente em cada proposta de forma consciente.

É irreal esperar que os cidadãos estejam inteiramente preparados e prontos para especificar racionalmente suas próprias necessidades²⁹. Com relação a questões sociais e políticas complexas, os cidadãos têm inclinações e desejos, mas raramente um conjunto

how active they are and in what áreas.

- **Low Barrier to Participation:** The difficulty and cost of becoming a delegate is small, and in particular does not require campaigning or winning a competitive election.
- **Delegated Authority:** Delegates exercise power in organizational processes on behalf of themselves and those individuals who vote for them. Different delegates exercise varying levels of decision power.
- **Privacy of Individuals:** To avoid social pressures or coercion, all votes made by individuals are private, both from other individuals and from delegates.
- **Accountability of Delegates:** To ensure accountability of delegates to their voters and to the community at large, all formal deliberative decisions made by delegates are public.
- **Specialization by Re-Delegation:** Delegates can not only act directly on behalf of individuals as generalists, but through re-delegation they can also act on behalf of each as specialists.

²⁹ Benhabib, 1996; *Gutmann and Thompson*, 1996.

ordenado e coerente de preferências. Muito frequentemente eles não estão cientes das implicações, méritos e riscos relativos dessas preferências.

Outra dificuldade muito comum apresentada pelos estudiosos da democracia líquida é a falta de acesso à internet e às plataformas de discussão online, pois apesar do avanço tecnológico, a maior parte da população mundial atualmente não tem acesso a internet, principalmente nos países do hemisfério sul³⁰.

Segundo MAIA

O potencial da internet para expandir os fóruns conversacionais faz emergir inevitavelmente o problema do acesso. [...]Se tomarmos a questão do acesso às novas tecnologias de maneira muito literal, pouco teríamos a recomendar acerca desta 'esfera pública virtual' para ampliar a participação democrática, com vistas à inclusão de toda a população. O alto custo da tecnologia (da linha telefônica e das ligações) e o elevado índice de analfabetismo barram o acesso de muitos ao espaço cibernético³¹.

É fato que o fortalecimento da democracia e das redes cívicas diz respeito não apenas ao problema do acesso físico individual à tecnologia, mas, principalmente, ao interesse e à motivação para a participação política.

Completa a autora acima citada

É improvável que iremos alcançar uma cultura política perfeitamente discursiva, na qual todos os cidadãos tenham um interesse ativo em discussões políticas ou questões públicas gerais. Não é irreal, contudo, supor que as pessoas estarão (e já estão) envolvidas em questões que afetam mais diretamente as suas vidas, e que se engajam em debates específicos, considerados relevantes ou significativos para uma ação comum efetiva³².

A utilização das redes sociais, como é o caso do Facebook³³, tem se mostrado como importante fenômeno agregador de indivíduos que de forma livre, apesar de haver limitações de alguns conteúdos, tem se envolvido em discussões de diversos temas públicos e políticos que afetam diretamente a eles. Isso representa de alguma forma que a internet pode sim se firmar como instrumento mundial de aplicação sistêmica para a expansão de uma plataforma mundial de consulta e discussão para implementação da Democracia Líquida, claro que após vencidas diversas barreiras para sua implementação além das dificuldades que possam se apresentar, tais como as variáveis ligadas a área de segurança de transmissão de dados e a falta de privacidade, tão discutidas atualmente

³⁰ Dados existentes no Relatório da União Internacional de Tecnologia – UIT da ONU em 2017 in <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/facts/default.aspx>

³¹ 2000, p. 5-6

³² Maia, 2000, p.7.

³³ Rede social virtual lançada em 2004 e operada pela empresa norte americana Facebook Inc. É a Rede social mais acessada e com maior numero de usuários do mundo. in <https://www.facebook.com/>

nos Estados Unidos da América após o pleito que elegeu o atual presidente Donald Trump³⁴.

Encontramos ainda citações de uso da Democracia Líquida por Paulin,

Em termos de sistemas de informação em funcionamento, pelo que sabemos, quatro instâncias são conhecidas: em 2010, Paulin aplicou democracia líquida para capacitação de executivos para um sindicato de estudantes, que foi criado em meados de abril de 2010; algumas semanas depois, em maio de 2010, o Partido Pirata Alemão aprovou o Feedback Líquido, um sistema baseado na democracia líquida que serviu como um backbone para o processo de tomada de decisão entre as partes; na Rússia, Leonid Volkov & Fyodor Krasheninnikov lançou em 2011 o portal <http://democratia2.ru>, que instancia sua específica sabor da democracia líquida - democracia na nuvem (cf. Velikanov 2013), enquanto um quarto sistema, chamado Polly, parece estar em desenvolvimento na Austrália desde 2012 (Downing e Molloy n.d.)³⁵.

Apresentadas as diretrizes da democracia líquida, é necessário agora, de acordo com a proposta desse trabalho entrelaçar o pensamento dos dois autores estudados, na busca de uma ligação coerente entre as duas formas de se pensar o futuro da sociedade e do Direito.

4. Aplicação da democracia líquida à humanidade unida

Após apresentar a visão dos dois autores sobre suas temáticas, cabe agora formular quais seria o ponto de interligação entre as ideias dos autores para que cada uma delas faça sentido ao ser aplicada à outra. É importante esclarecer que nenhum dos autores se utilizou das afirmações do outro em suas obras, sendo assim inovadora neste trabalho a junção das duas ideias.

O primeiro autor Rafael Domingo Oslé é professor da faculdade de Direito da Universidade de Navarra na Espanha, é licenciado e Doutor em Direito pela mesma instituição de ensino superior e professor visitante da Universidade de Emory em Atlanta (EUA). Apesar de ter várias obras sobre o tema, a mais importante é “The New Global Law” (2009), onde destaca suas ideias de nova Comunidade mundial unida e a necessidade dos juristas de buscarem, desde já construir um novo Direito para atender esta nova realidade.

Seus trabalhos são amplamente respeitados na comunidade acadêmica mundial, sendo referência no assunto.

Por outro lado, o segundo autor, Bryen Ford é formado em Ciências da computação pela Universidade de Utah (EUA), é mestre e doutor na mesma área pelo

³⁴ A empresa Facebook Inc. está sendo investigada por ter facilitado outra empresa Cambridge Analytica a roubar o perfil de 50 milhões de usuários do Facebook e se utilizar desses dados para influenciar na eleição do Presidente dos Estados Unidos da América Donald Trump em 2016. in <https://www.publico.pt/2018/03/17/mundo/noticia/empresa-que-trabalhou-para-trump-tera-roubado-mais-de-50-milhoes-de-perfis-do-facebook-1807035>

³⁵ 2014, p.2016.

Instituto de Tecnologia de Massachusetts e se Pós doutorou na Max Plank Instituto para softwares e sistemas. É professor associado da Escola de computação e Ciências da Comunicação de Lausanne, na Suíça. Atualmente também lidera o laboratório de Sistemas Descentralizados / Distribuídos (DEDIS) do Instituto onde é professor na Suíça.

Bryan Ford, escreveu em maio de 2002, seu texto inacabado intitulado “Democracia Delegativa”³⁶, onde apresentou suas primeiras ideias sobre a Democracia Líquida, tendo porém revisitado o tema em 2014 no artigo “Revisitando a Democracia Delegativa” onde buscou acrescentar a sua ideia inicial parâmetros mais definidos, destacando que

Há mais de uma década escrevi algumas ideias que chamei de “Democracia Delegativa”, que também ficou conhecida como “Democracia Líquida”. Meu rascunho de 2002 deu uma primeira tentativa de apresentar a ideia geral, embora eu nunca tenha terminado ou tentado publicá-lo. Como muita coisa aconteceu nesse espaço desde então, e recebo consultas regulares sobre o assunto, achei que já era hora de visitar a ideia e revisar os desenvolvimentos mais recentes³⁷.

Observe que nem mesmo o autor em seu primeiro texto compreendeu a importância das suas ideias, que se tornaram objeto de estudo por diversos outros autores.

Vale esclarecer que Ford não foi o primeiro e único a formular uma teoria de democracia delegativa, mas é um dos mais estudados e replicados, mantendo em suas ideias algumas propostas originais.

De fato suas ideias são ainda mais importantes para esse trabalho, pois a junção delas com a do autor espanhol, torna este artigo um estudo transversal, ou seja, junta ideias das ciências exatas a das ciências sociais, tendo em vista que Ford é um estudioso da ciência da computação, com foco em redes enquanto Oslé é das ciências jurídicas, especialmente da Filosofia do Direito.

Partindo da conclusão das ideias de Oslé de que a sociedade internacional através do desenvolvimento de um novo contrato social formará um Direito Global que consolidará as regras para a condução da chamada Humanidade Unida, é importante destacar que essa nova estrutura social mundial necessitará de um regime de condução política, que de nenhum modo poderá ser autoritário, mas deverá se apresentar fundamentalmente democrático³⁸.

A formação de um regime autoritário, criaria uma sociedade internacional imperialista, e é essa uma das preocupações do autor Espanhol, pois a Humanidade Unida não poderia ser um organismo internacional imperialista, mas um órgão capaz de representar os interesses heterogêneos de cada Estado, organização não governamental,

³⁶ Título original em inglês - *Delegative Democracy*.

³⁷ Também tem texto original em inglês – *Delegative Democracy Revisited*.

³⁸ Em uma sociedade avançada como a nossa, a legitimidade do exercício só pode vir através de meios democráticos. (OSLÉ, 2009, P.106)

organismo internacional, sociedades civis organizadas, grupos empresariais e nações. Ou seja, um governo capaz de discutir os temas mundiais ouvindo e aplicando políticas sociais de acordo com os interesses individuais, mas sem ignorar o todo global.

Logo, a Democracia líquida pode ser entendida como um instrumento fundamental para a organização política da Humanidade Unida, principalmente no que concerne aos assuntos de interesse mundial.

O sucesso da caminhada para uma sociedade global passa por inúmeras mudanças sociais, políticas, culturais e econômicas, mas uma das mais importantes é a busca pelo aumento da participação e engajamento popular nos discursos políticos. Esse engajamento permitiria o acerto de uma das falhas mais importantes da democracia representativa, que é comumente observada no século XX e XXI em democracias como as de muitos países da América Latina, onde pequenos grupos políticos, normalmente populistas, controlem e limitem as escolhas democráticas, na busca de estabelecer sua própria agenda de prioridades, abafando e afastando os interesses da nação que representam, na busca de poder político e econômico.

De fato, nada adianta a possibilidade de todas as pessoas do mundo poderem votar ou delegar seus votos a terceira pessoa se não houver uma verdadeira participação política discutindo amplamente os temas de interesse global. Este é o principal desafio político da Humanidade Unida, mais do que aplicar a democracia líquida como sistema de votação democrática e aplicá-la com verdadeira participação popular.

Quanto a implementação prática da democracia líquida o autor Ford destaca que “acredito que agora temos todas as principais ferramentas e protocolos criptográficos de que precisamos para criar implementações seguras de democracia delegativa³⁹”.

Oslé⁴⁰, em sua obra de 2009, apresenta uma ideia de organização estrutural da Humanidade Unida, que seria formada por um “Parlamento Global”, segundo o autor seria um “órgão central, composto por uma rede de instituições globais que, espalhadas por todo o mundo, e com competência na matéria, lidam com as questões que afetam a humanidade como um todo, particularmente em relação à proteção dos direitos humanos”.

Sendo mais pragmático, se faz necessário exemplificar como se daria a aplicação da Democracia Líquida em um sistema de governo onde todos os atores internacionais antes nominados estivessem atuando em conformidade com o que nos apresentou as ideias dos autores aqui estudados.

A Humanidade Unida, organização global que representaria a convergência dos interesses de todas os entes ali reunidos, com foco no objetivo de garantir o bem estar a todos os povos do mundo, teria em sua sede um parlamento Global constituído por

³⁹ 2014.

⁴⁰ 2009, p.106.

homens com poderes delegados por seus representantes com a função de apresentar, discutir e implementar ações de acordo com sua finalidade.

Este parlamento, teria entre suas principais funções a de garantir o engajamento da totalidade de seus representados em discussões de matérias de interesse global, fazendo com que seus representados, por meio de um sistema de rede de informações disponíveis para todo o cidadão do mundo pudessem propor, discutir e votar nas matérias de seu interesse.

Cada cidadão, ciente da necessidade de participar da construção desse sistema democrático e da sua necessidade de engajamento, poderia primeiramente, discutir e votar os temas apresentados de forma direta, por meio de um sistema informatizado que lhe seria disponibilizado pela Humanidade Unida sem nenhuma dificuldade ou constrangimento na utilização. Em segundo lugar, poderia, entendendo não ter conhecimento suficiente para discutir e votar em determinada matéria, delegar seu voto a um representante, a sua escolha e de sua confiança, podendo revogar sua delegação a qualquer momento.

Cada delegado votaria de acordo com sua consciência e de acordo com aquilo que entendesse ser do interesse de quem o delegou poderes, tendo direito ao seu voto pessoal e o número de votos de quem o delegou. Este delegado poderia ser uma pessoa física ou jurídica (como por exemplo, uma organização não governamental que trata de questões ambientais). Valendo esclarecer ainda que a delegação não só garantiria o direito a voto, mas também a discussão de temas que lhe forem delegados.

Os delegados por sua vez, poderiam ainda re-delegar (delegar a terceiros) os poderes a eles delegados, podendo quem delegou primeiramente retirar a delegação, se assim entender.

Durante o processo de votação, quem vota individualmente tem seu voto tomado de modo secreto, porém os votos dados pelos delegados se tornam públicos a quem o delegou a fim de que possa haver um controle por conta da confiança e do interesse na delegação feita.

Após a conclusão da votação, o Parlamento Global teria a função de executar as ações necessárias ao cumprimento do que foi declarado no resultado do pleito.

Não há dúvidas que, apesar de todas as dificuldades atuais quanto a democratização dos sistemas de informação, é questão de tempo para que a ciência supere as dificuldades espaciais e financeiras que limitam o acesso global a esse tipo de tecnologia.

Na visão de muitos críticos, países com pequeno território e população e grande renda são mais passíveis de implementarem internamente este tipo de expressão democrática, tendo em vista as dificuldades já descritas, porém já observamos em países populosos e de dimensões continentais como é o caso do Brasil a utilização se urnas

eletrônicas⁴¹ para as eleições de seus políticos. Chegando a algumas unidades da federação muito populosas a apresentar o resultado final cerca de duas horas após o fim do período de votação. Lembrando ainda que para garantir o acesso às urnas, já está implantando em várias zonas eleitorais o reconhecimento do eleitor por meio de identificação por biometria, o que segundo o Tribunal Superior Eleitoral, responsável pelas eleições, é uma forma de garantir a fraude.

O Tribunal Superior Eleitoral brasileiro informa ainda que,

A lista inclui nações de sólida tradição democrática, como Suíça, Canadá, Austrália e Estados Unidos (em alguns estados). Na América Latina, México e Peru também fazem uso do sistema. Na Ásia, além de Japão e Coreia do Sul, há o exemplo da Índia. Maior democracia do mundo em número de eleitores (mais de 800 milhões), o país utiliza urnas eletrônicas semelhantes às brasileiras, mas adaptadas à sua realidade eleitoral⁴².

Segundo o site da CNN⁴³, no Canadá 80 cidades e vilas experimentaram, nas eleições municipais a votação pela internet, sendo que este tipo de eleição já ocorre em algumas cidades desde 2003.

O argumento da difícil implementação da democracia líquida por conta das barreiras da falta de tecnologia não se apoiam em fundamentos sólidos, já que observamos que o acesso a estes meios de votação carecem muito mais de ausência de interesse político do que falta de tecnologia disponível.

É claro que devemos resguardar a dimensão da aplicação da democracia líquida a nível mundial, mas não devemos ser cético quanto a esta possibilidade.

5. Conclusões

Cabe ao jurista, quando se depara com um desafio de refletir sobre as futuras modificações que se impõe a sociedade atual, pensar e indicar os princípios de direito que irão gerir esta sociedade. Muitos entendem que este papel de pensar o futuro é voltado para os cientistas da área da filosofia ou da área de tecnologia.

Os estudiosos do Direito também devem, deixando o pequeno espaço que chamamos de presente, ou ainda considerando este presente e o passado, pensar o futuro do direito. Esta foi a pretensão deste trabalho.

Ao nos depararmos com o fenômeno da Globalização, que determina o presente de nossa sociedade e tem suas raízes em um passado, não podemos deixar de pensar como estas mudanças irão influenciar o futuro.

⁴¹ Para saber mais sobre o tema o site do Tribunal Superior Eleitoral – TSE traz informações in <http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/eleicoes/urna-eletronica>

⁴² Ibid.

⁴³ Gross, 2011 in <https://edition.cnn.com/2011/11/08/tech/web/online-voting/index.html>

O direito de hoje, certamente não será capaz de fazer frente aos conflitos futuros, por isso, deve o jurista de hoje pensar em quais princípios esse direito terá que se fundamentar. Na hipótese da visão do autor Rafael Domingo Oslé se tornar uma realidade, é importante que todas as ciências estejam voltadas para garantir o bom funcionamento da Humanidade Unida. A administração da justiça deve ser formada através um escopo de leis devidamente pensadas e fundamentadas e uma escolha adequada de grupo de princípios e fontes de direito capazes de garantir a paz tão almejada em meio aos conflitos que certamente se estabelecerão.

Cabe também aos juristas pensar em que bases democráticas deve se fundar um sistema político que faça frente a esta nova comunidade global e em nosso caso, entendemos escolher a democracia líquida pensada por Bryan Ford como a mais adequada para atingir este fim.

Primeiro, porque se faz necessário o engajamento de todas as pessoas na construção desse novo governo global e neste novo direito global, através das discussões e deliberações a fim de garantir a legitimação democrática das normas e decisões que irão emanar do futuro parlamento global.

Segundo, que a democracia representativa já apresentou diversas falhas em sua aplicação e é hora de darmos oportunidade a novas formas de democracia, aproveitando-se das novas tecnologias e da nova forma de se pensar o mundo a partir das pessoas e não mais dos Estados.

E por fim, o Direito Global, ao contrario do Direito Internacional, que é baseado na vontade *das gentes* e não na dos Estados, necessita da participação de cada cidadão para se formar, pois não é um direito que nasce e se forma para o povo, mas é um direito que se forma a partir do povo, sendo assim o instrumento democrático que mais se aproxima do povo é o que melhor irá guiar a formação desse direito.

Por estes motivos e por toda a exposição apresentada deve-se concluir que de fato a democracia líquida de Bryan Ford pode ser um instrumento de manifestação dos povos num mundo globalizado e regulado por um Direito Global.

Referências

BAUMAN, Zygmunt, 1999. “Globalização: as consequências humanas” /Globalization: the human consequences. tradução Marcus Penchel. — Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.

_____, 2001. “Modernidade líquida/Liquid moderniiy” tradução Plínio Dentzien. Jorge Zahar Editor.

BENHABIB, S. 1996. “Toward a deliberative model of democratic legitimacy”. In

Benhabib, S. (Ed.), Democracy and difference: Contesting the boundaries of the political. Princeton: Princeton University Press.

- BOLDI, Paolo. BONCHI, Francesco. CASTILLO, Carlos. VIGNO, Sebastiano. 2009. "Voting in social networkis". in <http://vigna.di.unimi.it/ftp/papers/Voting.pdf>
- CASSESE, Sabino. 2006. "La Globalizacion Jurídica." Instituto Nacional de Administración Pública Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid.
- DOMINGO, Rafael Oslé. 2009. "Que é o Direito Global?" 6ª ed. in <https://ssrn.com/abstract=3106717> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3106717>. Navarra, Espanha.
- _____. 2017. "Global Law and the New Global Human Community / Direito Global e a Nova Comunidade Global Humana." *Revista Brasileira de Direito*, v. 13, n. 3, p. 27-39, in <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2325>, Passo Fundo, Brasil.
- FORD, Bryan. 2002. "Delegative Democracy / Democracia Delegativa" in <chrome-extension://oemmnadbldboiebfnladdacbfmadadm/http://www.brynosaurus.com/deleg/deleg.pdf>
- _____. 2014. "Delegative Democracy revisited / Democracia Delegativa Reviitada. In <https://bford.github.io/2014/11/16/deleg.html>.
- FRASER, Nancy. 2005. "Reframing Justice in a Globalizing World." *New Left Review*, n. 36, nov./dez. in https://www.researchgate.net/publication/262708318_Reframing_Justice_in_a_Globalizing_World.
- GROSS, Doug. 2011. "Why can't Americans vote online?" in <https://edition.cnn.com/2011/11/08/tech/web/online-voting/index.html>
- HELD, D. & McGrew, A. 2001. "The Global Transformations Reader. An Introduction to the Globalization Debate". Cambridge. Polity Press.
- LAPORTA, Francisco J. 2005. "Gloablizacion e império de La Ley, Algunas Dúvidas Westfalianas". *Anales de La Catedra de Francisco Suarez*. Universidad Autonoma de Madrid.
- MAIA, Rousiley C.M. 2000. "Democracia e a internet como esfera pública virtual: aproximando as condições do discurso e da deliberação". In http://www.compos.org.br/data/biblioteca_1252.pdf.
- MARQUES, Mário Reis. 2008. "A hipertrofia do presente no direito da era da globalização". *Revista Lusófona de Humanidades e Tecnologias*, [S.l.], n. 12, nov. 2009. in <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rhumanidades/article/view/995>. Acesso em: 07 may 2018.
- O'DONNELL, Guillermo. 1991. "Democracia delegativa?". *Novos Estudos CEBRAP*, Vol. 40, pp.25-40.

- ONU – Organização das nações Unidas. UIT - União Internacional de Tecnologia. 2017. “Relatório Fatos e Figuras do TIC de 2017”. In <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/facts/default.aspx>
- PAULIN, Alois. 2014. “Through Liquid Democracy to Sustainable Non-Bureaucratic Government”. in <https://jedem.org/index.php/jedem/article/view/307>. Vol. 6 (2). pp.216-230
- SANTIAGO, Alfonso. 2009. “El derecho internacional de los derechos humanos: posibilidades, problemas y riegos de um nuevo paradigma jurídico.” *Persona y Derecho*, Vol.60. pp.91-130.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. 2002. “Reinventar a democracia”. Lisboa: Fundação Mario Soares Gradiva Publicações Ltda.
- SANTOS, Milton. 2001. “Por uma outra Globalização: do pensamento único à consciência universal” 6ª Ed. Record.

A EXONERAÇÃO DO PASSIVO RESTANTE: UM REGRESSO À FINALIDADE SANEADORA DO INSTITUTO DA INSOLVÊNCIA

Lucas Raposo Oliveira Faria¹

1. Introdução

Primeiramente, convém ressaltar que o instituto da falência, ou insolvência², não pode ser considerado novo, senão notavelmente antigo. Todavia, é certo que com o decurso dos anos este vem sofrendo constantes alterações, sobretudo em relação à sua finalidade.

A primeira concepção do processo de falência consubstanciava-se no confronto entre direitos e deveres de dois sujeitos, ou grupos de sujeitos, distintos. De um lado estavam os credores, os quais detinham o direito de receber seus créditos, de outro estava o devedor, que incorria no dever de pagar suas dívidas e, em consequência de eventual violação, seria punido. Conforme defende a professora Catarina Serra, o processo de falência historicamente surgiu, então, para assegurar ambos os fins, consistindo, quase puramente, «na liquidação do património do falido. Daí o seu nome: “falência-liquidação”»³.

É certo que essa ideia arrastou-se por séculos, porém, o progresso da atividade industrial, a massificação do consumo, a difusão do crédito, o desencadeamento de crises e outros fenómenos originaram uma complexidade de interesses de ordem pública, como o crescimento económico, a estabilidade do emprego e harmonia social⁴. Por consequência, essa nova realidade também modificou a finalidade do instituto, que passava a direcionar o processo para a recuperação da empresa.

Contudo, haviam situações em que a recuperação da empresa mostrava-se inviável, ao passo que acarretava demasiado ónus aos credores sem lhes oferecer uma concreta perspectiva de retorno dos créditos. Dessa forma, a hiperbolização do propósito de recuperação da empresa desestabilizou o processo de falência⁵, produzindo, mais uma vez, excessivos encargos para a sociedade.

Tratou-se, então, de equalizar os diversos componentes e interesses ao se distribuir os riscos do processo entre os sujeitos que integravam aquela nova realidade,

¹ Advogado, regularmente inscrito no quadro da Ordem dos Advogados do Brasil, e mestrando do curso de Direito dos Contratos e da Empresa da Escola de Direito da Universidade do Minho.

² Destaca-se a opção pela alternância terminológica em virtude da melhor adequação histórica dos dois termos, sendo certo que, em Portugal, o respectivo instituto permanentemente deixou de se chamar falência para ser intitulado de insolvência com a entrada em vigor, em 2004, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. Conforme mais à frente será visto, a partir dessa mudança o legislador não intencionou alterar a substância do instituto, mas tão somente minimizar as conotações negativas do termo tradicional.

³ SERRA (2010), p. 17.

⁴ SERRA (2010), p. 17.

⁵ SERRA (2010), p. 17.

os quais foram intitulados de “*stakeholders*”⁶. Assim, o instituto da falência passou a conservar a finalidade de saneamento da economia e a possuir a tarefa fundamental de «identificar os agentes económicos capazes e viáveis, que merecem ser apoiados, mas também os agentes económicos desonestos ou incapazes, que devem ser eliminados»⁷.

Em Portugal, desde a entrada em vigor do velho Código de Processo Civil (meios preventivos de falência) e dos Decretos-leis n.º 177/86 e n.º 10/90, já eram vistos alguns indícios da tendência do legislador para o processo-saneamento. Ademais, destaca-se que a solidificação da escolha do legislador pela atribuição da finalidade saneadora ao instituto da falência se deu com a vigência do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência “CPEREF”.

Todavia, a partir do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas “CIRE”, conforme assevera a autora Maria do Rosário Epifânio, «entrou-se em uma nova etapa na evolução histórica do instituto: à tríade primeiro reprimir, depois pagar, de seguida recuperar, juntou-se, então, a satisfação do interesse dos credores»⁸, regressando o legislador à finalidade processo-liquidação.

O CIRE também alterou a denominação do instituto, deixou-se de ser “falência” para ser “insolvência”, isto porque, etimologicamente, o primeiro termo possui uma conotação mais negativa quando comparado ao seu sucessor. Nesse sentido, ao comentar sobre a etimologia dessas nomenclaturas, Menezes Leitão muito bem expõe que o vocábulo insolvência traduz uma noção oposta a do seu antônimo, solvência, que detém «origem no verbo latino *solvere*, que significa desatar, livrar, pagar, resolver», enquanto a palavra falência carrega «origem na raiz *fall*, comum ao verbo *fallere*, ao adjetivo *fallax* e ao substantivo *fallacia*, significando fingir, induzir em erro, ou falsidade nas promessas»⁹.

Portanto, terminologicamente, parou-se de presumir que a situação de insolvência provém de um comportamento enganador, falacioso ou de má-fé, para ser considerada como uma impossibilidade de o devedor se desonerar de suas obrigações já vencidas¹⁰. Destaca-se a melhor adequação da nomenclatura ao contexto atual, visto que o estado de insolvência muitas vezes está associado a ocasiões fortuitas, como crises económicas, desemprego, doenças graves etc., que, à priori, isentam o devedor de qualquer estigma derivado de uma hipotética conduta desonesta.

⁶ Cfr. SERRA (2010), p. 17-18. «Tentou-se por isso corrigir os exageros. Assentou-se em que o risco da empresa deve ser distribuído por todos os sujeitos com interesses na empresa – ou, como agora se diz, os *stakeholders* – (empresários, trabalhadores, investidores, instituições de crédito, consumidores e agentes da economia, cidadãos contribuintes e membros da coletividade) e que a solução para a crise da empresa implica uma ponderação lúcida e equilibrada dos interesses públicos, colectivos e privados que nela confluem».

⁷ SERRA (2010), p. 17-18.

⁸ EPIFÂNIO (2013), p. 16.

⁹ LEITÃO (2013), p. 15.

¹⁰ Cfr. art. 3.º, n.º 1 do CIRE. «É considerado em situação de insolvência o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas».

Posteriormente, a Lei n.º 16/2012 alterou a redação do art. 1.º do CIRE para classificar o procedimento de insolvência como um “processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente (...)”¹¹. Porém, apesar de a nova redação preconizar a recuperação da empresa face à liquidação do património do devedor insolvente, as demais disposições contidas no respectivo código ainda continuam por indicar a prevalência prática da liquidação¹², o que revela, portanto, a manutenção da finalidade processo-liquidação.

Contudo, no que se concerne às disposições específicas da insolvência de pessoas singulares, parece-nos que o legislador mitiga, de certa forma, a finalidade de “satisfação do interesse dos credores através da liquidação do património do devedor” em razão da proteção especial dada ao devedor pessoa singular. Nesse sentido, o art. 235.º do CIRE dispõe sobre o mecanismo da exoneração do passivo restante, que, em resumo, exclui os créditos sobre a insolvência que não forem totalmente pagos no processo de insolvência ou nos cinco anos posteriores ao encerramento, desde que cumpridos determinados requisitos.

2. O regime especial da insolvência de pessoas singulares

Primeiramente, quer-se destacar a excelência do legislador por prever o regime de insolvência das pessoas singulares, bem como diferencia-lo do regime de insolvência das pessoas coletivas, uma vez que, o devedor singular, por ser humano, possui necessidades que perduram até o fim de sua vida, particularidade esta que incompatibiliza a eterna cobrança de dívidas mesmo após a liquidação integral do património devedor.

A diferença acentua-se quando, nos casos de insolvência com insuficiência da massa insolvente, é prevista a dissolução imediata das sociedades comerciais, associações, fundações, sociedades civis e cooperativas¹³, o que, obviamente, não se

¹¹ *Cfr.* o art. 1.º do CIRE. «O processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores».

¹² *Cfr.* MARTINS (2016), p. 38. «No entanto, aquela aparente obrigatoriedade de existência de um plano de insolvência é desmentida por outras normas do CIRE. Basta vero que resulta do art. 250.º (...). Além disso, continua a ser necessário que o plano de insolvência seja aprovado pelos credores (art. 2012). Se não for aprovado, também não existirá plano de insolvência: só existirá, quando muito, uma proposta de plano de insolvência (...). A nova redação do art. 1.º, 1, também nos obriga a dizer que, aparentemente, surge colocada em primeiro lugar a recuperação da empresa. Só quando essa não se configura possível é que se passaria à liquidação do património do devedor insolvente. Contudo, e tendo em conta que, como vimos, o plano de insolvência tem que ser aprovado pelos credores, se isso não acontecer a alternativa é a da liquidação».

¹³ *Cfr.* art. 234.º, n.º 4 do CIRE; art. 141.º, n.º 1, e) do CSC; arts. 182.º, n.º 1, c), 192.º, n.º 1, c) e 1007.º, e) do CC; e 112.º, n.º 1, g) e 113.º, n.º 2 do CCoop.

mostra suscetível de aplicação às pessoas singulares sem que se afete diretamente os atos essenciais para a manutenção da dignidade da vida humana.

Por tais razões, o legislador prevê a exoneração do passivo restante, que tem como efeito direto a extinção de todos os créditos¹⁴ sobre a insolvência que ainda subsistam à data em que ela é concedida, sem exceção dos que não tenham sido reclamados e verificados.

a) Exoneração do passivo restante

A exoneração do passivo restante, conforme indica o ponto 45 do preâmbulo do Decreto Lei que instituiu o CIRE¹⁵, baseia-se no princípio norte-americano denominado “*fresh start*”, também incorporado na “*insolvenzordnung*”¹⁶ alemã sob a denominação “*Restschuldbefreiung*”¹⁷, e possibilita que as pessoas singulares insolventes libertem-se de algumas de suas dívidas e, por consequência, reabilitem-se economicamente.

A grosso modo, da análise do art. 235.º, pode-se inferir que, liquidado o património devedor e constatada a insuficiência da massa insolvente para satisfação integral do interesse dos credores, ficará, então, o devedor condicionado à cessão de seus rendimentos durante um período de cinco anos, para que, assim, após cumpridos certos requisitos, sejam excluídos alguns dos créditos sobre a insolvência que ainda subsistam à data em que for concedida a exoneração.

Assevera-se que a exclusão dos créditos através do incidente de exoneração do passivo restante não representa grandes prejuízos ao credor, pois, conforme preceitua Menezes Leitão, este «implica já uma dupla oportunidade de os credores obterem a satisfação dos créditos, uma vez que, após o encerramento do processo de insolvência (...), ainda se efectua a cessão do rendimento disponível do devedor a um fiduciário durante cinco anos»¹⁸.

No mesmo sentido, tampouco pode-se inferir que tal figura representa grandes benefícios ao devedor, ao passo que este suporta um conjunto de ónus até a concessão definitiva da exoneração do passivo restante, destacando-se o largo período de cinco anos de cessão de rendimentos, o qual mais se assemelha a um purgatório¹⁹.

¹⁴ Cfr. SERRA (2012), p. 158-159. «Segundo a sua epígrafe, o art. 235.º consagra um princípio geral. O que aí se faz, contudo, não é senão definir o âmbito de aplicação e os efeitos da exoneração que, a despeito do que aí se diz, não é dos créditos mas das obrigações (ou do passivo restante, como resulta da epígrafe do capítulo em que a norma se insere)».

¹⁵ Cfr. n.º 45 do preâmbulo do CIRE. «O princípio do *fresh start* para as pessoas singulares de boa-fé incorridas em situação de insolvência, tão difundido nos Estados Unidos, e recentemente incorporado na legislação alemã da insolvência, é agora também acolhido entre nós, através do regime da ‘exoneração do passivo restante’. O princípio geral nesta matéria é o de poder ser concedida ao devedor pessoa singular a exoneração dos créditos sobre a insolvência que não forem integralmente pagos no processo de insolvência ou nos cinco anos posteriores ao encerramento deste».

¹⁶ LEITÃO (2013), p. 69.

¹⁷ EPIFÂNIO (2013), p. 312.

¹⁸ LEITÃO (2013), p. 290.

¹⁹ Cfr. CRISTAS (2005), p.167. «Os cinco anos assemelhar-se-ão, pois, a um purgatório: durante esse período, o devedor vai pagando as suas dívidas, adoptando um comportamento

i) Pressupostos

O primeiro pressuposto para a concessão da exoneração do passivo restante é que o devedor insolvente seja uma pessoa singular, não importando sua qualidade empresária ou não empresária²⁰. No mesmo sentido, somente esse devedor terá a legitimidade para realizar o pedido de exoneração, que deve ser feito no requerimento de apresentação à insolvência ou, quando o processo de insolvência for de iniciativa de outrem, no prazo de 10 dias posteriores à citação²¹.

Ato contínuo, o juiz deverá admitir o pedido²² sempre que este for deduzido dentro do prazo, mas deverá o rejeitar quando este for apresentado após a assembleia de apreciação do relatório ou, no caso de dispensa da realização desta, após os 60 dias subsequentes à sentença que tenha declarado a insolvência.

Entretanto, haverá um período intermédio em que o juiz pode admitir ou rejeitar o pedido com base na sua livre convicção, o qual se compreende entre a data de requerimento de apresentação à insolvência (ou, quando o processo de insolvência for de iniciativa de outrem, a data relativa aos 10 dias posteriores à citação) e a data de realização da assembleia de apreciação do relatório (ou, no caso de dispensa da realização desta, após os 60 dias subsequentes à sentença que tenha declarado a insolvência)²³.

Apesar de a decisão final de concessão ou não concessão competir apenas ao Tribunal, os credores e o administrador da insolvência se pronunciarão sobre o requerimento de exoneração na assembleia de apreciação do relatório ou, sendo dispensada a realização desta, no prazo de 10 dias subsequente ao decurso do prazo de 60 dias previsto na parte final do n.º 1 do art. 236.^o²⁴.

Assim, a exoneração do passivo restante é condicionada a dois despachos realizados em momentos distintos pelo juiz, os quais são denominados despacho inicial e despacho de exoneração.

adequado, mas esse período é considerado por lei o suficiente para que venha o perdão e com ele lhe seja dada uma nova oportunidade».

²⁰ Cfr. LEITÃO (2013), p. 290. «Os requerentes poderão assim ser consumidores, mas também comerciantes ou profissionais independentes, como médicos, advogados, arquitectos, etc».

²¹ Cfr. MARTINS (2016), p. 589. «O requerimento de exoneração do passivo restante deve conter a declaração de que o devedor preenche os requisitos legais exigidos e bem assim que aquele se dispõe a observar todas as condições exigidas na Lei».

²² Cfr. CRISTAS, (2005) p. 168. «Nesta situação, o juiz tem sempre de admitir o pedido de exoneração: o devedor pessoa singular tem o direito potestativo a que o pedido seja admitido e submetido à assembleia de apreciação do relatório, momento em que credores e administrador da insolvência se podem pronunciar sobre o requerimento (art. 236.º 1/4)».

²³ Cfr. LEITÃO (2013), p. 291. «Apesar de o art. 238, n.º 1, a) estabelecer que o pedido de exoneração é liminarmente indeferido se for apresentado fora do prazo, a verdade é que resulta do art. 236, n.º 1, parte final, que a rejeição do pedido apenas pode ocorrer se este for apresentado após a assembleia de apreciação do relatório, decidindo o juiz livremente sobre a admissão ou rejeição do pedido apresentado no período intermédio».

²⁴ Cfr. art. 236.º, n.º 4 do CIRE. «A pronúncia se dará na assembleia de apreciação de relatório ou, sendo dispensada a realização da mesma, no prazo de 10 dias subsequente ao decurso do prazo de 60 dias previsto na parte final do n.º 1».

Não havendo razões para indeferimento liminar do pedido, o juiz deverá proferir o despacho inicial na assembleia de apreciação do relatório ou no prazo de 10 dias subsequentes a esta ou ao decurso dos prazos previstos no n.º 4 do artigo 236.º, para determinar que o devedor observe as condições de cessão do rendimento previstas no artigo 239.º²⁵. Decorrido o prazo de cinco anos subsequentes ao encerramento do processo de insolvência e cumpridas as condições previstas para a cessão do rendimento disponível, o juiz decretará a exoneração definitiva do passivo restante através do despacho de exoneração²⁶.

Ademais, o art. 237.º dispõe outros pressupostos necessários para o tribunal promover a concessão efetiva da exoneração do passivo restante, quais são: a) que não exista motivo para o indeferimento liminar do pedido, por força do disposto no artigo 238.º; b) que sejam observadas pelo devedor as condições previstas para a cessão do rendimento disponível durante os cinco anos posteriores ao encerramento do processo de insolvência; c) que não seja aprovado e homologado um plano de insolvência; e d) que o juiz emita despacho, decretando a exoneração definitiva após verificar o cumprimento efetivo das condições previstas para a cessão do rendimento disponível.

O art. 238.º traz um extenso rol de situações em que o pedido de exoneração deve ser liminarmente indeferido, contudo, aqui não se trata de um indeferimento liminar propriamente dito, senão algo além, pois a maioria das situações implicam produção de prova e apreciação do mérito²⁷ e tal mérito consubstancia-se em «aferir o preenchimento dos requisitos, substantivos, que se destinam a perceber, se o devedor merece que uma nova oportunidade lhe seja dada»²⁸.

Ademais, nas situações que envolvem mera análise objetiva, parece que o legislador foi claro, pelo que nenhum comentário merece, contudo, a maior controvérsia volta-se no entorno da interpretação dada à alínea d). Nesse sentido, a professora Catarina Serra preceitua ser preciso verificar cumulativamente três requisitos negativos para haver o indeferimento preliminar do pedido de exoneração com base naquela alínea, quais sejam: «o incumprimento do dever de apresentação atemptada à insolvência (tenha ou não o devedor a obrigação de se apresentar), o prejuízo para os credores e o conhecimento ou desconhecimento com culpa grave, por parte do devedor, da inexistência de qualquer perspetiva séria de melhoria da sua situação económica»²⁹.

ii) A cessão do rendimento disponível e as obrigações do devedor

O despacho inicial determina que, durante período que compreende os cinco anos subsequentes ao encerramento do processo de insolvência, denominado de período de

²⁵ Cfr. EPIFÂNIO (2013), p. 312. «O despacho inicial é proferido na assembleia de apreciação do relatório ou nos 10 dias subsequentes (art. 239º, nº1). Destina-se a verificar o preenchimento dos requisitos mínimos para a admissão do requerimento, sob pena de indeferimento liminar, nos termos dos arts. 239º, nº, e 238.

²⁶ Cfr. arts. 237.º, b) e d) e 239.º, n.º 1 do CIRE».

²⁷ CRISTAS (2005), p. 169.

²⁸ CRISTAS (2005), p. 169-170.

²⁹ Cfr. SERRA (2012), p.159.

cessão, o rendimento disponível que o devedor venha a auferir considera-se cedido a uma entidade designada de fiduciário³⁰, a ser escolhida pelo tribunal entre as inscritas na lista oficial de administradores da insolvência.

Integra o rendimento disponível todos os rendimentos que advenham de título ao devedor, com exclusão: *a)* dos créditos dispostos no artigo 115.º que tenham sido cedidos a terceiro pelo período que a cessão se mantenha eficaz, *b)* do razoavelmente necessário para o sustento minimamente digno do devedor e de seu agregado familiar, *c)* do razoavelmente necessário para o exercício pelo devedor da sua atividade profissional e *d)* do razoavelmente necessário para outras despesas ressalvadas pelo juiz no despacho inicial ou em momento posterior, a requerimento do devedor³¹.

A doutrina diverge acerca da natureza dessa cessão, porém, acompanhamos o posicionamento dos autores Menezes Leitão e Maria do Rosário Epifânio, que consideram a cessão do rendimento disponível uma efetiva cessão judicial de bens ou créditos futuros, tal como dispõe os arts. 577.º e seguintes do CC³². Portanto, os rendimentos que o devedor insolvente venha auferir serão transferidos para o fiduciário no momento de sua aquisição, sem qualquer dependência de consentimento dos devedores desses rendimentos (art. 577.º, n.º 1, CC), acompanhados das garantias e outros acessórios dos créditos que não sejam inseparáveis da pessoa do cedente (art. 582.º, n.1, CC)³³.

Durante o período da cessão, o devedor fica obrigado a uma diversidade de deveres, podendo a assembleia de credores conferir ao fiduciário a tarefa de fiscalizar o cumprimento pelo devedor das obrigações que sobre este impendem, com o dever de a informar em caso de conhecimento de qualquer violação.

Então, a primeira obrigação do devedor insolvente consiste em não ocultar ou dissimular quaisquer rendimentos que aufera, por qualquer título, e informar o tribunal e o fiduciário sobre os seus rendimentos e património na forma e no prazo em que isso lhe seja requisitado. No mesmo sentido, deverá entregar imediatamente ao fiduciário, quando por si recebida, a parte dos seus rendimentos objeto de cessão, não fazer quaisquer pagamentos aos credores da insolvência, a não ser através do fiduciário, e não criar qualquer vantagem especial para algum desses credores.

³⁰ *Cfr.* EPIFÂNIO (2013), p. 319. «O fiduciário é escolhido pelo tribunal a partir da lista oficial de administradores da insolvência (art. 239º, nº 2), sendo a sua nomeação registada oficiosamente, nos termos do art. 38º, nº 2, e a sua destituição sujeita ao disposto nos arts. 56º e 57º (ex vi remissão expressão do art. 240º, nº 2). O fiduciário tem direito à remuneração prevista no estatuto respetivo e ao reembolso das despesas que “fundamentalmente tenha considerado úteis” (...) ou indispensáveis, as quais, porém, são suportadas pelo devedor (art. 240º, nº1)».

³¹ *Cfr.* art. 239.º do CIRE.

³² *Cfr.* LEITÃO (2013), p. 294 e EPIFÂNIO (2013), p. 318.

³³ *Cfr.* CRISTAS (2005), p. 174. «No fundo, esta dita cessão é uma cessão judicial de créditos dependente de um exercício de vontade por parte do devedor: por sua iniciativa, a seu pedido, submete-se ao procedimento de exoneração do passivo restante, que o coloca em situação em que não lhe é pedido que transmita direitos de crédito, não lhe é dada a opção de transmitir direitos de crédito, mas em que os créditos são transmitidos por efeito do despacho inicial do juiz, uma vez verificados os requisitos legais».

Por conseguinte, tem a obrigação de exercer uma profissão remunerada, não a abandonando sem motivo legítimo ou, quando desempregado, procurar diligentemente uma profissão, não recusando desrazoavelmente algum emprego para que seja apto.

O devedor, por fim, possui a obrigação de informar o tribunal e o fiduciário de qualquer mudança de domicílio ou de condições de emprego no prazo de 10 dias após a respectiva ocorrência, bem como, quando solicitado e dentro de igual prazo, sobre as diligências realizadas para a obtenção de emprego.

iii) Efeitos

Então, não havendo a cessação antecipada da cessão do rendimento disponível, o juiz decidirá, nos 10 dias subsequentes ao termo do período da cessão, sobre a concessão ou não do pedido de exoneração do passivo restante do devedor, a ser ouvido este, o fiduciário e os credores da insolvência.

Com o despacho de exoneração, tem-se a exoneração do devedor, o que importa na extinção de todos os créditos sobre a insolvência que ainda subsistam à data em que é concedida, sem exceção dos que não tenham sido reclamados e verificados, sendo excluídos: *a)* os créditos por alimentos; *b)* as indemnizações devidas por factos ilícitos dolosos praticados pelo devedor; *c)* os créditos por multas, coimas e outras sanções pecuniárias por crimes ou contra-ordenações e *d)* os créditos tributários³⁴.

Ademais, faz-se aqui referência aos efeitos transversais que emanam da exoneração, pois, entende-se que tal consubstancia uma função punitivo-pedagógica com carácter preventivo e repressivo, que visa (re)educar o credor e o devedor, bem como (re)equilibrar um anómalo panorama que denota uma fuga à realidade vislumbrada pelo legislador.

Fala-se de anomalia porque acredita-se que o legislador, por atribuir a finalidade “processo-liquidação” ao código de insolvência, pressupõe uma autonomia do mercado para se resguardar e prever a os riscos provenientes dos negócios praticados. Ao celebrar um negócio, o credor deve mensurar a totalidade das garantias para que o seu crédito possa ser satisfeito nos casos de inadimplemento, e o devedor deve resguardar-se de possíveis ocasiões fortuitas supervenientes à data da celebração para que, então, o valor do seu passivo não ultrapasse o valor do seu ativo³⁵.

É nesse sentido que a insuficiência da massa insolvente representa um largo desvio à situação idealizada pelo legislador, uma vez que ambas as partes falham nos seus respectivos deveres, causando, nesse caso, um desequilíbrio, no qual o credor não afere corretamente os riscos e as garantias do negócio e o devedor, ao não projetar eventuais consequências provenientes de uma ocasião fortuita, não observa os limites do seu património. Com efeito, também falha o código por não atingir a sua finalidade principal: satisfazer o interesse do credor através da liquidação do património do devedor.

³⁴ *Cfr.* art. 245.º do CIRE, sendo aplicável o disposto no n.º 4 do art. 217.º do CIRE.

³⁵ Crises económicas, desemprego, doenças são ocasiões fortuitas, porém, devem ser cogitadas pelos devedores antes destes assumirem obrigações.

Contudo, entende-se que, no caso especial de insuficiência da massa insolvente da pessoa singular, o legislador antevê uma possível ineficácia da finalidade processo-liquidação para, através do mecanismo da exoneração do passivo restante, regressar à finalidade processo-saneamento e assegurar uma diversidade de interesses de ordem pública.

Acredita-se que a figura da exoneração do passivo restante objetiva a equalização de uma situação prevista, mas, anómala àquela idealizada pelo legislador, tendo como efeitos diretos: a) a extinção de todos os créditos sobre a insolvência e b) a reabilitação económica do devedor; e como efeito transversal a função punitivo-pedagógica de carácter preventivo ou repressivo.

Observar-se-ão os efeitos transversais preventivos quando o credor, ao tomar conhecimento da existência do mecanismo de exclusão da totalidade dos créditos sobre a insolvência, mostrar-se mais exigente para celebrar negócios, enquanto o devedor pessoa singular, ao ter em conta o conjunto de ónus que o incidente de exoneração do passivo restante acarreta, mostrar-se mais responsável para contrair dívidas³⁶.

Os efeitos transversais repressivos poderão ser observados quando o devedor pessoa singular, após passar anos suportando diversas obrigações para, assim, ser beneficiado com o “*fresh start*”, mostrar-se mais consciente ao contrair novas dívidas para não ter que voltar a enfrentar tal situação, enquanto o credor, após ver seu crédito desaparecer, mostrar-se mais rigoroso ao celebrar novos negócios para não perder seus novos créditos.

3. Considerações finais

O presente artigo teve como tema central o regime especial da insolvência de pessoas singulares sob o viés da exoneração do passivo restante. O objetivo consistiu em comprovar se o legislador regressa, através da implementação do mecanismo da exoneração do passivo restante, à finalidade saneadora do instituto da insolvência.

A fim de atingir o objetivo proposto, utilizando-se de pesquisa bibliográfica e documental, a partir da revisão da literatura existente sobre o tema em questão e da análise de dispositivos legais, destacou-se a evolução histórica do instituto da insolvência e suas respectivas finalidades, bem como analisou-se o regime especial da insolvência de pessoas singulares com ênfase no mecanismo de exoneração do passivo restante, seus pressupostos, conjunto de obrigações e efeitos.

A partir da discussão proposta, conclui-se que a insuficiência da massa insolvente representa um largo desvio à situação idealizada pelo legislador, o qual regressa à finalidade processo-saneamento através do mecanismo da exoneração do passivo

³⁶ Cfr. SERRA (2012), p.158. «Apesar de a exoneração do passivo restante – ou possibilidade de recurso a ela – provocar uma contração imediata do crédito, acaba por produzir um impacto positivo na economia: quanto mais restrito é o acesso ao crédito – mais “exigente” quem o concede e mais “responsável quem o pede – menor é o risco de sobreendividamento e menos provável a insolvência dos consumidores e dos empresários em nome individual».

restante, para, então, além de proporcionar o “*fresh start*” para o devedor insolvente pessoa singular, assegurar uma diversidade de interesses de ordem pública.

Por fim, destaca-se a relevância do debate para o estudo do instituto da insolvência, salientando-se que tal orientação é deveras profunda para ser integralmente defendida no presente trabalho, razão pela qual entende-se que esta merece maior tempo de pesquisa e espaço de argumentação. Todavia, almeja-se aqui também propor uma reflexão sobre a questão levantada, na medida em que esta possa servir de estímulo para que novos estudos e pesquisas possam ser realizados.

Referências

- CRISTAS, Assunção, 2005, “*Exoneração do Devedor pelo Passivo Restante*”, *Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Edição Especial – Novo Direito da Insolvência, pp.165-182.
- EPIFÂNIO, Maria do Rosário, 2013, *Manual de Direito da Insolvência*, 5.^a ed., Edições Almedina, Coimbra.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, 2012, *Direito da Insolvência*, 5.^a ed., Edições Almedina, Coimbra.
- MARTINS, Alexandre de Soveral, 2016, *Um Curso de Direito da Insolvência*, 2.^a ed., Edições Almedina, Coimbra.
- SERRA, Catarina, 2010, *O Novo Regime Português da Insolvência. Uma Introdução*. 4.^a ed., Edições Almedina, Coimbra.
- SERRA, Catarina, 2012, *O Regime Português da Insolvência*, 5.^a ed., Edições Almedina, Coimbra.

MULTIPARENTALIDADE: EFEITOS E CONSEQUÊNCIAS NO DIREITO SUCESSÓRIO

Rafaela Pacífico Carvalho¹

Samene Batista Santana²

1. Introdução

A família é considerada como uma das mais antigas instituições humanas, onde os indivíduos se reúnem e se organizam com a mesma finalidade. Ao longo dos séculos a reunião de pessoas foi tomando forma e características diferentes.

Essa nova formação rompe com o padrão, uma vez que o convencional era constar, apenas, um pai e uma mãe. Desse modo, inúmeras adequações devem ser feitas na legislação para amparar essa pluralidade de vínculos. Destaca-se que, segundo o Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 898060/SC, a paternidade socioafetiva, decretada ou não, em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios, assim, mesmo o registro possibilitando a modificação do *status quo*, instrumentalizando as alterações da relação, as satisfações dos interesses inerentes à filiação plena são garantidos na sua ausência.

Percebe-se que do reconhecimento da relação familiar socioafetiva surge dois direitos decorrentes do estado filiativo, qual seja, a herança e a prestação de alimentos. Apesar delas serem obrigações distintas e em momentos diversos, são consequências diretas da filiação. Dessa maneira, a Multiparentalidade ao reconhecer um vínculo filial, afeta diretamente o estado dessas obrigações. Assim, esse tema é amplo e merece ser aprofundado, principalmente, no que diz respeito aos efeitos jurídicos para os sujeitos envolvidos.

2. Da Família

Historicamente, no Brasil, a família era instituída pelo casamento, indissolúvel e por vezes imposta pelos familiares, totalmente patriarcal, com a submissão feminina e desigualdade em relação aos filhos havidos fora do casamento. Os filhos eram divididos entre legítimos e ilegítimos, sendo essa último subdividido em espúrios e naturais. Os espúrios eram fruto de incesto, sacrilégio ou adultério e, por esse motivo, não era reconhecido o direito a sucessão.

Em 1858 com a publicação da Consolidação das Leis Civis de Augusto Teixeira de Freitas, passou-se a admitir a sucessão legítima para os filhos ilegítimos, desde que reconhecida pelo pai. O código Civil de 1916 permaneceu com a diferenciação dos filhos legítimos e ilegítimos, sendo negado a esses o direito ao reconhecimento parental.

¹ Faculdade Independente do Nordeste

² Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia/ Faculdade Independente do Nordeste

A Constituição Federal de 1988 trouxe, expressamente, os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, e garantiu o reconhecimento igualitário dos filhos. O artigo 227, §6º da atual Constituição Federal faz alusão direta ao princípio da isonomia filial:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Na vigência do código civil de 2002 a família passou a ser uma união baseada na igualdade e no afeto, com pluralidades de entes familiares, igualdade entre os filhos havidos no curso do casamento ou fora dele e com a possibilidade do divórcio direto. Por fim, a Lei 8.068 de 1990 que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, consignou garantias acerca do direito filial, em seus artigos 26 e 27:

Art. 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.

Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

Os fatos históricos servem para compreender os moldes familiares atuais, visto que só eram considerados sujeitos familiares aqueles indivíduos ligados pela consanguinidade. Na atualidade, o princípio da afetividade ganhou força, sendo que o elo familiar vai além do parentesco genético. É preciso enxergar os laços afetivos, as relações baseadas no amor comum e as relações interpessoais para fazer surgir a instituição familiar

Essa nova readaptação da família faz surgir novos laços, mudanças no comportamento dos indivíduos e nas posições dos sujeitos em família. A aceitação da Multiparentalidade visa adaptar os parâmetros jurídicos brasileiros as necessidades da sociedade, ensejando a possibilidade de um indivíduo ter em seu Registro Geral pais biológicos e afetivos.

3. A Multiparentalidade e o Direito Sucessório

a) – Da Multiparentalidade

Em recente decisão do Supremo Tribunal Federal foi reconhecida a paternidade socioafetiva em concomitância à biológica, igualando as posições, os direitos e os deveres da paternidade. Esta nova conceituação normativa proporciona e reconhece a importância dos laços afetivos e a aparição do instituto da Multiparentalidade, desmistificando a associação do pai enquanto vínculo genético. Visto que a paternidade socioafetiva considera valores para além da genética, elevando o potencial do afeto e das relações interpessoais, seguindo os ideais preconizados pela sociedade atual.

Ao abordar a modificação social, estrutural e jurídica da família sob o olhar da constituição do sujeito por FOUCAULT (1984), p. 20 deve-se ter em mente que o sujeito é apontado como coadjuvante, fruto decorrente do processo histórico. Um espaço vazio que se manifesta através do discurso. Não há como se falar em sujeito que pensa, age, que conhece, é considerado, apenas, como um lugar em que algo se desenvolve.

Percebe-se que o sujeito foucaultiano é o produto de um processo discursivo, que considerado como lugar vazio pode ser ocupado de várias maneiras. Assim, o sujeito pode se apresentar com diversas formas, a partir das relações e saberes que o atravessam.

Quando compreendemos essa concepção de sujeito junto a análise do instituto da Multiparentalidade, percebemos que o processo histórico “interferiu” de diversas maneiras no sujeito, propiciando as diversas modificações no modo em que coletividade se une em família.

A paternidade se torna um estado de difícil definição. Especialmente, em decorrência dos inovadores arranjos familiares. Esses desafiaram a formação tradicional de relações de ascendência e descendência biológicas exigindo elementos que transcendem a consanguinidade. Para tanto, foram firmados os laços afetivos como alicerce para as relações familiares.

O surgimento desses novos arranjos e formas familiares se amparam na principiologia da dignidade da pessoa humana e, de maneira inovadora, no princípio da felicidade. Esse é apontado como adjacente ao princípio da dignidade da pessoa humana, visto porque não se encontra na Constituição de 1988. Contudo, surge no STF como preceito para proteger os direitos das minorias, visando a democracia constitucional.

O Recurso Extraordinário nº 898.060 não, apenas, reconheceu o instituto da paternidade socioafetiva, mas também afirmou que não representa categoria inferior diante da paternidade biológica e deu ao sistema jurídico brasileiro a oportunidade de reconhecer a multiparentalidade.

É possível identificar que a família deixou de ser uma união de pessoas com fim patrimonial para ser uma aproximação sentimental dos entes. Essa definição eleva o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que prioriza a pessoa dentro da ordem jurídica. É na família que a dignidade da pessoa se forma e se fortalece, a partir da

convivência e das relações interpessoais na busca pela felicidade de cada ente que compõe a família. O Princípio da Afetividade, também, dá ensejo à Multiparentalidade, quando houve o reconhecimento do afeto como princípio do direito de família e como direito fundamental. Independente de como se organizam as famílias contemporâneas, o afeto é núcleo de todas as formações.

b) – Do Direito Sucessório

O direito sucessório é previsto no capítulo V do Código Civil Brasileiro de 2002 e define que a herança transmite-se aos herdeiros legítimos e testamentários. Percebe-se então que modificações nos parâmetros de filiação alcançam, diretamente, a sucessão.

Quando tratamos de herança deve-se levar em consideração que esse termo abarca tanto bens, quanto dívidas, direitos e obrigações em geral. Desta feita, com a morte do *de cujus* ocorre a abertura da sucessão e a transmissão da herança.

Conforme dito acima a sucessão pode ser legítima ou testamentária. A legítima ocorre com a indicação legal dos sucessores, tendo em vista a inexistência de ato de última vontade deixado pelo falecido, dando a lei a função de indicar seus herdeiros.

O artigo 1.829 trata da ordem de sucessão legítima nesses termos:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

- I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais.

Perante essas informações, percebemos que a ordem de sucessão legítima está baseada na ligação de parentesco e afetividade desses indicados com o *de cujus*, visto que a presença de um parente mais “próximo” na linha de parentesco, exclui o parente mais distante. Por exemplo, a presença de filhos (descendentes), exclui a possibilidade do irmão (colateral) ser herdeiro. Pela mesma justificativa da afetividade, os herdeiros de grau mais próximo, excluem os herdeiros de grau mais distante.

Com a justificativa da afinidade para definir o rol de herdeiros, a legislação utilizou, de maneira indireta, a figura do afeto no momento da edição da norma. O que corrobora o pensamento de que as ligações familiares se valoram pelas relações interpessoais e pela afetividade.

Ainda que o indivíduo tenha interesse em deixar ato de última vontade, por exemplo testamento, essa opção não pode ser total, ou seja, não é permitido que se teste todo o patrimônio. Isso se deve ao fato de que aos herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge) é garantido metade dos bens, o que se denomina de Legítima.

Em vista dessa regra legal, percebe-se que, novamente, os herdeiros com relação afetiva mais próxima, gozam de preferência frente aos outros herdeiros.

Visto isso, conclui-se que a sucessão está intimamente ligada ao grau de afetividade entre os sujeitos familiares. Assim, o reconhecimento da Multiparentalidade nos casos de herança, não se opõem a legislação, ao contrário, representa o fiel exercício da igualdade entre os indivíduos.

Portanto, os filhos socioafetivos, são possuidores dos mesmos direitos que os demais filhos, devido a igualdade filial. Independente da natureza da filiação é plenamente possível a sucessão.

4. Análise das Decisões Judiciais

Em virtude dos vários posicionamentos doutrinários acerca da possibilidade da igualdade de parentesco socioafetivo e sanguíneo, observou-se uma mudança de entendimento dos Tribunais, os primeiros negando a possibilidade jurídica da existência do vínculo afetivo e suas consequência.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. EFEITOS MERAMENTE PATRIMONIAIS. AUSÊNCIA DE INTERESSE DO AUTOR EM VER DESCONSTITUÍDA A PATERNIDADE REGISTRAL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. Considerando que o autor, embora alegue a existência de paternidade socioafetiva, não pretende afastar o liame parental em relação ao pai biológico, o pedido configura-se juridicamente impossível, na medida em que ninguém poderá ser filho de dois pais. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO RECONHECIDA DE OFÍCIO. PROCESSO EXTINTO. RECURSO PREJUDICADO. (Apelação Cível, nº 70027112192, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Desembargador Claudir Fidelis Faccenda, julgado em 02/04/2009).

Percebe-se que nesta ação o autor pretendia o reconhecimento concomitante da paternidade afetiva e biológica, o Tribunal negou provimento alegando que o pedido seria juridicamente impossível.

DIREITO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. APELAÇÃO. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. EXAME DE DNA. PAI BIOLÓGICO QUE VINDICA ANULAÇÃO DO REGISTRO DO PAI REGISTRAL. EXCLUSÃO DO NOME DO PAI REGISTRAL. INOVAÇÃO RECURSAL. INCLUSÃO DO PAI BIOLÓGICO SEM PREJUÍZO DO PAI REGISTRAL. INTERESSE MAIOR DA CRIANÇA. FAMÍLIA MULTIPARENTAL. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. 1. 1. Resguardando o melhor interesse da criança, bem como a existência de paternidade biológica do requerente, sem desconsiderar que também há paternidade socioafetiva do pai registral, ambas propiciadoras de um ambiente em que a menor pode livremente desenvolver sua personalidade, reconheço a paternidade biológica, sem, contudo, desfazer o vínculo jurídico oriundo da paternidade socioafetiva. 4. Recurso provido na parte em que foi conhecido para reformar a sentença. (TJ-RR - AC: 0010119011251, Relator: Des. ELAINE CRISTINA BIANCHI, Data de Publicação: DJe 29/05/2014)

Antes mesmo do STF fixar a Repercussão Geral 622, garantindo a existência concomitante do parentesco biológico e afetivo, possibilitando ao indivíduo conter em seu registro geral pais/mães afetivas e biológicas, os Tribunais já decidiam em manter o vínculo de filiação afetivo. O caso em tela traz o deferimento de tutela, reservando a parte dos bens deixados pelo genitor socioafetivo.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÕES E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE POST MORTEM C/C PETIÇÃO DE HERANÇA. - LIMINAR DEFERIDA NA ORIGEM. RECURSO DA MÃE BIOLÓGICA. VÍNCULO SOCIOAFETIVO. POSSIBILIDADE. MULTIPARENTALIDADE. PRECEDENTE DO STF. TUTELA DE URGÊNCIA. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. RESERVA DE QUINHÃO. CABIMENTO. - "Havendo fortes indícios da paternidade, impõe-se o deferimento de tutela de urgência para assegurar ao autor a reserva de parte dos bens deixados por seu indigitado genitor, na proporção do quinhão a que eventualmente terá direito". (TJ-SC - AI: 40164911520168240000 Joinville 4016491-15.2016.8.24.0000, Relator: Henry Petry Junior, Data de Julgamento: 30/05/2017, Quinta Câmara de Direito Civil)

5. Conclusão

As relações que reconhecemos na família sofrem mudanças e repetições históricas, legislativas e sociais, de forma que, a sua constituição e interpretação não é evolutiva, mas inventiva. O reconhecimento do afeto nos aparece como atualidade e ápice da nova caracterização do sujeito-pai, que saiu de uma função patriarcal e biológica para exercer diversas outras atribuições baseadas nas relações interpessoais e afetivas na família. Ainda é válido indicar que o reconhecimento de igualdade entre a paternidade biológica e socioafetiva pelo STF, abre as portas para coexistência das duas formas.

Assim, as modificações ocorridas no conceito de família, gera inúmeras consequências para o Direito sucessório, ao que modifica o olhar sobre os herdeiros. Percebe-se que, ainda que indiretamente, o legislador utilizou-se do conceito de afetividade para indicar os herdeiros necessários e suas garantias frente aos demais herdeiros. É de suma importância, observar que a Multiparentalidade surgiu para suprir as necessidades da atualidade.

Referências

- FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*; tradução de Luiz Felipe Baeta Neves, -7ed. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- FOUCAULT, Michel. *A hermenêutica do sujeito*: curso dado no Collège de France (1981-1982). Tradução de Márcio Alves da Fonseca e Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 1984.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário nº 898.060 São Paulo.
- BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.
- BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. BRASIL.

A NATUREZA JURÍDICA DAS CRIPTOMOEDAS

Rijkaard Dantas de Santana¹
Caroline Teixeira Barbosa²

1. Introdução

A conexão ou interação entre as pessoas é uma constante necessidade humana. Em um primitivo momento civilizatório essa busca visava garantir a autossubsistência da espécie e, posteriormente, já em uma avançada organização social, o compartilhamento ou troca de produtos e serviços criados pelo esforço e criatividade humana com o objetivo último de desenvolvimento da coletividade.

Observando para a realidade do Século XXI, a *world wide web* ou internet é, indubitavelmente, o maior e mais complexo elemento de conexão entre os homens, de modo que é uma rede capaz de modificar constantemente as perspectivas humanas de interação social, produção e oferta de conteúdo, produtos e serviços.

Assim, a internet é uma realidade multifacetada que possibilita a inovação em razão da plataforma virtualizada em que foi construída e pelo autogerenciamento de governança que se dá pela confiança entre os usuários, inexistindo um governo central de controle da internet.

Ademais, esse sistema possibilita que algo possa ser construído e destruído em razão de sua programação, voltando à condição anterior sem modificar o estado da coisa em si ou a sua natureza. Essas novas possibilidades, em razão da plataforma virtualizada, têm quebrado ou ameaçado os velhos e sólidos paradigmas do mundo real.

Entre essas novas possibilidades criadas pela internet estão as criptomoedas, uma alternativa desenvolvida pelos próprios usuários da rede à realidade do monopólio de emissão de moeda pelos governos dos países e seus respectivos bancos públicos. Contudo, a dicotomia em razão da emissão das criptomoedas e consequente quebra do monopólio governamental para uso no mercado tem gerado intenso conflito entre usuários da rede, entidades governamentais e instituições financeiras mundiais.

Até o presente momento é escassa a regulamentação jurídica específica sobre as criptomoedas no mundo, limitando-se a discussão no âmbito dos congressos ou parlamentos e agências de controle ou regulação. Importando destacar o documento emitido pelo Banco Central Europeu em Fevereiro de 2015, intitulado “*Virtual currency schemes – a further analysis*”³. E observando ainda as perspectivas de atuação regulatória dos governos de Portugal e Alemanha sobre as criptomoedas e as semelhanças com a atuação do governo brasileiro, atentando para o comportamento

¹ Advogado. Graduado em Direito pela Unifacisa - Centro Universitário, Cidade de Campina Grande, Estado da Paraíba, Brasil. Especializando em Direito Digital e Compliance pela Faculdade Damásio.

² Advogada. Graduada em Direito pela Unifacisa - Centro Universitário, Cidade de Campina Grande, Estado da Paraíba, Brasil. Mestranda em Direito pela Universidade do Porto.

³ Tradução livre: Esquemas de moeda virtual - uma análise adicional

européu-brasileiro para obter um panorama legal sobre a matéria.

No Brasil, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 2.303/2015 que altera os artigos 9º, inciso I, da Lei 12.865/2013 e acrescenta o § 4º ao artigo 4º da Lei nº 9.613/98 conferindo ao Banco Central da República do Brasil o poder de disciplinar o arranjo de pagamentos por meio de moedas digitais e comunicações das operações financeiras que possam constituir indícios de crime.

Ademais, o Banco Central do Brasil (BCB) emitiu Comunicado nº 31.379 de 16 de Novembro de 2017 posicionando-se acerca das moedas digitais sobre a sua ausência de liquidez, pois a mesma não é emitida por qualquer autoridade monetária. Manifestou-se também a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) por meio do Ofício Circular nº 1/2018/CVM/SIN, em 12 de Janeiro de 2018, no qual observando a indefinição quanto a natureza jurídica e econômica das criptomoedas e a impossibilidade de qualificação como ativo financeiro, segundo o critério instituído no artigo 2º, V, da Instrução CVM nº 555/14 é que sua aquisição direta pelos fundos de investimento ali regulados não é permitida.

Assim, tem-se que existe inconclusividade acerca da natureza jurídica e econômica das criptomoedas, especialmente no Brasil, além da repulsa por parte das entidades monetárias governamentais e até mesmo pelos consolidados conglomerados econômicos em razão da sua origem e liquidez.

Da sorte que esse estudo se propõe a pesquisar e propor uma conclusão aceitável sob o aspecto normativo e constitucional brasileiro, observando a realidade normativa europeia acerca da existência e validade das criptomoedas para o sistema jurídico, econômico e financeiro do Brasil. Assumindo o estudo uma perspectiva de revisão bibliográfica, utilizando-se do método hipotético dedutivo para se chegar às conclusões para a problemática proposta.

2. Desenvolvimento teórico

a) A origem, construção e existência das criptomoedas e o exemplo do bitcoin

A internet, em sua plataforma virtualizada em rede, possibilita maior conectividade entre as pessoas, bem como proporcional aos usuários a inovação e a inventividade, desenvolvendo no âmbito da sociedade novas práticas de interação social, cultural e afetiva, com ampla repercussão jurídica e econômica. De modo que as influências dessas novas práticas digitais rompem com dicotomia entre mundo físico e digital, sendo apenas o primeiro como mundo real, tornando, também, o mundo digital em real.

Assim, tendo como base a realidade econômica e um momento primitivo da sociedade, o comércio se desenvolvia pelo arcaico meio do escambo, consubstanciando-se na simples troca entre produtos ou serviços produzidos ou realizados pelos próprios homens. Com o avanço do processo civilizatório, houve o progresso do sistema de

cotação e preço, avançando para a cotação sobre os metais preciosos, tais como o ouro, a prata e o cobre.

Com a intensificação do processo de nacionalização, cada país, por meio do seu respectivo governo, instituiu sua própria moeda, criando assim uma natural política protecionista e a necessidade de um sistema global para cotação dos valores entre as diferentes moedas em razão da capacidade econômica de cada nação.

Contudo, a internet e sua programação permitiu a criação de um sistema unificado e global de criptomoeda ou moeda digital que possibilita a todos os usuários, independentemente de país ou banco, o acesso ao sistema. Não é possível precisar a quantidade de criptomoedas que existem disponíveis na internet, pois diariamente são criadas novas. Não obstante, para efeitos deste estudo, será observada a primeira e mais conhecida moeda digital a usar a criptografia ponto a ponto por meio do protocolo de certificação *Blockchain*, o *Bitcoin*.

i) A origem das criptomoedas com o Bitcoin

O surgimento das moedas digitais parte da característica de liberdade que a internet proporciona aos usuários, de modo que as práticas ambientadas no mundo virtual devem ser livres e descentralizadas de uma liderança, como está condensado nas ideias na Declaração de Independência do Ciberespaço de John Perry Barlow, de 08 de fevereiro de 1996. Na declaração, o mesmo afirma ser o ciberespaço livre da tirania do mundo industrial e político convencional, observe-se:

Não temos governos eleitos, nem mesmo é provável que tenhamos um, então eu me dirijo a vocês sem autoridade maior do que aquela com a qual a liberdade por si só sempre se manifesta.

Eu declaro o espaço social global aquele que estamos construindo para ser naturalmente independente das tiranias que vocês tentam nos impor. Vocês não têm direito moral de nos impor regras, nem ao menos de possuir métodos de coação a que tenhamos real razão para temer. (BARLOW, 1996)

Assim, ambientado nessa premissa de liberdade da rede é que os usuários desenvolvem as novas práticas, dentre as quais está a criação das criptomoedas como meio alternativo ao monopólio de emissão de moedas pelos governos para assim poderem negociar livremente sem a intervenção direta do Estado. Entre as primeiras moedas digitais está a *Digicash*, sendo sucedida por outras tentativas como o *Hashcash*, *E-gold* e *Bitgold* (BITCOIN, 2017). Porém, a primeira moeda digital a utilizar o protocolo de criptografia *Blockchain* é o *Bitcoin*.

O *Bitcoin* foi criado em 31 outubro de 2008 por Satoshi Nakamoto ao publicar o documento “*Bitcoin: A Peer-to-Peer Eletronic Cash System*”⁴. Nesse sentido que o *Bitcoin* pode ser definido como:

Trata-se de uma moeda digital ou unidade monetária, também conhecida como criptomoeda. Ela funciona por meio de uma criptografia, ou seja, um conjunto

⁴ Tradução livre: Bitcoin: Um sistema de dinheiro eletrônico ponto-a-ponto

de técnicas que protegem uma informação para garantir que ela só seja decifrada por quem conhece o código, garantindo a segurança do Bitcoin. No entanto, a moeda digital tem o código aberto. Isso significa que o acesso é livre para qualquer pessoa, sendo esta uma moeda gerenciada pelos próprios usuários e sem a necessidade de nenhum intermediador, como o Banco Central ou mesmo as empresas de cartão. **Para simplificar o conceito, podemos dizer o que é Bitcoin: um novo meio de pagamento utilizado em transações online. Essa tecnologia permite a realização de pagamentos eletrônicos com a mesma eficiência daqueles feitos com as cédulas usadas no mundo físico.** (ROLIM, 2018, grifo nosso)

O *Bitcoin* está entre as moedas digitais com maior destaque no mercado, mas existem outras moedas como a *Ethereum*, *Litecoin*, *Zcash/Monero*, *Namecoin*, *Feathercoin*, *Peercoin* e outras tantas que adotam o mesmo ou semelhante criptografia que o *Bitcoin*.

ii) O protocolo Blockchain e o funcionamento do Bitcoin

A programação das criptomoedas é um elemento de grande importância no sistema das moedas digitais, pois são os códigos e certificações que estruturam as moedas que podem garantir a segurança e eficiência do sistema para que os usuários transacionem livremente. Ademais, além de garantir a lisura das transações, o software deve assegurar que não exista duplicidade de emissão de moeda e assim não inflacionar ou desvalorizar o valor da moeda.

Assim, o sistema de *Blockchain* desenvolvido por *Satoshi Nakamoto* é um código aberto, no qual qualquer usuário pode verificar a autenticidade das transações utilizando o número da assinatura digital, de modo que o sistema pode ser definido como:

A blockchain é a rede de blocos onde estão registradas todas as transações com o bitcoin. Do início do funcionamento da rede até os dias atuais, todas as transações são mantidas nos blocos da rede (daí vem o nome “blockchain” = cadeia de blocos).

Essa rede de blocos possui duas características principais: pode ser auditada por qualquer pessoa e é praticamente inviolável.

Embora nenhuma transação possua identificações diretas de quem participou dela (como nome, documentos ou e-mail), cada uma delas possui uma assinatura digital, também chamada hash. Essa assinatura é única de cada transação – é impossível haver duas transações com o mesmo hash. Através dela é possível verificar na blockchain quando a operação foi feita, com data e hora completas, de quanto foi a transferência e quais endereços participaram. (ROLIM, 2017)

Desse modo, a tecnologia do *Blockchain* é a garantia técnica de que o sistema funciona sem risco e com perfeita lisura nas transações realizadas pelo *Bitcoin* e outras moedas digitais que utilizem a mesma tecnologia de certificação de transação. Ademais, qualquer pessoa pode adquirir e gerenciar a carteira *Bitcoin*, o que em termos práticos funciona como o próprio banco, como de armazenamento digital das moedas do usuário, sendo necessário a chave de acesso para realizar qualquer movimentação.

Assim, o sistema independe de certificação de qualquer governo ou banco central para ter validade e poder transacionar entre os usuários, pois o processo de decifrar o código emitido pelo próprio sistema também chamado de mineração do bloco de informações *hash*, ou seja, o mesmo que confere a assinatura digital a transação é objeto de decodificação pelos usuários que em troca recebem um valor da própria moeda. Podendo ser definido com maior precisão:

O processo de mineração consiste em decifrar códigos com valores criptografados emitidos pelo software. Essas emissões são sequências de bits geradas pelo algoritmo do programa, sendo chamados de “hashs”. Envolvem equações matemáticas altamente complexas. **Quem conseguir decifrar o código primeiro ganha uma determinada quantidade de Bitcoins.** O “vencedor” e os seus novos bitcoins são informados pelo seu nó aos demais para que todos validem e saibam que esses bitcons pertencem a esse minerador. **Todas as transações ficam registradas num grande banco de dados, que atua como um livro de registros, denominado “Blockchain” onde cada transação é registrada de forma cronológica e linear. Sendo assim a confirmação de cada transação depende de uma unanimidade de todos os nós, o que evita e previne fraudes.** (MARQUES, 2017, grifo nosso)

Contudo, não pode haver confusão entre *Blockchain* e *Bitcoin* pois tratam-se de tecnologias distintas, mas que surgem no mesmo contexto inventivo, de modo que as possibilidades de uso do protocolo de funcionamento da *Blockchain* são mais esparsas e diversificadas que as próprias criptomoedas, posto que possibilita a criação de novas práticas:

O Blockchain tem a oportunidade de encolher completamente o mundo nós o conhecemos. As fronteiras entre países e empresas seria completamente eliminado. Transações e comércios através do bloco seria ainda mais fácil e não haveria dificuldade em trabalhar com empresas em qualquer lugar. Transações seriam imediatas e as empresas poderiam interagir no exterior apenas tão facilmente como o faria se estivessem vizinhos diretos. Em última análise, a face dos negócios iria mudar completamente. Modelos atrás de empresas mudaria, oportunidades de carreira seriam abertos, e o comércio se tornaria muito mais fácil. Empresas grandes e pequenas com as mesmas chances e oportunidades e não haveria quase nada que impedisse que as empresas pequenas tivessem o mesmo impacto que as empresas grandes atualmente possuem. (COOPER, 2017, posição 517)

Portanto, o sistema se retroalimenta fornecendo os blocos para que sejam decifrados e assim criar a nova moeda ao mesmo tempo em que as transações anteriores são certificadas pelos próprios usuários, criando assim uma sequência de blocos que todos os usuários em rede podem ter acesso. De modo que, não é possível modificar toda sequência em todos os computadores em rede simultaneamente, sendo a sequência mais longa a verdadeira sequência.

iii) O valor do Bitcoin

O próprio software é o emissor e certificador da moeda *Bitcoin* por meio do uso dos usuários através da mineração do *Blockchain* das assinaturas digitais ou *hashs*, ou seja, dos complexos problemas de matemática que se aglutinam nos blocos. Assim, os próprios usuários gerenciam suas carteiras de *Bitcoin* e assim realizam as transações⁵ cotidianas como qualquer outra moeda emitida e certificada por governo.

Ocorre que o próprio sistema do *Bitcoin* é limitado a produção de 21 milhões de moedas, ou seja, se chegará ao limite do próprio sistema com o processo de mineração pelos usuários, como observa-se:

Em primeiro lugar, o código foi desenvolvido de forma a permitir que apenas 21 milhões de moedas fossem produzidas. Até hoje, mais de 16 milhões de moedas já foram mineradas, o que significa que, a cada ano, fica mais difícil produzir Bitcoins. Logo, a tendência é que a moeda valorize ainda mais, tornando este um ótimo negócio (ROLIM, 2018).

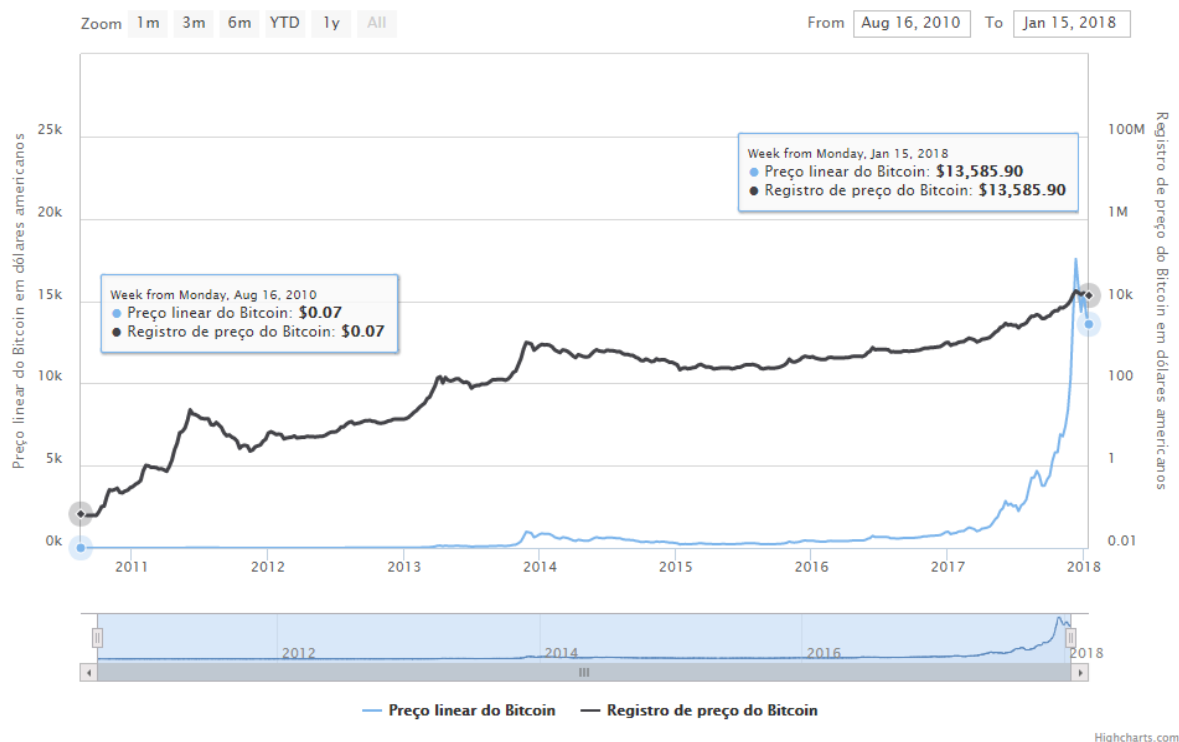
Assim, o valor de mercado do *Bitcoin* é volátil e acompanha as tendências de sua utilização, o que intrinsecamente valoriza a moeda para o mercado externo a rede, pois a sua sustentação é a ampla difusão entre novos usuários capazes de minerar os blocos de informações e assim criar mais moeda para que a mesma possa ser transacionada e que mais pessoas tenham acesso ao sistema para compra e venda de produtos e serviços por meio desta.

Apesar de o *Bitcoin* ter sido divulgado por seu criador em 31 de Outubro de 2008, o sistema iniciou operação em Janeiro de 2009, iniciando os registros a partir dessa período. Contudo, para observação de dados, tem-se no gráfico a seguir a variação de cotação de 1 *Bitcoin* entre o período de 16 de Agosto de 2010 a 15 de Janeiro de 2018.

Inicialmente se observa que a moeda valia a quantia de US\$0,07 (sete centavos de dólar americano), ao passo que em momento mais atual vale o montante de US\$13.585,90 (treze mil quinhentos e oitenta e cinco dólares americanos e noventa centavos de dólar), representando um crescimento percentual de 194.084,28% (cento e noventa e quatro mil e oitenta e quatro vírgula vinte e oito por cento) em 07 (sete) anos e 05 (cinco) meses de comercialização com a moeda.

⁵ Existe uma crescente aceitação e implementação por diversas empresas do setor de tecnologia para que o pagamento de produtos ou serviços seja feito por meio das moedas digitais, especialmente o Bitcoin. “O W3C (World Wide Web Consortium), com a ajuda do Google, Microsoft, Facebook, Apple e Mozilla, lançou uma API que permite a implementação de criptomoedas – como o Bitcoin, a mais famosa delas – como forma de pagamento” (FREITAS, 2017).

Contudo, em contrapartida a difusão das criptomoedas entre os usuários e as empresas, governos como da Coreia do Sul estão em processo de completo banimento das moedas digitais em razão da sua falta de controle pelo Estado e a possibilidade de utilização para fins ilícitos justamente em razão da ausência de controle efetivo pelo poder público, além do impacto na economia desses países. (SMULIAN, 2018)

Gráfico 01. Histórico de cotação do *Bitcoin* em dólares americanos

Assim, há uma crescente valorização da moeda se observado a partir do seu marco inicial, apesar da forte oscilação de preço presente no final do ano de 2017 e início do ano de 2018, como presente na parte final do gráfico 01. Posto isso, que a moeda, em razão de sua limitação de emissão de 21 (vinte e um) milhões de moedas e elevado valor de mercado, pode ser compreendido como um meio de investimento e não de negociação com a retenção do capital e a concentração de investidores.

- b) A política do sistema financeiro nacional e a existência das criptomoedas
- i) *A competência constitucional da União para emitir moeda*

A Constituição Federal de 1988 é muito precisa ao tratar da emissão de moeda e controle monetário pelo governo e o Banco Central, denotando uma realidade constitucional estatista e garantista de controle econômico.

O artigo 21, inciso VII da CF de 1988 diz que compete a União emitir moeda, ao passo que o artigo 48 trata das matérias que cabem ao Congresso Nacional, com a sanção presidencial, excetuadas algumas situações acerca da moeda e a dívida mobiliária federal. Por fim, mais claro ainda o artigo 164 que diz que a competência para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo Banco Central. Observe-se do texto normativo de todos esses artigos:

Art. 21. Compete à União:

VII - emitir moeda;

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

XIV - moeda, seus limites de emissão, e montante da dívida mobiliária federal.
Art. 164. A competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo banco central. (BRASIL, 1988)

Assim, resta claro que a União possui a competência para emitir moeda, sendo essa atribuição constitucional exercida exclusivamente pelo Banco Central, e sobre tal atribuição cabe destacar a lição:

Promulgada a Constituição, exsurgiu, no campo das finanças públicas, o tratamento destacado que as matérias de índole financeira receberam por parte do constituinte.

Essa observação, em relação às matérias financeiras, deriva do fato de elas terem sido transferidas para a responsabilidade do Congresso, ficando subtraídas da competência do chefe do Executivo. Daí a competência exclusiva do Banco Central para expedir moedas em nome da União. (BULOS, 2009, pág. 1235)

Consecutivamente, o Sistema Financeiro Nacional (SFN)⁶ foi criado pela Lei nº 4.595/1964, legislação recepcionada pela Constituição Federal de 1988, sendo a mesma lei que criou o Conselho Monetário Nacional (CMN) e transformou a Superintendência da Moeda e do Crédito em Banco Central do Brasil (BCB). Ambos os órgãos atuam, entre outras atribuições, no controle do valor da moeda interna e externamente, contendo o surto inflacionário ou deflacionário, bem como no controle sobre a emissão quantitativa da moeda corrente nacional⁷.

Observa-se da estrutura do Sistema Financeiro Nacional que existem quatro órgãos ligados à emissão e controle de moeda no Brasil, quais sejam: o Poder Legislativo, a Presidência da República, o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central do Brasil.

⁶ A composição do Sistema Financeiro Nacional é descrita no artigo 1º da Lei nº 4595/64: Art. 1º O sistema Financeiro Nacional, estruturado e regulado pela presente Lei, será constituído:

- I - do Conselho Monetário Nacional;
- II - do Banco Central do Brasil; (Redação dada pelo Del nº 278, de 28/02/67)
- III - do Banco do Brasil S. A.;
- IV - do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico;
- V - das demais instituições financeiras públicas e privadas.

⁷ Art. 3º A política do Conselho Monetário Nacional objetivará:

II - Regular o valor interno da moeda, para tanto prevenindo ou corrigindo os surtos inflacionários ou deflacionários de origem interna ou externa, as depressões econômicas e outros desequilíbrios oriundos de fenômenos conjunturais;

III - Regular o valor externo da moeda e o equilíbrio no balanço de pagamento do País, tendo em vista a melhor utilização dos recursos em moeda estrangeira;

Art. 4º Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República: (Redação dada pela Lei nº 6.045, de 15/05/74)

I - Autorizar as emissões de papel-moeda (Vetado) as quais ficarão na prévia dependência de autorização legislativa quando se destinarem ao financiamento direto pelo Banco Central da República do Brasil, das operações de crédito com o Tesouro Nacional, nos termos do artigo 49 desta Lei. (Vide Lei nº 8.392, de 30.12.91)

Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil:

I - Emitir moeda-papel e moeda metálica, nas condições e limites autorizados pelo Conselho Monetário Nacional (Vetado)

Há uma atuação em conjunto desses órgãos com vistas à garantia do equilíbrio quantitativo e valorização cambial da moeda interna e externamente.

ii) A política do SFN e a existência das criptomoedas

Logo, em uma leitura conjunta dos dispositivos da Constituição e a legislação infraconstitucional, tem-se que o constituinte originário julgou necessário o controle direto do poder público sobre a emissão e valorização da moeda. Portanto, é de responsabilidade do CMN e do BCB a regularidade e fiscalização da moeda corrente nacional utilizada nas transações.

Desse modo, a existência de uma moeda paralela deve ser um fenômeno observado pelo Sistema Financeiro Nacional e especialmente pelos dois órgãos supramencionados com vistas a proteger a integridade e valorização da moeda nacional emitida pelo governo. De sorte que, qualquer moeda que circula no país deve ser emitida segundo a política do CMN e do BCB, que por sua vez seguem as regras constitucionais.

Portanto, o Banco Central do Brasil e o Conselho Monetário Nacional emitem a moeda segundo as diretrizes legais para o controle da moeda e o bom funcionamento da economia, controlando os focos de inflação e deflação da moeda e tenham assim a liquidez que com base em todo o sistema financeiro. Contudo, as criptomoedas não guardam relação direta com o governo, funcionando de forma prática como uma moeda paralela no país, cumprindo assim o seu objetivo primordial, qual seja, burlar o sistema financeiro e o que os defensores das moedas virtuais denominam de “tirania monetária” (ULRICH, 2014), sendo mais claramente no seguinte excerto acerca do *Bitcoin*:

A moeda digital criada por Satoshi Nakamoto proporciona enormes vantagens comparativas em relação às demais moedas fiduciárias. Mas Bitcoin não é apenas uma forma de realizar transações globais com baixo ou nenhum custo. Bitcoin é, em realidade, uma forma de impedir a tirania monetária. Essa é a sua verdadeira razão de ser.

O entorno do surgimento da moeda digital não foi nenhuma coincidência. **Bitcoin emergiu como uma resposta natural ao colapso da atual ordem monetária, à constante redução de privacidade financeira e a uma arquitetura bancária cada vez mais prejudicial ao cidadão comum.** Governos não podem inflacionar bitcoins. Governos não podem apropriar-se da rede Bitcoin. Governos tampouco podem corromper ou desvalorizar bitcoins. **E também não podem proibir-nos de enviar bitcoins a um comerciante no Maranhão ou no Tibete.** (ULRICH, 2014, pág. 91, grifo nosso)

De modo que esse objetivo descrito como só para o *Bitcoin* pode ser estendido às demais criptomoedas pois todas descendem do *Bitcoin*. Assim, é objetivamente claro que existe contraposição entre a política do Sistema Financeiro Nacional e o objetivo das criptomoedas, pois a moeda emitida pelo governo possui a chancela do Estado, portanto, pressupõe a aprovação pela representação do povo e assim se manter o equilíbrio monetário, ao passo que as moedas virtuais decorrem de um comportamento liberal dos

usuários da internet, precisamente do observado na Declaração de Independência do Ciberespaço.

iii) O comportamento inicial do Banco Central da República do Brasil, da Comissão de Valores Mobiliários e do Poder Legislativo

Observando o teor normativo da Constituição Federal de 1988 e as diretrizes do Sistema Financeiro Nacional, o Banco Central do Brasil, em consonância com a política definida pelo Conselho Monetário Nacional, emitiu o Comunicado nº 31.379, de 16 de novembro de 2017, no qual, em síntese aduz acerca das criptomoedas que:

[...]

4. As empresas que negociam ou guardam as chamadas moedas virtuais em nome dos usuários, pessoas naturais ou jurídicas, não são reguladas, autorizadas ou supervisionadas pelo Banco Central do Brasil. Não há, no arcabouço legal e regulatório relacionado com o Sistema Financeiro Nacional, dispositivo específico sobre moedas virtuais. O Banco Central do Brasil, particularmente, não regula nem supervisiona operações com moedas virtuais.

6. É importante ressaltar que as operações com moedas virtuais e com outros instrumentos conexos que impliquem transferências internacionais referenciadas em moedas estrangeiras não afastam a obrigatoriedade de se observar as normas cambiais, em especial a realização de transações exclusivamente por meio de instituições autorizadas pelo Banco Central do Brasil a operar no mercado de câmbio.

[...]

7. Embora as moedas virtuais tenham sido tema de debate internacional e de manifestações de autoridades monetárias e de outras autoridades públicas, não foi identificada, até a presente data, pelos organismos internacionais, a necessidade de regulamentação desses ativos. **No Brasil, por enquanto, não se observam riscos relevantes para o Sistema Financeiro Nacional. Contudo, o Banco Central do Brasil permanece atento à evolução do uso das moedas virtuais, bem como acompanha as discussões nos foros internacionais sobre a matéria para fins de adoção de eventuais medidas, se for o caso, observadas as atribuições dos órgãos e das entidades competentes.** (BRASIL, 2017, grifo nosso)

Sob o mesmo alinhamento, apesar de não compor da política do Sistema Financeiro Nacional, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), que é uma autarquia em regime especial vinculada diretamente ao Ministério da Fazenda com autoridade e com ausência de subordinação hierárquica emitiu, sobre as criptomoedas, o Ofício Circular nº 1/2018/CVM/SIN em 12 de janeiro de 2018, aduzindo que:

Fazemos referência aos comunicados realizados pela CVM em 11/10/2017 e 16/11/2017, relacionados às operações de Initial Coin Offerings (“ICO”), e a consultas, efetuadas por diversos participantes de mercado, acerca de possibilidade de investimento, pelos fundos de investimento regulados pela Instrução CVM nº 555/14, nas atualmente denominadas “criptomoedas”.

Como sabido, tanto no Brasil quanto em outras jurisdições ainda tem se discutido a natureza jurídica e econômica dessas modalidades de investimento, sem que se tenha, em especial no mercado e regulação domésticos, se chegado

a uma conclusão sobre tal conceituação.

Assim e baseado em dita indefinição, a interpretação desta área técnica é a de que as criptomoedas não podem ser qualificadas como ativos financeiros, para os efeitos do disposto no artigo 2º, V, da Instrução CVM nº 555/14⁸, **e por essa razão, sua aquisição direta pelos fundos de investimento ali regulados não é permitida.**

[...]

Assim, no entendimento da área técnica é inegável que, em relação a tal investimento, há ainda muitos outros riscos associados a sua própria natureza (como riscos de ordem de segurança cibernética e particulares de custódia), ou mesmo ligados à legalidade futura de sua aquisição ou negociação.

Dessa forma, esta Superintendência informa que todas essas variáveis vêm sendo levadas em consideração na avaliação da possibilidade de constituição e estruturação do investimento indireto em criptomoedas, sem que se tenha chegado, ainda, a uma conclusão a respeito dessa possibilidade. (BRASIL, 2018)

Observa-se dos dois órgãos que existe um comportamento de acautelamento por parte do Banco Central do Brasil em uma restrição aos fundos de investimento pela Comissão de Valores Mobiliários. Portanto, sobre esta última há verdadeira proibição por parte aplicada pela CVM em razão da indefinição jurídica e econômica que existem sobre as criptomoedas, além do elevado risco inerente ao investimento em razão da construção de moedas como o *Bitcoin*.

Logo, apercebe-se que em ambas as situações trata-se de um comportamento acautelatório ante a indefinição sobre as criptomoedas, posto que justamente essas não possuem o aval ou chancela do governo para emitirem moeda e a sua liquidez se consubstanciar na confiança na programação do sistema e nas transações entre os usuários.

⁸ Instrução nº 555/2014 da CVM.

Art. 2º Para os efeitos desta Instrução, entende-se por:

V – ativos financeiros:

a) títulos da dívida pública;

b) contratos derivativos;

c) desde que a emissão ou negociação tenha sido objeto de registro ou de autorização pela CVM, ações, debêntures, bônus de subscrição, cupons, direitos, recibos de subscrição e certificados de desdobramentos, certificados de depósito de valores mobiliários, cédulas de debêntures, cotas de fundos de investimento, notas promissórias, e quaisquer outros valores mobiliários, que não os referidos na alínea “d”;

d) títulos ou contratos de investimento coletivo, registrados na CVM e ofertados publicamente, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros;

e) certificados ou recibos de depósitos emitidos no exterior com lastro em valores mobiliários de emissão de companhia aberta brasileira;

f) o ouro, ativo financeiro, desde que negociado em padrão internacionalmente aceito;

g) quaisquer títulos, contratos e modalidades operacionais de obrigação ou coobrigação de instituição financeira;

h) warrants, contratos mercantis de compra e venda de produtos, mercadorias ou serviços para entrega ou prestação futura, títulos ou certificados representativos desses contratos e quaisquer outros créditos, títulos, contratos e modalidades operacionais desde que expressamente previstos no regulamento; (BRASIL, 2014)

De modo que é dever dos órgãos que compõem, direta ou indiretamente, no equilíbrio do Sistema Financeiro Nacional a verificação de investimentos desta natureza ante o possível impacto na economia nacional.

Com vista a esse pensamento acautelatório, é que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 2.303, proposto em 2015, que altera e acrescenta os seguintes dispositivos de lei:

Art. 1º Modifique-se o inciso I do art. 9º da Lei 12.865, de 09 de outubro de 2013:

“Art. 9º

I - disciplinar os arranjos de pagamento; incluindo aqueles baseados em moedas virtuais e programas de milhagens aéreas;”

Art. 2º Acrescente-se o seguinte § 4º ao art.11 da Lei 9.613, de 03 de março de 1998:

“Art. 11

§ 4º As operações mencionadas no inciso I incluem aquelas que envolvem moedas virtuais e programas de milhagens aéreas”

Art. 3º Aplicam-se às operações conduzidas no mercado virtual de moedas, no que couber, as disposições da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e suas alterações.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, 2015)

O Projeto de Lei modifica a legislação em três aspectos, quais sejam: (I) no artigo 1º, alterar o artigo 9º da Lei nº 12.865/13 para atribuir competência ao Banco Central do Brasil para disciplinar os arranjos de pagamento realizados com as criptomoedas; (II) no artigo 2º, acrescenta o §4º no artigo 11 da Lei nº 9.613/98 para aduzir que devem receber especial atenção às operações realizadas com as criptomoedas, em razão do potencial indício de cometimento de crime; (III) por fim, o artigo 3º aduz que o Código de Defesa do Consumidor será aplicado nas operações realizadas com as moedas digitais.

Apesar de se tratar ainda de um Projeto de Lei, tal comportamento legislativo se aproxima com o teor descrito nos documentos do BCB e da CVM em atribuir a competência para regulamentação das moedas digitais ao Banco Central, precisamente em razão da sua posição de operação no Sistema Financeiro Nacional e ainda por determinação constitucional.

c) Observando o cenário normativo europeu sobre as criptomoedas

Observa-se que a experiência de regulamentação das criptomoedas no Brasil limita-se a proibições e observações, além de projeto de lei sem adentrar a real natureza do ativo econômico. Sendo assim é necessário observar e comparar o cenário brasileiro de regulação com os de mercados em bloco e mais ativos, tal qual o da Comunidade Europeia.

No ano de 2015 o Banco Central Europeu publicou o “*Virtual currency schemes – a further analysis*” observando de forma geral o cenário das moedas digitais, bem como a responsabilidade pela regulamentação. Concluindo nesse documento que essas moedas não são dinheiro tal qual a literatura econômica clássica, observe-se:

Virtual currency schemes, such as Bitcoin, are not full forms of money as usually defined in economic literature, nor are virtual currencies money or currency from a legal perspective. Nevertheless, VCS can/may substitute banknotes and coins, scriptural money and e-money in certain payment situations. (BANK, 2015)

Esse mesmo posicionamento é reafirmado no Parecer do Banco Central Europeu de 12 de outubro de 2016 sobre uma proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva (UE) 2015/849 relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo e que altera a Diretiva 2009/101/CE, na qual aduz de forma clara que:

Em primeiro lugar, as «moedas virtuais» não são consideradas moeda do ponto de vista da União (3). Por força dos Tratados e do disposto no Regulamento (CE) n.º 974/98 do Conselho, o euro é a moeda única da União Económica e Monetária da UE, ou seja, dos Estados-Membros que adotaram o euro como moeda (4). Em coerência com esta abordagem, que foi já assumida ou está atualmente a ser considerada por outras jurisdições que estão a regulamentar as plataformas de câmbio de moeda virtual, nomeadamente o Canadá, o Japão e os Estados Unidos, **o BCE recomenda que se defina o conceito de moeda virtual de forma mais específica, para que fique expressamente claro que as moedas virtuais não são moeda ou dinheiro com curso legal (1).**

Em segundo lugar, dado que as moedas virtuais não constituem, de facto, moeda com curso legal, seria mais rigoroso considerá-las como meio de troca e não como meio de pagamento. Além disso, a definição de «moeda virtual» como meio de pagamento constante da diretiva proposta não tem em conta o facto de, em determinadas circunstâncias, as moedas virtuais poderem ser utilizadas para fins diversos do pagamento (2). Conforme salienta o Banco de Pagamentos Internacionais (BIS), a tecnologia do livro-razão distribuído, subjacente a numerosos sistemas de moeda digital, pode ter uma aplicação muito mais ampla do que os pagamentos (3). A este respeito, o GAFI observou que a utilização das moedas virtuais para fins diversos do pagamento pode incluir produtos de reserva de valor para fins de poupança ou investimento, como sejam produtos derivados, matérias-primas e títulos (4). **As moedas digitais mais recentes, baseadas nas tecnologias mais sofisticadas de livro-razão distribuído e de «blockchain», permitem uma gama de utilizações que transcende a finalidade do pagamento (5), abrangendo, por exemplo, os casinos on-line. Em face do exposto, o BCE sugere que a diretiva proposta faça também referência a outras possíveis utilizações das moedas virtuais na definição que propõe para o conceito.**

O BCE sugere que a definição de moeda virtual constante da diretiva proposta seja adaptada de modo em ter em conta as considerações precedentes. (BANK, 2016, grifo nosso)

Portanto, o posicionamento legal do Banco Central Europeu tem se mantido pelo não reconhecimento das moedas digitais como moedas correntes legais, considerando-as no máximo como um meio de troca, agindo expressamente de modo protecionista e

reafirmando o Euro como única moeda corrente nos países que adotam a moeda na Comunidade Europeia.

Nessa perspectiva é que países como Portugal se omitiram na regulamentação das moedas digitais, delegando à Europa a uniformização e regulamentação sobre a matéria, conforme se observa:

Para já, o Governo deixa tudo nas mãos da Europa e não tenciona regulamentar a bitcoin, a moeda digital descentralizada que em 2017 valorizou quase 1.900% e já chega perto dos 20 mil dólares por unidade. O Executivo de António Costa e os partidos com assento parlamentar remetem mesmo qualquer intervenção sobre este assunto para a União Europeia e para os reguladores da banca (Banco de Portugal) e dos mercados (CMVM), apurou a SÁBADO (MALHADO, 2017)

Importa observar ainda que o comportamento do Banco de Portugal guarda consonância com o comportamento adotado pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) do Brasil, recomendando e proibindo a compra ou negociar com as moedas digitais:

Por enquanto, adianta à SÁBADO, o Banco de Portugal tem **"recomendado às instituições de crédito, às instituições de pagamento e às instituições de moeda electrónica" sujeitas à sua supervisão que "se abstenham de comprar, deter ou vender moedas virtuais"**. Também a CMVM tem agido, realizando uma acção de supervisão transversal junto dos bancos de investimento e corretoras a operar em Portugal, tal como avançou o jornal Eco. (MALHADO, 2017)

Antagonicamente ao comportamento normativo de Portugal, a Alemanha legalizou as criptomoedas, havendo até mesmo situações de isenção de tributação em razão da aplicação de entendimento de precedente do Tribunal Justiça Europeu, tem-se:

O país bávaro considera o Bitcoin a partir de hoje como equivalente a uma moeda legal para fins fiscais quando é usado como meio de pagamento. O Ministério das Finanças baseou as suas orientações sobre uma decisão do Tribunal de Justiça Europeu de 2015 sobre os impostos sobre o valor acrescentado (IVA), que abriu precedente para as nações da União Europeia tributarem o Bitcoin, oferecendo isenções para certos tipos de transações. "As criptomoedas (bitcoin, por exemplo) tornaram-se equivalentes aos meios legais de pagamento, na medida em que as chamadas moedas virtuais dos envolvidos na transação foram aceitas como meios alternativos de pagamento contratual e imediato", diz o documento emitido pelo governo alemão. Com esta decisão, para efeitos fiscais, converter Bitcoin em moeda fiduciária ou vice-versa é "um benefício tributável misto". Pela decisão da União Europeia, o ato de converter uma criptomoeda em moeda fiduciária é classificado como uma "oferta de serviço" e, portanto, uma parte que atua como intermediário para a troca não será tributada. (UMPIERES, 2018)

Nessa conformidade, os mercados desenvolvidos da Europa ainda são imprecisos a qual comportamento adotar sobre as criptomoedas e o impacto que pode causar sobre o sistema financeira de cada país individualmente. Ao passo que, o mercado em

desenvolvimento do Brasil já tem adotado posição, momentaneamente, abertamente contrária à implementação de mercado das criptomoedas.

d) A natureza jurídica das criptomoedas e aspecto jurisprudencial

i) *Definição quanto a natureza jurídica das criptomoedas*

Como já transcrito, o *Bitcoin* e demais moedas são compreendidas pelos usuários como moeda, servindo, portanto, como unidade de troca por produtos ou serviços, possuindo seu próprio sistema de pagamento e certificação de validação de transação, tal qual a moeda corrente nacional emitida pelo Estado.

Todavia, como no Ofício Circular nº 1/2018/CVM/SIN em 12 de janeiro de 2018 da CVM, existe indefinição acerca da natureza jurídica das criptomoedas, de modo que se faz necessário uma definição conceitual para tanto, ainda que futuramente venham a ser consideradas ilegais as transações realizadas por meio desses sistemas. Mais ainda, como observado no mercado europeu de vedação pelo governo Português, ao passo da legalização da Alemanha e não reconhecimento como moeda pelo Banco Central Europeu.

Definir natureza jurídica é atribuir a um fenômeno uma classificação jurídica, e para as criptomoedas há quem classifique, em agosto de 2017, não como ativo econômico, mas tecnologia. Observe-se:

O bitcoin e outros criptoprotocolos têm natureza jurídica de tecnologia (software open source). Juridicamente, não são moeda e suas aplicações nem sempre possuem valor intrínseco: vão desde ativo financeiro até os chamados contratos inteligentes (smart contracts) e aplicações em internet das coisas (IoT). Alguns desses usos possuem regulações específicas e exatamente por isso seria dispensável um tratamento específico às mesmas aplicações envolvendo criptomoedas. (MARGARIDO, 2017, grifo nosso)

Internacionalmente há também o debate acerca da natureza, o que realmente pode definir o *Bitcoin* e as demais criptomoedas, de modo que se faz necessária a transcrição do seguinte excerto:

Poderíamos já considerar o Bitcoin um dinheiro? Em sua tese de mestrado, Peter Šurda afirma que não, Bitcoin ainda não é dinheiro. Tornar-se-á algum dia. Mas ainda não o é. Seguindo uma das definições da Escola Austríaca de Economia, “Bitcoin não é um meio de troca universalmente aceito”, afirma Šurda. Mas se não é dinheiro, então o que é? Seria um “meio de troca secundário” (conforme a definição de Mises em seu livro *Ação Humana*) ou uma quase-moeda (Rothbard, em seu livro *Man, Economy, and State*)? Por outro lado, Graf levanta um ponto interessante: “Se dinheiro é definido como meio de troca universalmente aceito, então temos que qualificar o universalmente”. Porque, se dissermos que dinheiro é o meio de troca “mais” universalmente aceito, “então certamente não chamaríamos Bitcoin de dinheiro”, conclui Graf, adicionando que “tampouco chamaríamos pesos mexicanos de dinheiro dentro dos Estados Unidos”. Entramos em uma área cinzenta, sem dúvida, mas há mérito no seu ponto. Graf concede que a única razão — ainda que passível de debate — para ainda não chamar Bitcoin de

dinheiro reside no fato de que, “aparentemente, muitos usuários ainda enxergam os bitcoins através da lente da taxa de câmbio em relação às suas moedas locais”.

Em contrapartida, **Frank Shostak afirma que Bitcoin “não é uma nova forma de dinheiro que substitui formas antigas, mas na verdade uma nova forma de empregar dinheiro existente em transações. Uma vez que Bitcoin não é dinheiro de verdade, mas meramente uma nova forma diferente de empregar a moeda fiduciária existente, ele não pode substituí-la”.**

Contrariando Shostak, **Bitcoin é um novo meio de troca, sim, ainda que não universalmente aceito. Ele é o que Mises classifica como dinheiro commodity ou dinheiro mercadoria. Mas não no sentido material, tangível, como normalmente se entende, e sim no sentido de “dinheiro propriamente dito”** (conforme o termo money proper usado por Mises em Theory of Money and Credit). O dinheiro propriamente dito é simplesmente o “bem econômico” usado como dinheiro, independentemente de qual bem este seja. Como esclarece Mises, “a característica decisiva de um dinheiro commodity é o emprego para fins monetários de uma commodity no sentido tecnológico... É uma questão de indiferença completa qual commodity em particular ela seja; o importante é que a commodity em questão constitua o dinheiro, e que o dinheiro é meramente essa commodity”.

A leitura da obra original em alemão, *Theorie des Geldes und Umlaufsmittel*, fornece mais pistas no sentido de entender que não importa qual mercadoria é usada como dinheiro; **importa apenas que seja um bem econômico. Dinheiro commodity, em alemão, é “Sachgeld” (sach=coisa, geld=dinheiro), o que nos permite deduzir que qualquer “coisa” pode servir como dinheiro, contanto que seja usada e valorada como tal pelos indivíduos.** Logo, uma unidade bitcoin, embora incorpórea, é o bem utilizado como meio de troca; o bitcoin é o próprio meio de troca, é o dinheiro propriamente dito. (ULRICH, 2014, pág. 52,53, grifo nosso)

Apercebe-se que há incongruência sobre uma definição quanto à natureza jurídica das criptomoedas. Havendo entendimento, desde tecnologia, passando por substituto digital da moeda fiduciária e ainda dinheiro *commodity*. Entretanto, no momento cronológico em que essas conceituações foram apresentadas, o uso do sistema era inferior ao atual e crescente, de modo que, esse é um fator relevante na conceituação, posto que atualmente, como já aduzido, diversas lojas e empresas de tecnologia admitem o pagamento por meio de *Bitcoin*.

Nesse sentido, a conceituação deve observar ao decurso do tempo, a instabilidade ou estabilidade do sistema e a inventividade de sua tecnologia, além dos pressupostos econômicos sobre moeda como a aceitabilidade geral e disponibilidade imediata para troca no mercado por produtos ou serviços. Assim, observando os elementos que compõem as criptomoedas pode-se chegar a uma conclusão adequada e independente do tempo em que sua conceituação é realizada.

Seguindo essa premissa, tem-se que as criptomoedas, tomando como exemplo o *Bitcoin*, é formado por um software de código aberto, cuja verificação das transações se realiza por meio do protocolo do *Blockchain*, no qual todos os usuários validam as negociações que são registradas no bloco e assim capaz de possibilitar aos mineradores

a prospecção ou criação de novas moedas, limitadas ao teto do sistema, consubstanciando em 21 (vinte e um) milhões de moedas.

Logo, inicialmente deve-se observar que as moedas digitais possuem qualidade de ativo econômico, podendo realizar a compra de produtos ou serviços, bem como se trata de um protocolo de pagamento, ou seja, ele reúne todas as funcionalidades de moeda, banco e operadora de transação. Entretanto, essas não possuem lastro ou liquidez de qualquer entidade para garantir o valor econômico em circulação, resguardando sua garantia apenas na utilização pelos usuários, agregando valor ao considerar a lei da oferta e da procura, influenciando assim na taxa cambial da moeda.

Ainda assim, por tais razões, pode-se compreender que as criptomoedas podem ser consideradas como unidades de valor monetário, portanto, moeda, em razão da sua aceitabilidade e disponibilidade, ainda que não emitidas pelo governo. Não incidindo aqui a classificação da natureza como tecnologia, posto que estaria restrito ao seu protocolo de certificação, a *Blockchain*, não observando assim todo o completo sistema inerente as moedas.

Em outro cenário, esse mais restrito ao *Bitcoin*, que possui uma limitação em sua programação para emitir 21 (vinte e um) milhões de moedas, o valor unitário dessa criptomoeda poderia ser considerado como ativo financeiro como uma ação ou uma quota de participação do sistema fechado, ainda que não esteja registrado na CVM, como requer o artigo 2º, inciso V, alínea “c” da Instrução nº 555 do mesmo órgão.

Logo, o limite de 21 milhões de moedas corresponderiam aos títulos de participação na Bitcoin e essas ações possuem valor cambial para sua compra, podendo ser aceitas em troca de produtos ou serviços como um ativo de fácil transferência.

Contudo, essa limitação é restrita a criptomoeda *Bitcoin*, pois a exemplo da moeda digital *Ethereum*⁹, que também utiliza o sistema de *Blockchain*, não possui limitação de emissão de moedas, ou seja, o sistema pode crescer indefinidamente.

Assim, diante das características apresentadas conclui-se que as criptomoedas são de fato moedas, cuja tecnologia e programação adaptados ao mundo virtual tendem a se consolidar no mercado e concorrer com a utilização das moedas forçadas dos países. De modo que, a definição quanto à natureza jurídica se confunde com a econômica, observando que as criptomoedas são um fato social relevante para o desenvolvimento social.

ii) Aspectos jurisprudencial e a construção de entendimento no processo

Por todo o observado, tem-se que as criptomoedas possuem valor econômico, constituindo ativo econômico, possuindo capital agregado no seu quantitativo e assim

⁹ No momento há cerca de 90 milhões de Ether em circulação. Não mais que 18 milhões são criados anualmente. Ao passo que o Bitcoin tem um limite de quanto da moeda existirá, o Ethereum não possui tal limitação: ou seja, a rede pode se expandir indefinidamente. (OBERHAUS; PEARSON, 2017)

podendo pagar por produtos ou serviços e até mesmo realizar investimentos financeiros como qualquer outra moeda.

De modo que ao possuir a característica de ativo econômico, a criptomoeda pode ser capaz de satisfazer o crédito decorrente de demanda judicial. Assim, o artigo 835 do Código de Processo Civil, incluído no capítulo do processo de execução de quantia certa¹⁰, discorre acerca da penhora, que deverá haver preferência para satisfazer o pagamento do débito, observe-se:

Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:
I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;
[...]
III - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado; (BRASIL, 2015)

Assim, apesar de a Comissão de Valores Mobiliários ter declarado por meio do Ofício Circular nº 1/2018/CVM/SIN em 12 de janeiro de 2018 que, por entendimento do que consta na Instrução nº 555/2014, não considerar como ativo financeiro, vedando a prática da compra por fundos de investimentos, deve-se considerar a hipótese dos incisos I e III do artigo 835¹¹ do CPC ao observar as possibilidades de definição quanto à natureza das criptomoedas anteriormente definidas.

Portanto, em havendo a classificação das moedas digitais como ativo econômico e passíveis de penhora, as mesmas, pretensamente podem ser objeto de penhora judicial por decisão de um juiz competente. Tal situação se observou no julgamento do recurso de Agravo de Instrumento nº 2202157-35.2017.8.26.0000 na 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo em 21 de Novembro de 2017.

Na hipótese, o agravante objetivava a reforma da decisão de primeiro grau que indeferiu pedido de penhora de *Bitcoin* para satisfazer o débito existente, fundamentando o pedido no artigo 139, inciso IV do CPC, dispositivo genérico do poder geral de cautela do juiz¹². No Acórdão, o juízo colegiado assim entendeu sobre a matéria:

Por se tratar de bem imaterial com conteúdo patrimonial, em tese, não há óbice para que a moeda virtual possa ser penhorada para garantir a execução. Entretanto, **a agravante não apresentou sequer indícios de que os agravados tenham investimentos em bitcoins ou, de qualquer outra forma, sejam titulares de bens dessa natureza.** Tampouco evidenciado que os executados utilizam moedas virtuais em suas atividades. Como se nota, o pedido formulado é genérico e, por essa razão, não era mesmo de ser acolhido.

¹⁰ Necessário ressaltar ainda a utilidade do dispositivo sobre a penhora para o procedimento do cumprimento definitivo da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa, esse disposto no artigo 523 do Código de Processo Civil (2015).

¹¹ Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;

III - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado; (BRASIL, 2015)

¹² A utilização do artigo 139, inciso IV do CPC evidencia uma falta de classificação, pelo agravante, em pedir a penhora do Bitcoin, não se utilizando do artigo 835 ou 523, preferindo fundamentar o pedido no poder geral de cautela do juiz para assim assegurar a captura do bem ou quantia capaz de satisfazer o seu crédito.

Competia à agravante comprovar a existência dos bens que pretende penhorar, uma vez que não se pode admitir o envio indiscriminado de ofícios sem a presença de indícios mínimos de que os executados sejam titulares dos bens.

No caso, a agravante apenas indicou duas empresas que seriam operadoras de moeda virtual, atuando na intermediação de serviços e negócios pela internet (fls. 442/447 e 450/462 dos autos principais). **Porém, não há informações acerca de sua atuação como agentes de custódia de bitcoins ou de sua relação com possíveis bens dos agravados.**

Logo, ainda que seja atribuição do Juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial (artigo 139, IV, do Código de Processo Civil), cabe ao exequente comprovar a eficácia da medida pretendida e indícios da existência dos bens, o que não ficou demonstrado no caso.

Nesse contexto, **correta a conclusão da decisão agravada ao afirmar que, ainda que seja possível, em tese, a constrição de BITCOIN(S), não é possível determinar tal medida à "Rede de Internet"**. Destarte, por ter dado adequada solução ao caso, a respeitável decisão agravada deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ante o exposto, **nega-se provimento ao recurso**. (BRASIL, 2017, grifo nosso)

A decisão não nega a possibilidade de penhora do *Bitcoin* ou outra moeda digital, devendo a parte processual demonstrar a existência do ativo e a localização, se em uma agência de custódia, corretora ou *exchange*, ou ainda na carteira de investimento pessoal do usuário.

De modo que a decisão reconhece o obstáculo na penhora das criptomoedas, pois a manutenção do sistema descentralizado de controle da moeda e o protocolo *Blockchain* diferencia-se do procedimento judicial habitual de penhora por meio do sistema Bacenjud, o qual possui suporte no Banco Central do Brasil, ou seja, um controle central sobre as contas bancárias e ativos registrados no Cadastro de Pessoa Física (CPF) e Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ).

Do contrário, como já aduzido, as criptomoedas possuem um sistema descentralizado e, em regra, a custódia da moeda é realizada pelo próprio usuário em sua carteira com seu próprio código de acesso, a qual funciona de forma prática como o próprio banco. Sendo esse fator complicador ao procedimento de penhora, pois o próprio usuário teria que entregar, livremente ou espontaneamente, as senhas de acesso para assim realizar o pagamento do débito.

Por outro lado, a captura *online* da moeda por meio do protocolo do *Blockchain* é considerada tecnicamente ainda impossível ao considerar a cadeia de blocos de dados ser inviolável a modificação do registro.

Ademais, como já aduzido, a inconstância do valor da moeda é um fator inerente ao sistema e deve ser um elemento considerado pela parte processual ao realizar o pedido de penhora de criptomoeda. Pois o valor do título, judicial ou extrajudicial, é cotado na moeda corrente nacional, de modo que, o montante efetivamente penhorado pode

corresponder ao valor do título na conversão cambial, mas em momento posterior haver declínio ou elevação do valor da moeda, sendo esse ônus suportado pela parte em razão do sistema e valor da criptomoeda capturada.

De sorte que, esse comportamento inicial do Poder Judiciário acerca das criptomoedas, apesar de anterior as decisões publicadas pelo Banco Central do Brasil e a CVM, de aceitação como ativo econômico capaz de dar quitação aos débitos decorrentes de título judicial ou extrajudicial, obedecendo aos preceitos da legislação processual.

3. Conclusões

Considerando todo o exposto, tem-se que existe controverso posicionamento acerca da natureza jurídica das criptomoedas e a consequente aceitação pelas autoridades monetárias de sua implantação no mercado. Havendo antagonismo nos posicionamentos, como observado em um comparativo entre o Brasil e a Alemanha. De modo que, a atual usabilidade de mercado pelos usuários ainda é permitida, pois o impacto no sistema financeiro dos países não representa um risco à estabilidade econômica, mas sendo observado de perto o comportamento dos usuários pelas autoridades monetárias de cada país.

Todavia, preliminarmente, como descrito, para entender as criptomoedas é necessário compreender o seu aspecto sociológico de inovação marcada pela virtualização das práticas humanas, sendo um fato social inevitável no curso do desenvolvimento em sociedade. Ou seja, em determinado momento do progresso social, a tecnologia e a informatização irá auxiliar ou superar as operações econômicas, forma de trabalho do passado, semelhante as consequências da Revolução Industrial.

De sorte que, essa ruptura com os velhos paradigmas sociais ocorre com as criptomoedas, na qual a quebra de um *establishment* econômico de monopólio de moeda vem sendo rompido, pondo em risco a manutenção de *status quo* quando observado sob o aspecto liberal das criptomoedas. Por outro lado, atento à perspectiva constitucionalista e de atuação do Estado, o cidadão tem o direito a um sistema econômico equilibrado e que propicie o desenvolvimento e não a incerteza e a obscuridade de uma moeda sem a cobertura de uma estrutura legal de representatividade popular, conferida ao Estado.

Contudo, superado o conflito sobre os aspectos sociológicos e constitucionalista entre a liberdade das criptomoedas e a manutenção de um sistema de legitimidade de moeda estatal. A definição quanto à natureza jurídica das moedas digitais, ainda que não seja totalmente legal, a mesma encontra guarida na essência do objeto, posto que no momento em que as moedas digitais são aceitas pelas pessoas e mercados como de fato moeda, funcionando assim na perspectiva da macro e microeconomia, além de aceitabilidade geral é um fato social que deve ser juridicamente considerado.

Todavia, o simples fato de as moedas digitais não serem legalmente ou constitucionalmente consideradas moedas, seja pela legislação brasileira ou europeia,

esse especialmente pelo Banco Central Europeu, não retira do objeto a sua própria condição, pois se trata de um fato social e, portanto, elemento de mudança de paradigma.

Necessário retornar a fonte mais basilar do direito com a Teoria Tridimensional do Direito do jurista Miguel Reale, no qual a tríade entre o Fato, Valor e a Norma, o surgimento das moedas digitais são propriamente um fato social, constantemente valorado pelas pessoas, exigindo uma regulamentação para sua pacificação social. Portanto, observar as criptomoedas com a atual legislação, seja brasileira ou europeia, é não observar como um fato social novo, elemento de ruptura social e provocador da mudança, ainda que se trate de uma moeda de troca, objeto presente na vida social há séculos.

De modo que é importante observar o julgado brasileiro colacionado, na oportunidade, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não entendeu que o *Bitcoin* não se tratava de moeda, sendo um bem com valor econômico agregado e, portanto, passível de penhora para satisfação do crédito do exequente. Trata-se de uma construção de um entendimento no âmbito de um processo judicial no qual o entendimento da corte vai de encontro às proibições ou vedações das autoridades monetárias, não importando se a destinação da moeda digital é lícita ou ilícita, mas ao possui valor econômico agregado é capaz de ser penhorado.

Portanto, considerando a origem e usabilidade do mercado, apesar de ainda restritas, as criptomoedas possuem natureza econômica de moeda, possuindo com aceitabilidade geral e disponibilidade imediata para troca no mercado por produtos ou serviços. Logo, se possui natureza econômica de moeda, juridicamente, por ser um fato social, possui também natureza de moeda. Apesar de coincidir as terminologias, mas legalmente as moedas digitais possuem valor econômico agregado, independentemente a forma de sua materialização, conforme pode ser realizada hermenêutica extensiva do entendimento jurisprudencial colacionado, por tal razão é que possui natureza de moeda, não de tecnologia ou *commodity*.

Por fim, debater sob a perspectiva legal e social sobre as criptomoedas é admitir as novas mudanças sociais oriundas da internet e das novas práticas virtualizadas, sendo esse debate tão somente o reflexo social dessas novas práticas, pois a conectividade vem mudando os rumos sociais, políticos, econômicos e, principalmente, jurídicos.

Referências

- BARLOW, John Perry. *Declaração de Independência do Ciberespaço*. Davos, Suíça. 08 fev. 1996. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/ciber/textos/barlow.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2018.
- BITCOIN, Editorial do Guia do. *Como surgiram as criptomoedas? A “Economia Digital” foi criada graças ao Bitcoin*. Guia do Bitcoin. São Paulo, p. 100-130. 13 jun. 2017. Disponível em: <<https://guiadobitcoin.com.br/como-surgiram-as-criptomoedas-a-economia-digital-foi-criada-gracas-ao-bitcoin/>>. Acesso em: 19

jan. 2018.

BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Lei Ordinária nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 jan. 2018.

BRASIL. Lei Ordinária nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. *Lei do Sistema Financeiro Nacional*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4595compilado.htm>. Acesso em: 20 dez. 2017.

BRASIL. *Comunicado nº 31.379, de 16 de Novembro de 2017*. Alerta sobre os riscos decorrentes de operações de guarda e negociação das denominadas moedas virtuais. Brasília, DF, Banco Central da República do Brasil. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?numero=31379&tipo=Comunicado&data=16/11/2017>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

BRASIL. *Projeto de Lei n. 2.303, de 08 de jul. de 2015*: Dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de "arranjos de pagamento" sob a supervisão do Banco Central. Brasília, jul. 2015. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1361896.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

BRASIL. 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão de Julgamento de Agravo de Instrumento nº 2017.0000889920. Relator: Desembargador Milton Carvalho. São Paulo, SP, 21 de novembro de 2017. *Acórdão de Julgamento de Agravo de Instrumento Nº 2202157-35.2017.8.26.0000*. São Paulo, SP. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/bitcoin-penhorada-quem-provar-devedor.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

BRASIL. *Ofício Circular nº 1/2018/CVM/SIN de 12 de Janeiro de 2018*. Investimento, pelos fundos de investimento regulados pela Instrução CVM nº 555/14, em criptomoedas. Rio de Janeiro, RJ. Comissão de Valores Mobiliários, jan. 2018. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/oficios-circulares/sin/anexos/oc-sin-0118.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

BRASIL. *Instrução CVM nº 555 de 17 de Dezembro de 2014*. Dispõe sobre a constituição, a administração, o funcionamento e a divulgação de informações dos fundos de investimento. Rio de Janeiro, RJ. Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst555.html>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*/ Uadi Lammêgo Bulos – 9^a Ed. Rev e atual. até a Emenda Constitucional n. 57/2008 – São Paulo: Saraiva, 2009.
- COOPER, Jimmy. *Blockchain para principiantes: tudo o que você precisa saber sobre a tecnologia blockchain e como está a criar uma revolução*/ Jimmy Cooper. 1^a Ed. Amazon Digital Services LLC. Arquivo Kindle, 2017.
- EUROPEAN CENTRAL BANK. (Org.). *Virtual currency schemes – a further analysis*. Germany, Frankfurt: Publishing Company of European Central Bank, 2015. 37 p. ISBN 978-92-899-1560-1. Disponível em: <<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2018.
- FREITAS, Tainá. “Empresas de tecnologia se unem para implementação do bitcoin como pagamento: O resultado foi uma API que permite novas formas de pagamento – inclusive de moedas virtuais”. *StartSe*. São Paulo. 27 set. 2017. Disponível em: <<https://conteudo.startse.com.br/mercado/taina/empresas-de-tecnologia-se-unem-para-implementacao-do-bitcoin-como-pagamento/>>. Acesso em: 15 jan. 2018.
- MALHADO, Alexandre R. *Governo deixa regulamentação da bitcoin nas mãos da União Europeia: O Governo e os partidos não tencionam regulamentar a Bitcoin, que valorizou quase 1.900% em 2017, e deixam a bola do lado da UE e dos supervisores*. Sábado. Lisboa. 22 dez. 2017. Disponível em: <<http://www.sabado.pt/dinheiro/detalhe/governo-deixa-regulamentacao-da-bitcoin-nas-maos-da-uniao-europeia>>. Acesso em: 20 mar. 2018.
- MARQUES, Diego. “Bitcoin: Mineração entenda como funciona. Ao final do post responda nossa pesquisa e concorra a 0.02 bitcoins”. *Guia do Bitcoin*. São Paulo. 13 jul. 2017. Disponível em: <<https://guiadobitcoin.com.br/bitcoin-mineracao-entenda-como-funciona-ao-final-do-post-responda-nossa-pesquisa-e-concorra-a-0-02-bitcoins/>>. Acesso em: 16 jan. 2018.
- MARGARIDO, Helena. “Regime jurídico das moedas digitais no Brasil”. *O Estadão*. São Paulo. 04 ago. 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/regime-juridico-das-moedas-digitais-no-brasil/>>. Acesso em: 13 jan. 2018.
- NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: Um sistema de dinheiro eletrônico ponto-a-ponto*/ Satoshi Nakamoto- Tradução: Leandro Guerra. 31 out. 2008. Disponível em: <https://rdstation-static.s3.amazonaws.com/cms/files/36895/1505219221Bitcoin_-_Um_Sistema_de_Dinheiro_Eletrnico_Ponto-a-Ponto.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2017.
- OBERHAUS, Daniel; PEARSON, Jordan. *Um guia para iniciantes sobre Ethereum, a criptomoeda da moda*/ Tradução: Thiago Silva. *Motherboard*. São Paulo. 21 jun. 2017. Disponível em:

- <https://motherboard.vice.com/pt_br/article/qv49eq/um-guia-para-iniciantes-sobre-ethereum-a-criptomoeda-da-moda>. Acesso em: 04 jan. 2018.
- ROLIM, Luciano. “O que é bitcoin? Tudo o que você precisa saber”. *Atlas Project*. São Paulo. 11 jan. 2018. Disponível em: <<https://atlasproj.com/blog/o-que-e-bitcoin/>>. Acesso em: 17 jan. 2018.
- ROLIM, Luciano. “Blockchain: Entenda o que é e como funciona essa tecnologia revolucionária”. *Atlas Project*. São Paulo. 11 jan. 2018. Disponível em: <<https://atlasproj.com/blog/blockchain-como-funciona/>>. Acesso em: 17 jan. 2018.
- SMULIAN, Mark. “South Korea could ban cryptocurrency: The Ministry of Justice in South Korea wants to ban cryptocurrencies amid concerns about tax evasion and crime”. *Public Finance International*. Londres, UK. 12 jan. 2018. Disponível em: <<http://www.publicfinanceinternational.org/news/2018/01/south-korea-could-ban-cryptocurrency>>. Acesso em: 18 jan. 2018.
- ULRICH, Fernando. *Bitcoin: a moeda da era digital*/ Fernando Ulrich. 1ª Ed. - São Paulo: Editorado Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014
- UMPIERES, Rodrigo Tolotti. *Alemanha legaliza criptomoedas e reconhece Bitcoin como meio de pagamento: O país considera o Bitcoin a partir de hoje como o equivalente a uma moeda legal para fins fiscais quando é usado como meio de pagamento*. Infomoney. São Paulo, p. 1-3. 01 mar. 2018. Disponível em: <<http://www.infomoney.com.br/mercados/bitcoin/noticia/7313971/alemanha-legaliza-criptomoedas-reconhece-bitcoin-como-meio-pagamento>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS MIGRANTES HAITIANOS PELA JURISDIÇÃO BRASILEIRA

Thiago Oliveira Moreira

1. Introdução

A crise humanitária assola o Haiti, gerando inúmeras consequências para grande parte de sua população. Não resta dúvida que o deslocamento forçado de pessoas para outros países é uma delas.

A chamada “diáspora haitiana”, que teve início em 2010, exige medidas por parte do Estado brasileiro, principalmente no que concerne a garantir os direitos humanos dos imigrantes vulneráveis. Nesse contexto, o Judiciário é chamado a tutelar tais direitos, diante da ação/omissão dos entes políticos brasileiros.

Dessa forma, eis que surge a seguinte problemática: como os órgãos jurisdicionais brasileiros estão julgando casos em que a concretização dos direitos humanos dos imigrantes vulneráveis haitianos é colocada em discussão?

Para responder a indagação acima, é preciso que alguns aspectos sobre a migração haitiana para o Brasil sejam destacados, como a situação política, econômica, estrutural e social do Haiti, a realidade vivenciada pelos imigrantes haitianos no Brasil, bem como o perfil do citado grupo.

Compreendido o fenômeno migratório haitianos com destino ao Brasil, serão trazidos os principais pontos da política migratória brasileira para enfrentar a presente questão, notadamente do que tange a opção pela concessão do visto humanitário, bem como a negativa de reconhecer a condição de refugiado.

Descrita a política migratória brasileira para tratar dos imigrantes haitianos, passa-se a análise de vários julgados proferidos pelos tribunais brasileiros, notadamente no âmbito da Justiça Federal, em que a concretização dos direitos humanos dos imigrantes vulneráveis foi colocada em debate.

Espera-se que ao final do presente texto, as principais linhas jurisprudenciais sobre o tema possam ser traçadas, bem como que se possa identificar o impacto da jurisprudência na política migratória brasileira.

2. Breves aspectos da migração haitiana para o Brasil

Antes de adentrar no exame dos principais aspectos da migração haitiana para o Brasil, é preciso deixar claro que o fenômeno em tela insere-se num contexto de ebulição da mobilidade humana, notadamente no âmbito Sul-Sul, bem como que decorre da subsistência dos fatores de mobilidade¹, que apesar de sofrerem mutações, sempre

¹ “os fatores da mobilidade estão longe de desaparecer; eles são estruturais: defasagens entre os níveis de desenvolvimento humano (que combinam a expectativa de vida, o nível de

existiram. Entretanto, no que tange ao deslocamento de haitianos, a crise ambiental é considerada o ponto central, muito embora não seja o único elemento motivador.

Falando em crise ambiental, já em 2004, uma tempestade tropical atingiu parte do Haiti, notadamente no porto de Cap Haitien. Poucos anos depois, em 2008, no intervalo de apenas um mês, o país foi atingido pelas tempestades tropicais Fay e Hanna e pelos furacões Gustav e Ike².

Precisamente em 2010, o Haiti passou por mais uma série de eventos catastróficos, o que agravou ainda mais a situação precária da maioria da população haitiana. Com efeito, em janeiro do citado ano, um terremoto de 7.3 graus da Escala Richter vitimou mais de meio milhão de pessoas (entre mortos e feridos) e reduziu a meros escombros a já frágil infraestrutura. Além disso, meses depois ocorreu uma epidemia de cólera nas proximidades do Rio Artibonite, que também causou milhares de mortes³. Além disso, em 2012, os furacões Issac e Sandy atingiram o Haiti, ocasionando sérios danos à produção agrícola do país⁴.

Foi justamente esse quadro de catástrofe ambiental que forçou um grande número de haitianos a deslocar-se, tanto no âmbito interno, como, principalmente, no internacional. Sem embargo, tal fato contribuiu para o incremento da diáspora haitiana⁵. Ocorre não se pode elencar apenas a catástrofe ambiental como elemento propulsor da referida diáspora. Evidente que o cenário de instabilidade política, a difícil situação econômica do país (considerado o mais pobre das Américas), a má prestação de serviços públicos⁶ e a própria incapacidade do Estado de mitigar os nefastos efeitos da crise ambiental somam-se para gerar nos haitianos uma necessidade de emigrar⁷.

educação e o nível de bem-estar) ao longo das grandes linhas de fratura do mundo; crises políticas e ambientais que são “produtoras” de refugiados e deslocados; redução do custo dos transportes; generalização da emissão de passaportes, inclusive nos países de onde outrora era difícil partir; falta de esperança nos países pobres e mal governados; papel das mídias; tomada de consciência de que é possível mudar o curso da própria vida pela migração internacional; e, enfim, as mudanças climáticas”. WIHTOL DE WENDEN (2016, p. 18).

² DUTRA (2016, p. 167).

³ ARAÚJO (2017, p. 86).

⁴ DUTRA (2016, p. 180).

⁵ “A maior parte da literatura que trata da migração haitiana acentua a configuração da diáspora nos Estados Unidos, França, Canadá e Caribe (Audebert, 2012; Basch; Glick-Schiller; Szanton-Blanc, 1994, entre outros). Segundo os dados oficiais do Ministério dos Haitianos Residentes no Exterior (MHAVE, a sigla em francês), aproximadamente entre 4 a 5 milhões de haitianos estão espalhados pelo mundo, a maior parte nos países mencionados. Isso representa a metade dos habitantes do Haiti, estimados em 10.413.211 em 2013 pelo Institut Haïtien de Statistique et d’Informatique (IHSI). Dentre aqueles no exterior, 300 mil visitam anualmente o Haiti, particularmente nos períodos festivos e de férias”. HANDERSON (2015, p. 52).

⁶ “Quase 50% da população não têm acesso à saúde. Os serviços desta área na Capital, Porto Príncipe, têm falta de infraestrutura, água e provisões em geral. Os problemas de água e saneamento no País são enormes. 45% da população não têm acesso à água potável e 83% da população não dispõem de serviços de saneamento. Cerca de 60% da população é subnutrida; uma em cada quatro crianças sofre retardo no crescimento”. DUTRA (2016, p. 173).

⁷ “...quando se junta uma situação política caótica, com um fator de catástrofe natural, não há como obter respostas às necessidades mínimas da população. Esta situação de extrema vulnerabilidade é que deve ser entendida como o fator que leva os haitianos a tomarem a decisão de emigrar”. FERNANDES; MILESI; FARIAS (2011, p. 78).

Ocorre que diferentemente de outros momentos do processo de emigração haitiana no continente americano⁸, em virtude das dificuldades de acesso a outros países, os haitianos passaram a estabelecer uma rota terrestre para chegar à fronteira brasileira⁹.

Iniciado pouco depois do referido terremoto e tendo maior relevo entre o final de 2011 e o início de 2012, o fluxo migratório de haitianos para o Brasil¹⁰ realizou-se, principalmente, por meio das fronteiras do Acre e do Amazonas, muito embora não se desconsidere outras rotas¹¹.

Antes de descrever com mais detalhes o fluxo migratório de haitianos para o Brasil, é preciso destacar que talvez um dos principais motivos para escolha do citado país tenha sido a presença de militares brasileiros no Haiti desde 2004. Como bem aponta a doutrina, o Brasil assumiu o cargo da Coordenação da Missão das Nações Unidas para a Estabilização no Haiti (MINUSTAH)¹². De certo modo, a atuação do governo brasileiro em projetos que objetivavam o desenvolvimento do Haiti moldurou um quadro de que o Brasil seria um país bem mais desenvolvido, notadamente do ponto de vista econômico, o que o tornaria apto a receber os migrantes haitianos¹³. Nesse cenário, não há dúvidas de que tal fato robusteceu os laços entre brasileiros e haitianos, contribuindo para a escolha do Brasil como destino migratório.

Evidente que o motivo acima não foi o único, pois os haitianos também levaram em consideração como fatores de atração o fato de a mídia noticiar o crescimento recente da economia brasileira, a valorização do salário mínimo, os programas de transferência de renda para população carente, as grandes obras de infraestrutura exigidas pela Copa

⁸ “...o primeiro fluxo emigratório ocorreu em direção à República Dominicana no final do século XIX até os anos 1930; o segundo fluxo de emigrantes foi para Cuba, entre 1915-1930; e o terceiro teve como destino os Estados Unidos, em especial, a partir de 1960”. BAENINGER; PERES (2017, p. 123).

⁹ “Em 2010, dos países sul-americanos, somente quatro – Argentina, Chile, Equador e Peru – não exigiam visto para a entrada de haitianos, no caso de viagem de turismo. Entretanto, a chegada em território argentino e chileno, por exemplo, ficava a critério do oficial de imigração, que decidia autorizar a passagem de acordo com os documentos e comprovantes de recursos econômicos apresentados. No caso do Peru, a partir de 2012, passou-se a exigir visto e no Equador houve, em 2013, uma tentativa de restringir o acesso deles, mas a medida não foi implementada. Desse modo, ao desembarcarem nos aeroportos equatorianos de Quito, capital, ou Guayaquil, a maior cidade, os haitianos seguiam viagem por rota terrestre, atravessando o Peru, para acessar a fronteira brasileira”. MAMED (2018, p. 75).

¹⁰ “Dentre os fluxos migratórios recentes que tiveram o Brasil como destino, a chegada de haitianos ganhou destaque dadas as suas peculiaridades no processo de entrada no país e, até mesmo, pelo fato de ter origem na região do Caribe, onde, salvo o caso de Cuba, há pouca ou nenhuma relação de migração anterior para o país”. FARIA; FERNANDES (2017, p. 146).

¹¹ DELGADO (2017, p. 05).

¹² BERTOLAZO; GAGLIARDI (2017, p. 420).

¹³ “Segundo o Acordo Básico de Cooperação Técnica e Científica entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Haiti, promulgado em novembro de 2004, cerca de quinze projetos de cooperação foram implementados em prol do desenvolvimento em diferentes áreas, tais como agricultura, saúde, infraestrutura, esportes, nutrição e desenvolvimento social, área sanitária, além de ações em caráter emergencial e humanitário”. DELGADO (2017, p. 05).

de 2014 e pelas Olimpíadas do Rio-2016, bem como a carência de mão de obra qualificada e semiquificada¹⁴.

Voltando a tratar da rota utilizada pelos haitianos para acessar o território brasileiro, pode-se afirmar que a mais comum inicia-se em Porto Príncipe, capital do Haiti, depois República Dominicana, seguindo, por via aérea, para Panamá e Equador. Chegando a América do Sul, utilizam-se as vias terrestre ou fluvial para, através do Peru ou da Bolívia, alcançar o Acre (Brasiléia, Assis Brasil, Epitaciolândia) ou o Amazonas (Tabatinga)¹⁵. Em certos casos, ao invés do caminho acima, alguns imigrantes haitianos conseguiram chegar ao Brasil pela região Centro-Oeste, entrando por Corumbá¹⁶.

No Acre, o principal ponto de acesso ao território brasileiro é no entorno de cidades como Brasiléia e Epitaciolândia. Assim que chegam, os imigrantes haitianos procuram o acampamento, onde são recebidos e submetidos a um cadastro. Logo após, recebem instruções sobre o procedimento de regularização migratória, bem como acerca dos documentos necessários para transitar e trabalhar no Brasil¹⁷. Finda tal etapa, os imigrantes haitianos são encaminhados para abrigos nas cidades de fronteiras e na própria Rio Branco (Capital do Acre)¹⁸. Porém, tais lugares não oferecem as mínimas condições e infraestrutura necessária para um razoável acolhimento. Isso fez com que sérios problemas fossem gerados ou majorados, como é o caso de questões sanitárias e de saúde pública, uma vez que muitos haitianos chegam doentes e a rede de saúde municipal não consegue prover atendimento médico adequado¹⁹.

O deslocamento de imigrantes haitianos para outros estados, diante da precariedade das condições de alojamento e alimentação, bem como pela escassez de empregos no Acre, tornou-se uma realidade. Na verdade, observou-se que as cidades fronteiriças eram lugares de passagem, pois o real objetivo era alcançar as grandes cidades do Sudeste e do Sul do Brasil, onde a possibilidade de emprego é maior e mais atraente no que tange ao aspecto salarial²⁰.

Como exemplo, ainda em 2011, com o ápice da construção, no rio Madeira, das usinas hidrelétricas Santo Antônio e Jirau, ocorreu à chegada dos primeiros imigrantes haitianos em Rondônia. Porém, constatado que foram enganados com uma falsa promessa de emprego, foram levados para Porto Velho, onde permaneceram alojados em um ginásio de esportes, localizado na região central da cidade. Diante da precariedade do abrigo improvisado, órgãos do governo, somando esforços com a Pastoral do

¹⁴ DUTRA (2016, p. 189).

¹⁵ DELGADO (2017, p. 05).

¹⁶ FERNANDES; MILESI; FARIAS (2011, p. 80).

¹⁷ MAMED (2018, p. 82).

¹⁸ “Em 2013, com a cheia do Rio Madeira, que isolou Brasiléia, a situação no abrigo ficou crítica e optou-se pela sua transferência para Rio Branco. Mesmo instalado em local mais amplo, o abrigo por diversas vezes teve a sua lotação quase esgotada, pois alguns imigrantes, apesar de terem conseguido regularizar sua situação migratória, ficavam aguardando no abrigo uma oferta de emprego por meio de algumas empresas que se dirigiam à cidade à procura de trabalhadores”. FARIA; FERNANDES (2017, p. 156).

¹⁹ DELGADO (2017, p. 07).

²⁰ SILVA (2017, p. 108).

Migrante, buscaram vagas em casas de apoio para alojar os haitianos, como foi o caso da Raimundo Neves, outrora localizada no bairro da Liberdade, próximo à rodoviária, que ateneu mais de duas centenas de imigrantes haitianos²¹. Mesmo após a situação descrita, os haitianos continuaram a chegar a Porto Velho²².

A situação acima descrita somente comprova as dificuldades enfrentadas pelos imigrantes haitianos para acessarem o mercado de trabalho brasileiro. Nesse ponto, é fundamental o papel desempenhado por igrejas, congregações religiosas, organizações da sociedade civil, como a Cáritas e o Instituto de Migrações e Direitos Humanos²³.

Além da atuação de tais entidades, empresas privadas começaram a proceder à seleção e contratação dos imigrantes haitianos. Com efeito, esse processo foi muitas vezes realizado nos acampamentos localizados em Brasília²⁴. Sendo que os postos de trabalho não se encontravam no Acre, mas sim em outros Estados brasileiros, como São Paulo, Rio de Janeiro, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul.

Em situação de reconhecida vulnerabilidade²⁵, os imigrantes haitianos, não raro, são vítimas de trabalho escravo. Nesse sentido, em agosto de 2014, um grupo de 12 haitianos, que apesar de ter sido contratado para trabalhar numa oficina de costura, era mantido em cativeiro, foi resgatado pela Superintendência Regional do Trabalho e Emprego de São Paulo (SRTE)²⁶.

Além da situação acima, conforme dados da Secretaria de Justiça do Estado de São Paulo, em janeiro de 2015, somando processos judiciais e extrajudiciais sobre tráfico

²¹ COTINGUIBA; COTINGUIBA (2018, p. 263 – 264).

²² COTINGUIBA; COTINGUIBA (2017, p. 119).

²³ DELGADO (2017, p. 07).

²⁴ “A empresa definia com o migrante um contrato provisório pelo período de 45 dias, com remuneração de um salário mínimo mensal e possibilidade de renovação por mais 45 dias. Após o período de 90 dias de experiência era decidida a permanência ou não do funcionário no seu quadro, com a definição de salários que variam de um a um salário mínimo e meio. Finalizada a seleção e organizada a viagem, eles partiam em ônibus fretados ou com passagens pagas pelas empresas com destino aos seus futuros locais de trabalho. Importante ressaltar, ainda, que em muitos casos, na cidade onde iriam se fixar, os migrantes eram alojados em residência administrada pela própria empresa, de maneira que a rotina de trabalho e a vida do novo operário passava a ser ordenada e controlada diretamente. (...) A prática de deslocamento do empresariado para recrutamento dos migrantes predominou até abril de 2014, quando o acampamento existiu na cidade de Brasília, na área de fronteira do Acre. Posteriormente, quando houve a transferência daquela estrutura para Rio Branco, a presença de empresas no Acre foi escasseando, pois a tendência passou a ser o deslocamento dos migrantes até as empresas”. MAMED (2018, p. 87).

²⁵ “...ainda que brasileiros e haitianos integrem a mesma classe trabalhadora, a situação do migrante é sensivelmente agravada pela (a) condição própria de estrangeiro, sem conhecimento da língua, burocracia e legislação trabalhista, o que os torna vítimas fáceis dos circuitos de empregabilidade e superexploração; (b) a necessidade imperiosa de trabalhar, muitas vezes sob quaisquer condições, sendo reféns de assédios e abusos, para conseguir assegurar sua sobrevivência no país e efetuar remessas; (c) sem moradia própria e redes de contatos que facilitem a locação, eles também se tornam alvos fáceis da especulação imobiliária; (d) complementarmente, o desafio de precisarem conviver e subsistir face a cultura do preconceito racial e social do país”. MAMED (2018, p. 91).

²⁶ DELGADO (2017, p. 09).

de pessoas e trabalho escravo no referido estado, os haitianos figuram como o terceiro grupo nacional com maior número de vítimas²⁷.

Para além do “trabalho escravo”, infelizmente, mesmo o Brasil sendo considerado um país que historicamente acolheu os imigrantes, não é difícil encontrar casos em que haitianos são vítimas da prática de atos de xenofobia²⁸, que muitas vezes foram praticados com violência²⁹.

Constatado o início e a constância do fluxo migratório de haitianos para Brasil, verifica-se, a partir de 2015, uma nova situação. A fronteira brasileira voltou a ter uma relevante presença de haitianos a atravessando. Sendo que dessa vez o movimento foi o contrário do já narrado em anos anteriores. Pois ocorreu a saída diária de pessoas objetivando alcançarem o Chile e os Estados Unidos. Como principal (mas não único) motivo dessa evasão de parte dos haitianos, pode-se identificar a retração da economia brasileira de meados de 2014 até os dias atuais³⁰.

Diante da descrição, ainda que breve, do fluxo migratório de haitianos, vê-se que o Brasil encontra-se inserido em um processo de novas rotas migratórias, que se caracteriza, principalmente, pela emigração de países periféricos para países em desenvolvimento.

Feitas das considerações, torna-se imperioso analisar a política migratória brasileira para tratar da diáspora haitiana.

3. A política migratória brasileira e a diáspora haitiana

Em virtude do fechamento dos Estados Unidos e da Europa, antigos e clássicos receptores, o Brasil passou a ser inserido na rota das migrações internacionais do século atual. Apesar de haver outros, o fluxo de imigrantes haitianos, a partir de 2010, tomou proporções que exigiram uma atuação específica por parte do governo brasileiro.

²⁷ OLIVEIRA (2017, p. 151).

²⁸ “Mesmo com os avanços em algumas pautas migratórias na América do Sul, houve a eclosão de grupos políticos denominados de extrema direita, com um discurso populista, pelo qual reforçam sentimentos supostamente nacionalistas e, em medida menos extremada que a europeia, racista e xenofóbica. Esses discursos ganham apoio na medida em que a circulação de pessoas, principalmente das chamadas nacionalidades não “ideais” (os imigrantes brancos que sempre foram valorizados nas políticas imigratórias desses países) torna-se mais numerosa, como é o caso dos haitianos e dos venezuelanos no Brasil”. BÓGUS; SILVA (2017, p. 41).

²⁹ “Ao longo de 2014, dezoito haitianos denunciaram ter sofrido espancamentos dentro das empresas em que trabalhavam, na cidade de Curitiba, no Paraná. No dia primeiro de agosto de 2015, um grupo de homens atirou com uma espingarda de chumbinho contra seis haitianos na rua do Glicério, em São Paulo, em frente à paróquia Nossa Senhora da Paz – local que é referência na acolhida a imigrantes e refugiados na cidade. Naquele mesmo mês, o muro do cemitério de Nova Odessa, cidade próxima a Campinas, foi pichado com a frase “Back to Haiti” (“Voltem ao Haiti”). Mais recentemente, na madrugada do sábado de 14 de maio de 2016, o universitário haitiano Getho Mondesi, estudante do terceiro semestre do curso de Administração Pública e Políticas Públicas da Unila, foi violentamente atacado por um grupo de jovens no centro de Foz do Iguaçu, no Paraná. Usando expressões de cunho racista e xenófobo, eles o agrediram com garrafas de vidro”. BERSANI (2016, p. 395).

³⁰ COTINGUIBA; COTINGUIBA (2017, p. 123).

Inicialmente, diante da concentração do fluxo de imigrantes haitianos na região Norte, o governo brasileiro primeiro buscou os meios diplomáticos para tentar equacionar a situação. Feita tal opção, cobrou de Equador e Peru que passassem a solicitar visto para a entrada de haitianos em seus territórios. Entretanto, ao contrário do Peru, que atendeu ao pleito brasileiro, o Equador continuou a não exigir o visto para entrada de quaisquer estrangeiros³¹.

Muito embora a meio diplomático tenha surtido algum efeito, ele, por si só, não foi capaz de conter a imigração haitiana, mesmo o Peru fazendo parte da rota terrestre rumo ao Brasil. Ocorre que boa parte dos haitianos que chegaram ao Brasil utilizou-se de “coiotes”, ou seja, de uma rede clandestina de movimentação de pessoas³². Portanto, percebeu-se que o fluxo era inevitável e que a definição da condição migratória dos haitianos deveria ser estabelecida.

Após o já descrito processo de entrada no território brasileiro, os haitianos ingressavam com a solicitação de refúgio junto ao posto da Polícia Federal (PF) da cidade de Brasília/AC, alegando, para tanto, que sobreviviam em péssimas condições de vida e em risco após o terremoto de 2010³³. Munidos do protocolo de refúgio³⁴, buscavam a expedição de outros documentos, como Cadastro de Pessoa Física (CPF) e Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), bem como o acesso a serviços públicos, como saúde e educação, já que a condição de “solicitante de refúgio” já garante a fruição de tais direitos. Findo o registro na PF, a documentação é enviada ao Comitê Nacional de Refugiados (CONARE), órgão a quem compete avaliar acerca do reconhecimento da condição de refugiado³⁵.

Ao invés de pronunciar-se em pouco tempo, a indefinição acerca do status dos imigrantes haitianos perdurou por quase 2 anos. A dúvida consistiu em definir se os imigrantes haitianos podem ser considerados refugiados, com base no inc. III, do art. 1º da Lei n. 9.474/97, ou seja, com lastro no fundamento da grave e generalizada violação de direitos humanos. A outra hipótese seria adotar uma política migratória específica para o citado grupo, que consistiria da concessão de um visto humanitário³⁶.

O CONARE, sistematicamente, indeferiu as solicitações de refúgio que tinham por base o art. 1º, III da Lei 9.474/97³⁷, alegando, para tanto, que o solicitante deveria

³¹ DELGADO (2017, p. 06).

³² “Indocumentados haitianos chegam a pagar um custo médio da imigração em torno de 2 a 6 mil dólares, variando conforme a rota, os coiotes e outros fatores”. DUTRA (2016, p. 164). No mesmo sentido: FARIA; FERNANDES (2017, p. 151).

³³ AMARAL; PEREIRA (2017, p. 441).

³⁴ “...abertura desse processo levava à emissão de um protocolo, também conhecido como carteira provisória de estrangeiro, com validade de um ano, prorrogável por igual período de forma sucessiva até a decisão final do processo (RN n. 18/2014, do Conare)”. FARIA; FERNANDES (2017, p. 151).

³⁵ OLIVEIRA (2017, p. 147).

³⁶ SARTORETTO (2018, p. 680).

³⁷ “A partir da análise do termo ‘situação de grave e generalizada violação aos direitos humanos’, verifica-se que este inclui um elemento quantitativo e outro qualitativo. O elemento quantitativo, representado por ‘generalizada’ sugere uma situação que segue um padrão ou prática, não se tratando de um ato contra uma única pessoa. Quando uma situação ou ato é

apresentar elementos que comprovassem um fundado temor de perseguição causado pelo Estado de origem em função de sua raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas³⁸. Ao que parece, o CONARE, mesmo diante das críticas da doutrina³⁹, esqueceu que a perseguição não é mais indispensável para o reconhecimento do refúgio no Brasil, pois a hipótese de grave e generalizada violação de direitos humanos, por si só, se constatada, já é suficiente para o reconhecimento da condição de refugiado⁴⁰.

Diante da presente negativa, o CONARE, com base na Resolução Recomendada (RR) n. 08/2006⁴¹, encaminhou o caso ao Conselho Nacional de Imigração (CNIg), pois, nos termos do Decreto n. 840/93, compete ao referido órgão, dentre outras atribuições, formular a política de imigração, coordenar e orientar as atividades de imigração, bem como solucionar os casos omissos no que diz respeito a imigrantes. Assim, caberia ao CNIg avaliar se seria conveniente e oportuna a concessão de visto por razões humanitárias aos imigrantes haitianos⁴².

Instado a resolver o problema, o CNIg⁴³, com fundamento na citada RR, julgou de maneira coletiva os processos enviados pelo CONARE e decidiu pela concessão de permanência a 199 imigrantes haitianos, em reunião plenária que ocorreu em 16/03/2011⁴⁴. Entretanto, essa decisão, conforme ficou definido na Ata⁴⁵ da mencionada

generalizado, deve haver continuidade e convergência entre as ações. Por sua vez, o elemento qualitativo, representado por 'grave', sugere que a violação deve ser particularmente séria em sua natureza, em razão de sua crueldade, e que tais atos sejam altamente repreensíveis do ponto de vista moral". HOLZHACKER (2017, p. 124).

³⁸ DELGADO (2017, p. 11).

³⁹ "O não reconhecimento pelo CONARE do status de refugiados aos haitianos foi grave e revelou um retrocesso do Brasil quanto à causa dos refugiados. Não reconhecer a migração dos haitianos como forçada é negar a recuperação da dignidade deste grupo, que tem passado por situações adversas desde sua terra natal, o que atingiu proporções sem precedentes após o terremoto, culminando na trágica diáspora rumo ao território nacional. (...) Neste ponto, há duas observações a serem registradas. Primeiramente, é paradoxal não reconhecer o instituto do refúgio com fundamento em violações em direitos humanos a nacionais de um país que se encontra oficialmente sob a intervenção humanitária da ONU sob o argumento de segurança humana, com missão de paz comandada pelo Brasil. Em seguida, na concepção do CONARE, o inciso III é independente do requisito de fundado temor de perseguição, o que não se caracteriza no caso dos haitianos que migraram para o país a partir de 2010". DELGADO (2017, p. 14 – 15).

⁴⁰ SARTORETTO (2018, p. 681).

⁴¹ Disponível em: <http://trabalho.gov.br/dados-abertos-mtb/subsecretaria-de-orcamento-e-administracao/item/3496-resolucao-recomendada-08-2006>. Acesso em: 04/04/2018.

⁴² "Cabe destacar que o visto de residência por questões humanitárias surgiu através da Resolução Recomendada 8 do Conselho Nacional de Imigração (CNIg), de dezembro de 2006, que foi acatada pelo CONARE em março de 2007, por meio da Resolução nº 13. Esta Resolução propõe que o CONARE encaminhe ao CNIg casos que não preencham os requisitos de elegibilidade previstos na Lei 9.474/97, mas que, devido a questões humanitárias, o CONARE entenda como adequada a concessão de autorização de permanência legal no Brasil...". DELGADO (2017, p. 14).

⁴³ "Ainda em 2010, apesar de registrar a presença dos haitianos no Brasil, as atas das reuniões do CNIg indicavam claramente que havia entre os conselheiros o sentimento de que aquele fluxo migratório seria episódico e de curto prazo, sendo direcionado para a Guiana Francesa, com o Brasil ocupando o lugar de país de trânsito". FARIA; FERNANDES (2017, p. 150).

⁴⁴ OLIVEIRA (2017, p. 148).

⁴⁵ Disponível em: <http://trabalho.gov.br/mais-informacoes/cni/atas>. Acesso em: 04/04/2018.

plenária, não serve como precedente para futuros casos, limitando-se, portanto, aos enviados pelo CONARE⁴⁶. Entretanto, sucederam outras reuniões, novos processos foram remetidos pelo CONARE ao CNIg, novamente com amparo da RR n. 08/06. Sendo que ainda em setembro de 2011, já ultrapassava 600 o total de haitianos que receberam autorização de residência permanente⁴⁷.

Diante das manifestações acima enunciadas, o CONARE seguiu indeferindo automaticamente os pedidos de refúgio dos imigrantes haitianos que foram protocolados a partir de 01/01/2012. Como consequência, a Polícia Federal (PF) tomou a postura indevida de não receber os pedidos de refúgio, o que ensejou na retenção de inúmeros haitianos na zona de fronteira, notadamente em Brasília⁴⁸. Com efeito, vale destacar que mesmo com a decisão do CONARE e com a postura da PF, muitos haitianos continuaram a chegar ao Brasil com a atuação de “coiotes”. Isso prova que negar o refúgio não surtiu efeito no que tange ao controle do fluxo migratório⁴⁹.

Diante desse problema, o CNIg aprovou a Resolução Normativa (RN) n. 97⁵⁰, em 12/01/2012⁵¹, que criou um visto especial pautado em razões humanitárias, exclusivo para os imigrantes de nacionalidade haitiana⁵², conforme previsão contida no art. 16 do Estatuto do Estrangeiro. Como consequência da presente RN, os imigrantes haitianos, uma vez que munidos do chamado “visto humanitário”, passaram a estar autorizados a vir para o Brasil com regularidade migratória, podendo, inclusive, obter o CPF e a CTPS, trabalhar e estudar⁵³.

Apesar de ser uma inegável tentativa de solucionar o problema, a RN 97/12 não restou imune a críticas. A primeira consiste no fato de que dito ato normativo limitou a concessão de vistos na Embaixada do Brasil em Porto Príncipe ao número de 1.200 por ano, sendo uma média de 100 vistos por mês. Por outro lado, a RN em apreço também

⁴⁶ “Sem intenção de aprofundar nesse caso, a discricionariedade política que permite o encaminhamento dos processos de solicitação de refúgio dos imigrantes haitianos ao CNIg indica um tratamento não adequado da situação. Os solicitantes não são ouvidos pelo CONARE, o que constitui uma violação das garantias constitucionais processuais, pois em meio a tantos indivíduos, seria improvável que alguns, mesmo que poucos, não poderiam ser incluídos nos critérios do Estatuto dos Refugiados. Provenientes de um país de intensa violência social e institucional, ao se enquadrar genericamente que todos os imigrantes haitianos tenham se deslocado por razões ambientais, sem ao menos colher informações que permitam tal conclusão, é uma forma de impedir que indivíduos que necessitem recebam a proteção do refúgio – instituo mais protetivo que o visto humanitário”. ALARCÓN; TORRES (2017, p. 503).

⁴⁷ FERNANDES; MILESI; FARIAS (2011, p. 82).

⁴⁸ OLIVEIRA (2017, p. 148).

⁴⁹ AMARAL; PEREIRA (2017, p. 441).

⁵⁰ “A RN nº 97 é inovadora frente a outros países que estão com políticas mais rígidas de imigração. Possibilitou oportunidades e é isenta de comprovações laborais. Diferentemente do visto de trabalho tradicional, não há necessidade de comprovação de nenhuma qualificação profissional ou de ter um contrato de trabalho no Brasil, permitindo a entrada da população do Haiti pelo sistema do visto Humanitário, proporcionando uma condição jurídica de permissão da entrada para o Brasil destes imigrantes”. DUTRA (2016, p. 170).

⁵¹ Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=116083>. Acesso em: 04/04/2018.

⁵² BURGER; OLIVEIRA (2017, p. 66).

⁵³ OLIVEIRA (2017, p. 148).

não resolveu o problema dos haitianos que já estavam em trânsito para o Brasil e que, por isso, não solicitaram o visto em Porto Príncipe⁵⁴. Por fim, ocorreu a superlotação da referida Embaixada⁵⁵.

Diante das críticas acima apontadas e mais uma vez tentando coibir à exploração dos imigrantes haitianos por “coiotes”⁵⁶, em 29/04/2013, o CNIg, através da RN 102/13⁵⁷, alterou a RN 97/12, suprimindo o limite de 1.200 visto por ano, bem como retirou o local de expedição do visto, que outrora era somente na Embaixada do Brasil em Porto Príncipe⁵⁸, o que ensejou na autorização do governo brasileiro a que suas representações diplomáticas na República Dominicana, Equador e Peru processassem o pedido de visto humanitário para os haitianos⁵⁹. Além disso, o prazo da validade da RN 97/12, que inicialmente era de 2 anos, já foi prorrogado algumas vezes (Resoluções 106/13, 113/14 e 117/2015).

Em que pese, segundo dados do Ministério das Relações Exteriores (MRE), o Brasil já ter expedido cerca de 26 mil vistos humanitários desde a entrada em vigor da RN 97/12 até julho de 2015, ainda havia um passivo de mais de 43.000 haitianos aguardando que suas solicitações de refúgio sejam convertidas em visto permanente por razões humanitárias, conforme uma lista do Ministério da Justiça⁶⁰. Diante desse quadro, em 12/10/2015, “foi publicado no DOU o despacho conjunto⁶¹ do Presidente do CONARE, do Presidente do CNIg e do Diretor do Departamento de Estrangeiros, com a concessão de permanência para 43.871 haitianos”⁶².

Entretanto, na prática, essas concessões não puderam ser todas efetivadas no prazo previsto, devido, entre outras coisas, à forte burocracia (*v.g.* a exigência das certidões de nascimento e de casamento, traduzidas para o português por tradutor

⁵⁴ OLIVEIRA (2017, p. 149). No mesmo sentido: FARIA; FERNANDES (2017, p. 154).

⁵⁵ “O número de imigrantes haitianos que chegavam pela fronteira norte continuou crescendo e a emissão de 100 vistos por mês pelo Consulado em Porto Príncipe revelou-se claramente insuficiente. Já em novembro de 2012 não havia mais disponibilidade de agendamentos para a emissão do visto durante 2013. Assim, para 2013, a disponibilidade de horários esgotou-se, levando o Consulado a abrir uma lista de espera. Nesse contexto, observou-se na fronteira a mesma situação encontrada antes da promulgação da RN n. 97. O abrigo provisório em Brasília criado para acolher imigrantes em pouco tempo não mais conseguia acomodar os recém-chegados, e em Porto Príncipe, na porta do Consulado brasileiro, as filas formadas por haitianos que desejavam obter o visto de entrada no Brasil pareciam não ter fim”. FARIA; FERNANDES (2017, p. 155).

⁵⁶ BORGES; GEBRIM (2015, p. 300 – 301).

⁵⁷ Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=253792>. Acesso em: 04/04/2018.

⁵⁸ “Mesmo assim, a situação não levou a uma melhora expressiva no atendimento, principalmente em Porto Príncipe, pois faltava estrutura de pessoal no Consulado para atender a essa demanda”. FARIA; FERNANDES (2017, p. 156).

⁵⁹ MAMED (2018, p. 75 – 76).

⁶⁰ SARTORETTO (2018, p. 684).

⁶¹ Disponível em: <http://trabalho.gov.br/images/Documentos/Trabalhoestrangeiro/listadepermanencia.pdf>. Acesso em: 04/04/2018.

⁶² BURGER; OLIVEIRA (2017, p. 67).

juramentado) e o alto custo para a emissão do Registro Nacional de Estrangeiro (RNE)⁶³, que pode chegar à U\$ 200⁶⁴.

Diante dos fatos narrados e da opção pela concessão de visto humanitário aos imigrantes haitianos, as opiniões divergem sobre o acerto da presente escolha. Alguns reconhecem que, muito embora o Brasil não tenha considerado o imigrante haitiano como um migrante econômico, percorreu um caminho pautado no caráter humanitário⁶⁵. Outros argumentam que o ato consiste em uma medida paliativa, pois apenas coíbe os fluxos migratórios irregulares e não promove uma real política de acolhimento⁶⁶. Enquanto que determinados estudiosos do tema criticam a interpretação restritiva da Lei 9.474/97, bem como o fato de que a emissão de “visto humanitário” é feita com “todas as fragilidades legais que decorrem do Poder Discricionário da Administração Pública”⁶⁷.

De certa forma, concorda-se com o pensamento de que a concessão de visto humanitário foi importante, porém, insuficiente para atender a situação dos imigrantes haitianos no Brasil⁶⁸, pois não se trata de uma política migratória sólida, mas sim de medidas emergenciais para mitigar os efeitos de uma situação de crise e pressão da sociedade civil⁶⁹.

Ainda há os que advogam a tese de que os imigrantes haitianos deveriam ter a condição de “refugiados ambientais”⁷⁰ reconhecida pelo Brasil, com base na previsão do art. 1º, inciso III, da Lei nº 9.474/1997⁷¹.

Mesmo assim, ao que parece, não há qualquer consenso da sociedade internacional em aplicar o conceito de refúgio para abranger aqueles que foram vítimas de catástrofes naturais e questões ambientais⁷². Pois os ditos deslocados ecológicos não possuem a proteção jurídica internacional e nacional, bem como não podem ser enquadrados na categoria de refugiados⁷³.

⁶³ BERSANI (2016, p. 394).

⁶⁴ FARIA; FERNANDES (2017, p. 151).

⁶⁵ OLIVEIRA (2017, p. 149).

⁶⁶ DELGADO (2017, p. 16).

⁶⁷ MINCHOLA; REDÍN (2015, p. 30).

⁶⁸ Nesse sentido: ALARCÓN; TORRES (2017, p. 503).

⁶⁹ FARIA; FERNANDES (2017, p. 146).

⁷⁰ “...se o objetivo do instituto do refúgio é proteger a vida daqueles que deixam seus lugares de origem sem qualquer traço de voluntariedade em sua fuga, o conceito deve também abranger aqueles que são vítimas de catástrofes, pois, para eles, não há voluntariedade, da mesma forma. Tal posicionamento está de acordo com as Convenções sobre mudanças climáticas estabelecidas nas duas primeiras décadas do século XX, ao conferir proteção às populações afetadas por desastres ambientais e suas consequências econômicas”. LUZ; SIQUEIRA (2018, p. 692).

⁷¹ SILVA; SODRÉ (2017, p. 946).

⁷² FERNANDES; MILESI; FARIAS (2011, p. 77).

⁷³ DUTRA (2016, p. 251).

É diante da presente lacuna que alguns sugerem o desenvolvimento de um sistema específico de proteção para os deslocados ambientais⁷⁴, que poderia consistir num Protocolo à Convenção de 1951 sobre proteção temporária de tais imigrantes⁷⁵.

Recentemente, a Portaria Interministerial n. 10, de 06 de abril de 2018, levando em consideração as normas estampadas na Lei de Migração (13.445/17) e no Decreto 9.199/17, possibilita a concessão do visto temporário, bem como a autorização de residência para fins de acolhida humanitária para cidadãos haitianos e apátridas residentes no Haiti.

Como principais pontos, dito ato normativo elenca os documentos que o imigrante haitiano deve apresentar para solicitar o visto; a obrigatoriedade de o beneficiado registrar-se na Polícia Federal em até 90 dias após o seu ingresso no Brasil; a possibilidade de que o haitiano que já esteja em território brasileiro antes da publicação da mencionada Portaria possa requerer a autorização de residência para acolhida humanitária, cujo prazo será de 2 anos; a faculdade do imigrantes, desde que no prazo de 90 dias antes de expirar o prazo de 2 anos, solicitar a autorização de residência com prazo indeterminado, desde que satisfeitos alguns requisitos; e, por fim, a isenção de taxas e emolumentos para obtenção de visto e regularização migratória.

A edição da presente Portaria, mais uma vez, deixa claro que o reconhecimento da condição de refugiados aos imigrantes haitianos não faz parte da política migratória brasileira.

Traçados os principais pontos da política migratória brasileira no que concerne a diáspora haitiana, resta investigar como o Judiciário pátrio vem exercendo o seu dever de proteger os direitos humanos dos migrantes haitianos.

4. O dever de proteção dos direitos humanos dos migrantes haitianos pelo poder judiciário

É por demais sabido que as políticas públicas adotadas pelo Estado brasileiro são insuficientes para garantir os direitos humanos dos migrantes, notadamente dos vulneráveis. Dessa forma, cabe ao Judiciário⁷⁶, muitas vezes diante da relevante atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública, concretizar tais direitos.

Nesse contexto, eis que se passa a elencar algumas decisões dos tribunais brasileiros, em que os direitos humanos dos migrantes vulneráveis haitianos foram colocados em debate.

⁷⁴ PACÍFICO; PINHEIRO (2013, p. 116).

⁷⁵ FELLER (2011, p. 31).

⁷⁶ Nesse sentido, *vide*: MOREIRA (2017, p. 98 - 115).

a) A Renovação do visto e a emissão de Cédula de Identidade de Estrangeiro (CIE)

Em 2013, o imigrante haitiano Mac Daphney Simeus, representado pela Defensoria Pública da União, ingressou com ação perante a Justiça Federal da Paraíba (Proc. nº 0801486-92.2013.4.05.8200), em face da União, cujo objeto foi a discussão sobre a legalidade do Auto de Infração e Notificação nº 0852-00056/2013, bem como a renovação do Visto Temporário e da Cédula de Identidade de Estrangeiro.

O autor alegou que é cidadão haitiano, tendo ingressado no território brasileiro em 01/03/2011, com a finalidade de cursar Odontologia na Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Sem embargo, efetuada a matrícula, obteve o visto de estudante. Em 01/03/2013, no último dia de validade do visto, compareceu à DELEMIG e foi informado de que seria necessária a apresentação de uma declaração da UFPB, o que acarretou no (indevido) impedimento de protocolar o requerimento de prorrogação. Após ter diligenciado e obtido o documento exigido, retornou à DELEMIG no dia 06/03/2013, quando, enfim, protocolou o pedido. Ocorre que foi multado por ter apresentado o requerimento fora do prazo, nos termos do outro vigente Estatuto do Estrangeiro (art. 125, XVI), bem como sua prorrogação foi negada, foi novamente multado e, por estar supostamente em estada irregular, teria o prazo de 8 dias para o deixar o país, sob pena em assim não agindo, ser deportado.

Após o deferimento do pedido de justiça gratuita, assim como da concessão da antecipação dos efeitos da tutela, a União ofereceu “contestação”, alegando, em suma, que o ônus de atender os prazos legais cabe ao imigrante haitiano.

Na fundamentação da sentença, a Juíza Substituta da 3ª Vara da JFPB, Cristiane Mendonça Lage, reconheceu que a União violou o direito de petição, uma vez que não poderia recusar o recebimento do requerimento de renovação do visto temporário; bem como que a multa aplicada era indevida, uma vez que o atraso não ocorreu pela desídia do imigrante, mas sim pela conduta da própria Administração Pública. Assim, em 18/02/2014, a referida ação foi julgou parcialmente procedente, o que acarretou na anulação do mencionado Auto de Infração e na determinação para reanálise do pedido de prorrogação de visto, porém, levando em consideração que o estrangeiro estava em situação regular no Brasil.

Mesmo diante dos fundamentos da decisão, a União apelou, alegando que a conduta do imigrante haitiano foi negligente, já que o próprio passaporte continha a exigência de comparecimento para renovação no período de 30 dias anteriores a data limite de estada, conforme o art. 67, § 3º, do Decreto nº 86.715/81. Assim, a Administração Pública atuou de forma absolutamente legal ao lavrar o auto de infração, aplicar a multa e notificá-lo a deixar o país. Por fim, a União requereu a reforma da sentença, com a consequente manutenção do auto de infração, bem como que seja mantida a pena de deportação.

Apresentadas as contrarrazões, o Des. Fed. Geraldo Apoliano, na qualidade de integrante da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5) e

Relator do presente processo, apresentou o seu voto no sentido de que a sentença apelada não merece ser reformada. Para justificar tal posicionamento, dito julgador adotou como razões de decidir os próprios fundamentos da decisão de primeira instância, bem como colacionou alguns julgados do próprio TRF5, que se aplicam ao caso em tela. Portanto, vê-se que o Relator negou provimento à Apelação e à Remessa Necessária. Em 24/10/2014, o presente entendimento foi seguido à unanimidade pelos demais membros da Terceira Turma do TRF5.

b) Da possibilidade de emissão da CIE ainda que fora do prazo

Continuando na temática da renovação do registro e expedição da Cédula de Identidade do Estrangeiro (CIE), necessário se faz examinar a decisão proferida em 15/02/2017, no julgamento da Remessa Necessária Cível n. 0021367-06.2014.4.03.6100/SP.

Rogers Dorcilhomme, nacional haitiano que migrou para o Brasil em virtude da catástrofe ambiental, representado pela Defensoria Pública da União (DPU-SP), ingressou com Mandado de Segurança (MS) contra ato do Delegado de Polícia Federal responsável pelo Núcleo de Registro de Estrangeiros da Delegacia de Polícia de Imigração da Superintendência Regional de São Paulo, em razão da negativa de tal autoridade em renovar o registro e de expedir a CIE. Sem embargo, o Juízo da 8ª Vara Federal de São Paulo concedeu liminar e, ao final, segurança, atendendo ao pleito do impetrante. Seguindo a legislação brasileira, os autos foram encaminhados à segunda instância em virtude da necessidade de reexame.

Após parecer favorável do MPF, a Juíza Federal Eliana Marcelo, convocada para atuar perante a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF 3), proferiu voto pela desprovisionamento do reexame. A Magistrada fundamentou sua decisão no fato de que a RN 97/2012 conferiu o direito aos migrantes haitianos de obterem o visto de permanência por razões humanitárias pelo prazo de 5 anos. Dessa forma, seria desarrazoada a conduta do Delegado da Polícia Federal em negar a emissão de nova CIE, sob o fundamento de perda do prazo, pois o lapso temporal de 5 anos foi claramente definido no ato normativo mencionado. Além disso, não adiantaria reconhecer o direito de permanência e ceifá-lo por uma questão burocrática que impede o exercício de trabalho formal e a própria sobrevivência do imigrante.

Em razão dos fundamentos acima apontados, a 3ª Turma do TRF 3, por unanimidade, negou seguimento à remessa oficial, concretizando, portanto, o direito de permanência do imigrante haitiano.

Pouco tempo depois, o mesmo TRF 3, mais uma vez em decisão da 3ª Turma concretizou o direito de permanência de uma imigrante haitiana.

Marie Berline Jean François, haitiana, ingressou com Mandado de Segurança, que foi distribuído para a 1ª Vara Federal Cível de São Paulo (Proc. 0025272-82.2015.4.03.6100). O referido remédio constitucional tinha por objeto a anulação do Auto de Infração e Notificação n. 3271/2015. Segundo consta do processo, a imigrante

adentrou no território brasileiro ao final de 2014, com o objetivo de reunir-se com seu marido e filhos, que já se encontravam no Brasil. Em meados de 2015, compareceu perante o Departamento da Política Federal e solicitou a formalização do seu registro como permanente, bem como a expedição de CIE. Ocorre que logo após o registro, o Delegado responsável pelo Núcleo de Cadastro da Delegacia de Controle de Imigração da Superintendência Regional da Polícia Federal no Estado de São Paulo lavrou o citado Auto e impôs-lhe uma multa de R\$ 827,75, alegando, para tanto, que não houve o cumprimento do prazo legal para a formalização do registro de estrangeiro.

Diante do presente pleito e após o parecer desfavorável do MPF, o Magistrado de primeira instância julgou improcedente o pedido, fundamentando sua decisão no fato de que o Estatuto do Estrangeiro determina que o estrangeiro admitido na condição de permanente é obrigado, dentro dos 30 dias seguintes à entrada, a identificar-se (art. 30), bem como que constitui infração administrativa deixar de registrar-se no órgão competente, nos termos do inc. III do art. 125. Portanto, uma vez que o registro só ocorreu em prazo bastante superior aos 30 dias mencionados na Lei 6.815/80, não há que se falar em possível nulidade do Auto de Infração e da pena pecuniária que foi imposta. Com efeito, o Magistrado ainda afastou a possibilidade de desconstituição da multa em razão da hipossuficiência da estrangeira, assim como refutou a alegação de desconhecimento do prazo mencionado, mesmo não constando qualquer informação sobre prazo para registro em seu passaporte.

Em virtude da presente decisão, a imigrante haitiana, através da atuação da Defensoria Pública da União, interpôs recurso de apelação, alegando, em suma, que obteve visto permanente pelo prazo de 5 anos, em virtude de razões humanitárias e reunião familiar, emitido pela Embaixada do Brasil em Porto Príncipe; que compareceu espontaneamente à Polícia Federal (PF) para registro como permanente e solicitação da CIE; que jamais foi informada do prazo legal; que no formulário para registro junto à PF só consta a informação de que “É obrigatória a apresentação deste formulário para registro junto à Polícia Federal, nos termos da legislação em vigor”; que a penalidade viola os princípios da proporcionalidade e transparência, uma vez que exige que o imigrante tenha um profundo conhecimento da legislação brasileira; e, por fim, que a multa fixada impõe um ônus por demais gravoso.

O Des. Fed. Carlos Muta, Relator do caso, proferiu seu voto pela negativa de provimento da apelação. Para tanto, apresentou como fundamentos o fato de que não se pode alegar o desconhecimento da lei nacional vigente, bem como por não vislumbrar qualquer violação ao princípio da proporcionalidade, já que a multa foi aplicada e valor razoável, que não inviabiliza a situação jurídica do estrangeiro.

Felizmente, em voto vista, o Des. Fed. Antônio Cedenho, após considerar, em síntese, que a apelante obteve visto permanente com prazo inicial de 5 anos, com fundamento em razões humanitárias e de reunião familiar; que o Formulário de Pedido de Visto e o próprio passaporte da imigrante não fazem qualquer referência ao prazo de 30 dias para registro; que a vedação de alegação de desconhecimento da lei é relativa,

pois a apelante é estrangeira, sem domínio da língua portuguesa e em profundo estado de vulnerabilidade social; e, por fim, que o valor da multa aplicada foi desproporcional, pois superior ao salário mínimo vigente à época dos fatos; proferiu o seu voto pela reforma da sentença apelada e, por consequência, concessão da segurança e determinação da anulação do Auto de Infração citado.

Instaurada a divergência, a 3ª Turma do TRF 3, por maioria, decidiu dar provimento à apelação, conforme consta do acórdão publicado em 05/05/2017.

Demonstrando que também segue o ideal de concretização dos direitos humanos dos migrantes, a 4ª Turma do TRF 3 proferiu decisão em 07/06/2017, no sentido de garantir o direito de permanência de imigrante haitiana que obteve visto humanitário, ainda que tenha solicitado a emissão de CIE fora do prazo.

Em agosto de 2014, o Juízo da 9ª Vara Federal Cível de São Paulo, ao julgar Mandado de Segurança (proc. 0002972-63.2014.4.03.6100), concedeu a segurança para determinar o cancelamento de ato administrativo de retenção do protocolo provisório de Refúgio-Transformação, bem como que fosse realizado o registro e a expedição da CIE à haitiana Luzincourt Joseph Bernadette. De acordo com a sentença de primeira instância, a imigrante, mesmo sendo portadora do visto humanitário e ter pago a taxa referente ao registro de estrangeiro e emissão da CIE, teve o citado protocolo provisório retido por um Delegado da Polícia Federal, em virtude da perda do prazo de 90 dias para a solicitação da CIE. Nesse contexto, a imigrante haitiana ficou indocumentada e em situação migratória irregular no país. Felizmente, o Magistrado considerou que a haitiana não tinha conhecimento do prazo e que o fato de seu escoamento não seria suficiente para que ela tivesse que deixar o país, uma vez que lhe foi concedido o visto humanitário.

Como a decisão foi desfavorável à União, os autos foram remetidos à segunda instância em remessa necessária. Nessa oportunidade, a Des. Federal Mônica Nobre foi designada relatora e ofereceu seu voto no sentido do desprovimento à remessa oficial, em razão do fato de que a recusa na emissão da CIE, justificada apenas pelo requerimento efetuado fora do prazo, viola os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pois impede o legítimo exercício do direito da imigrante haitiana de permanência no Brasil. Sem embargo, o presente voto foi acompanhado, por unidade, pela 4ª Turma do TRF 3, conforme acórdão publicado em 21/06/2017.

c) Os direitos humanos dos migrantes na esfera criminal

Também é possível encontrar casos de concretização dos direitos humanos dos imigrantes vulneráveis haitianos em decisões prolatadas na esfera criminal. Exemplo da presente assertiva é a decisão proferida no julgamento do Habeas Corpus (HC) 0000035-67.2015.4.01.0000 – MG, em que a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região (TRF 1), por unanimidade, concedeu a liberdade provisória ao imigrante haitiano François Tony.

Da análise dos fatos descritos na decisão em apreço, constata-se que o imigrante haitiano foi preso em flagrante no aeroporto de CONFINS (MG) pela prática do crime de uso de documento falso (Registro Nacional de Estrangeiro na Condição de Permanente). O acusado afirmou que não tinha conhecimento da falsidade dos documentos, pois pagou para comprar documentos regulares. Sem embargo, trata-se de mais um caso em que um imigrante haitiano, apesar de política migratória brasileira concessiva de visto humanitário, foi vítima de uma organização criminosa que vendia documentos “regulares”.

Mesmo diante da falsificação grosseira, do acusado ter usado tais documentos de boa-fé para entrar no Brasil e fugir das péssimas condições de vida no Haiti, o Juízo da 11ª Vara Criminal da Justiça Federal de Minas Gerais decretou sua prisão preventiva.

Em razão de tal decisão, a DPU-MG ingressou com o referido HC perante o TRF 1, oportunidade em que fora pleiteada a concessão de liminar de liberdade provisória sem fiança. Numa análise ainda superficial do caso, o Des. Fed. Ítalo Fioravanti Sabo Mendes indeferiu o pedido, alegando que não havia fundamento jurídico capaz de ensejar a concessão da liminar.

Superada tal fase, o HC é colocado em discussão no âmbito da 4ª Turma do TRF 1. Nesse momento, a Juíza Federal (Relatora convocada) Rosimayre Gonçalves de Carvalho proferiu seu voto pela concessão da ordem de HC, mesmo diante do parecer contrário do MPF. Para tanto, entendeu que não estariam presentes os motivos para manutenção da prisão cautelar, pois não há, nos autos, dado concreto ou situação fática que a justifique.

Mesmo tais argumentos sendo de ordem estritamente processual penal, é preciso destacar a sensibilidade do voto com relação à situação dos imigrantes vulneráveis haitianos. Com efeito, a voto em tela fez expressa menção ao fato de que a imigração de haitianos, problema enfrentado pelo Brasil com a entrada irregular de haitianos em fuga da miséria e da corrupção, deve ser tratada de maneira diferenciada pela União, sob pena de generalização do fato tido como criminoso e imposição de prisão cautelar a todos os imigrantes haitianos que ingressam de modo indocumentado no país. Além disso, reconheceu que a situação dos autos não se amolda à necessidade de prisão, mas sim de adoção de políticas públicas de acolhimento aos estrangeiros.

Diante do exposto e em razão de que a decisão foi tomada por unanimidade, vê-se que o entendimento da 4ª Turma do TRF 1 é no sentido de que há possibilidade de substituição da prisão preventiva por outras medidas cautelares, ainda que o estrangeiro esteja em situação migratória irregular.

Em 15/12/2015, ao julgar o Habeas Corpus n. 5048894-45.2015.4.04.0000/RS, a 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, concedeu a ordem, por entender incabível a decretação/manutenção de prisão preventiva por descumprimento de medida cautelar alternativa de comparecimento em juízo no caso em particular, pois não houve má-fé do nacional haitiano, vez que pouco fala o idioma brasileiro e, de boa-fé, acreditava estar cumprindo às ordens judiciais ao comparecer

perante a Polícia Federal e à DPU sem comparecer em juízo para informar seu endereço,

Conforme consta do julgado, Oxy Tiresias foi preso em flagrante pela suposta prática dos delitos de falsificação e uso de documento falso, em razão de ter apresentado perante a Polícia Federal passaporte com carimbo falso de situação de estrangeiro permanente do Brasil. Homologado o flagrante, foi-lhe concedida a liberdade provisória, porém, condicionada, dentre outras, ao fornecimento de endereço completo e comunicação de qualquer mudança de endereço. Fato é que o nacional haitiano foi posto em liberdade, mas não comunicou o endereço, o que ensejou o requerimento de prisão preventiva pelo Ministério Público Federal, que foi deferido pelo magistrado da 11ª Vara Federal de Porto Alegre/RS.

Ocorre que Oxy Tiresias compareceu diversas vezes na sede da Defensoria Pública da União e na Polícia Federal (PF), sempre atualizando o seu endereço. Entretanto, a prisão preventiva foi decretada sem que a DPU fosse cientificada do ajuizamento da ação penal e da necessidade de informar o endereço. Além disso, o citado imigrante não compreende bem o idioma português e acreditava que era suficiente informar o seu endereço na DPU e na PF. Vale ressaltar, ainda, que houve solicitação de refúgio por parte do imigrante, o que acarreta na suspensão da ação penal e, posteriormente, arquivamento, quando do reconhecimento da condição de refugiado.

Após a concessão de liminar e do parecer favorável do Ministério Público Federal, a Des. Fed. Cláudia Cristina Cristofani, relatora do caso, proferiu seu voto, firmando o entendimento de que não houve má-fé do nacional haitiano, pois acreditava que estava adimplindo as condições impostas pela Justiça, pois sempre informou o seu endereço na DPU e na PF, circunstância essa que aliada ao conhecimento do idioma português afasta a necessidade de prisão preventiva.

d) Da desnecessidade de legalização/consularização

Outro caso bastante interessante no que concerne à proteção judicial dos direitos humanos dos imigrantes haitianos vulneráveis é o narrado no Acórdão resultante do julgamento do Agravo de Instrumento n. 0013788-03.2016.4.03.0000/SP, proferido no âmbito da 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF 3).

O Juízo da 22ª Vara da Justiça Federal de São Paulo deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela em Ação Civil Pública proposta pela Defensoria Pública da União. Dita decisão declarou o direito dos imigrantes haitianos de obter o registro de permanência mediante a apresentação de certidão de nascimento ou casamento, traduzida por tradutor juramentado, porém, independentemente do procedimento de legalização/consularização.

Mesmo a decisão acima sendo um exemplo de concretização dos direitos humanos dos migrantes vulneráveis, a União interpôs recurso, alegando, para tanto, que a exigência de legalização/consularização tinha total amparo legal. Com efeito, rebatendo tal argumento, a Defensoria Pública da União afirmou que não é viável impor um ônus tão excessivo para a fruição de um direito fundamental. Entendimento este que

foi acompanhado pelo Ministério Público Federal.

O Juiz Federal Convocado, Marcelo Guerra, fundamentou seu voto, em suma, com base nos seguintes argumentos: a) O Ministério da Justiça e o Ministério do Trabalho e Previdência Social, por meio de despacho conjunto, possibilitaram a permanência de aproximadamente 43.000 haitianos que tinham solicitado refúgio no período compreendido entre 2010 até outubro de 2015; b) os imigrantes devem realizar registro junto à Polícia Federal; c) a exigência de legalização/consularização das certidões de nascimento e/ou casamento acarreta sérias dificuldades aos imigrantes haitianos; d) ditas certidões levavam até 6 meses para serem expedidas; e) só há consulado haitiano em Brasília; e) o mencionado despacho conjunto não exigiu a legalização/consularização; e, por fim, f) a exigência da legalização/consularização em tela constitui um óbice ao fundamento das razões humanitárias e ao direito dos haitianos.

Diante de tais argumentos, em 07/12/2016, a 4ª Turma do TRF 3, por unanimidade, seguiu o voto acima mencionado e, como consequência, desproveu o recurso.

e) Da isenção do pagamento de taxas e multas em razão da hipossuficiência

Em 01/10/2013, o Ministério Público Federal (MPF) instaurou o Inquérito Civil Público (ICP) n. 1.29.002.000322/2013-98, visando apurar supostas irregularidades praticadas pela Delegacia de Polícia Federal de Caxias do Sul, quando da cobrança de taxas para o registro e expedição de Cédula de Identidade de Estrangeiro (CIE) de imigrantes que possuem visto humanitário, os quais, em geral, não têm condições de pagar as taxas exigidas, em face da vulnerabilidade social e por terem dificuldades ocuparem postos no mercado de trabalho formal. Nesse contexto, buscou a isenção das taxas pela via administrativa, o que não foi atendido.

Diante de tal fato, em 16/04/2015, o MPF ingressou com Ação Civil Pública n. 5005019-44.2015.4.04.7107/RS, em face da União, cujo objeto foi a abstenção da exigência aos estrangeiros hipossuficientes, especialmente aos portadores de visto humanitário, do pagamento de taxas e demais despesas decorrentes para a realização do Registro Nacional de Estrangeiro (RNE) e para expedição da Cédula de Identidade de Estrangeiro (CIE), uma vez que a referida cobrança viola o direito ao exercício da cidadania, que são gratuitos, nos termos do art. 5º, inciso LXXVII, da CF/88, bem como aduziu que o princípio da reserva legal deve ceder em face do princípio da dignidade da pessoa humana. Por fim, o MPF ainda argumenta que ao estrangeiro residente no país deve ser garantida a igualdade perante a lei, nos termos do caput do art. 5 da CF.

A Juíza Federal Adriane Battisti, da 3ª Vara Federal de Caxias do Sul/RS, ao apreciar o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, negou o pleito, alegando que não restou comprovada urgência do pedido no que se refere ao risco de perecimento do direito em questão.

Insatisfeito com a decisão acima mencionada, o MPF interpôs Agravo de Instrumento com pedido de antecipação da tutela recursal (5017747-98.2015.4.04.0000/RS), alegando, para além dos argumentos da inicial da ACP, que o perigo da demora consubstancia-se no fato de que, impedidos de trabalhar e, consequentemente, auferir renda, o prazo de que os imigrantes com visto humanitário dispõem, além de exíguo, tende a expirar sem o pagamento das taxas exigidas. Mesmo diante de tais argumentos, a Des. Fed. Vivian Josete Pantaleão Caminha, em 23/06/2015, indeferiu o pedido de antecipação de tutela recursal, sob a alegação de que a manutenção do pagamento de taxas por parte de estrangeiros hipossuficientes, em tese, não impede o exercício de direitos fundamentais.

No julgamento do mérito do referido AI, a 4^o Turma do Tribunal Regional Federal da 4 Região, por unanimidade, negou provimento ao agravo em 06/10/2015, pois considerou que não há estão preenchidos os requisitos da existência de prova inequívoca, verossimilhança da alegação e fundado receio de dano irreparável, conforme voto proferido pelo Juiz Federal Sérgio Renato Tejada Garcia.

No que concerne ao mérito da ACP, em sede de primeira instância, proferiu-se sentença julgando improcedente o pedido. Para tanto, o Juízo fundamentou sua decisão no fato de que o Código Tribunal Nacional, o Estatuto do Estrangeiro, o Decreto que o regulamenta e até mesmo a Constituição Federal lastram a exigência do pagamento de taxas e despesas para regularização migratória, sendo vedado ao Judiciário atuar como legislador positivo e isentar, fora das hipóteses previstas em lei, o pagamento de taxas, ainda que na hipótese de estrangeiros detentores de visto humanitário, hipossuficientes economicamente e em situação de vulnerabilidade social.

Entretanto, o MPF interpôs recurso de Apelação Cível (n. 5005019-44.2015.4.04.7107/RS) contra a mencionada decisão de primeira instância. Nessa oportunidade, a 2^a Turma do Tribunal Regional Federal da 4^a Região, por maioria, em 18/10/2017, decidiu que é devida a taxa de registro e emissão de CIE, por não haver norma de imunidade ou isenção, mesmo nos casos de hipossuficiência econômica e vulnerabilidade social, conforme o entendimento do Relator, Des. Fed. Rômulo Pizolatti.

Em que pese o entendimento acima adotado, vale destacar o voto divergente proferido pelo Des. Fed. Sebastião Ogê Muniz. Em sua fundamentação, reconheceu que a CF/88 preceitua a igualdade entre brasileiros e estrangeiros residentes, bem como que são gratuitos, na forma da lei, os atos necessários da cidadania. Com efeito, descreveu o teor de parte da Lei 9.265/96, que regulamentou a norma constitucional mencionada, destacando o dispositivo que se refere a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania. Além disso, destacou que exigir o pagamento de taxas aos imigrantes portadores de visto humanitário e que são visivelmente hipossuficientes economicamente cria uma distinção em relação ao tratamento conferido ao nacional, pois os documentos de certidão de nascimento e registro geral (RG) são gratuitos. Portanto, devem prevalecer as normas constitucionais em detrimento das ordinárias que exigem lei específica para a isenção em debate. Diante de tais fundamentos e após

colacionar alguns precedentes, em que pese ter sido vencido, o citado Des. emitiu seu voto pelo provimento à apelação.

Apesar do entendimento acima, em 21/02/2017, a 3ª Turma do TRF 4, ao julgar o Agravo de Instrumento n. 5042198-56.2016.4.04.0000/RS, por unanimidade, firmou o entendimento de que o estrangeiro hipossuficiente, da mesma forma que o brasileiro, faz jus à expedição da respectiva Cédula de Identidade de Estrangeiro, independente do pagamento de taxas e despesas.

No caso em tela, o Ministério Público Federal (MPF) ingressou com Ação Civil Pública (5010065-77.2016.4.04.7107) em face da União, cujo objetivo foi a isenção de taxas e multas cobradas administrativamente para o trâmite do processo de permanência definitiva em território brasileiro dos menores Dine Groussard Dorgent e Mendel Essel Rosselard Dorgent, ambos nacionais haitianos, considerando a hipossuficiência de seus genitores em arcar com os custos. Ocorre que o Juiz Federal Fernando Tonding Etges, ao apreciar o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, indeferiu o pleito liminar, alegando que a cobrança das taxas encontra largo amparo na legislação brasileira, notadamente no Código Tribunal Nacional, no Estatuto do Estrangeiro e na própria Constituição Federal, o que faz com que seja vedado ao Judiciário estabelecer isenção de taxas que estão regularmente previstas em lei.

Diante do referido indeferimento, o MPF interpôs o recurso de Agravo de Instrumento (AI), cuja antecipação da pretensão recursal foi deferida. No mérito, o Relator, Des. Fed. Ricardo Teixeira do Valle Pereira proferiu voto no sentido de que a situação de vulnerabilidade dos imigrantes haitianos, que não dispõem de recursos financeiros para o pagamento de taxas e multas impostas pela União para regularização migratória, enseja na necessária isenção do pagamento de taxas e multas exigidas para registro e expedição da CIE, conforme precedentes da própria Corte. Pois somente assim agindo não haverá que se falar em prejuízos à subsistência dos menores haitianos, nem obstado os direitos inerentes à cidadania. Portanto, nota-se que o voto foi pelo provimento do AI, o que foi acompanhado pelos demais membros da 3ª Turma.

Com relação ao caso acima mencionado, vale ainda ressaltar que quando do julgamento do mérito da Ação Civil Pública n. 5010065-77.2016.4.04.7107, o Magistrado de primeira instância julgou procedente a ação, reconhecendo, portanto, o direito à isenção do pagamento de taxas e multas para os imigrantes haitianos Dine Groussard Dorgent e Mendel Essel Rosselard Dorgent. Apesar do acerto da decisão, a União interpôs recurso de apelação (5010065-77.2016.4.04.7107), o qual se encontra pendente de julgamento pela 3ª Turma do TRF 4.

Em 22/02/2017, a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF 4), por unanimidade, deu provimento ao Agravo de Instrumento (AI) n. 5042195-04.2016.4.04.0000/RS, oportunidade em que firmou o entendimento de que o estrangeiro economicamente hipossuficiente faz jus à isenção de taxas e despesas para obter a CIE.

O referido AI foi interposto contra decisão proferida pelo juiz federal Fernando Tonding Etges, que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela em ACP (5010301-29.2016.4.04.7107/RS) proposta pelo MPF, cujo objeto foi a isenção de taxas e despesas para emissão da segunda via da CIE.

No caso em apreço, o MPF requereu, liminarmente e no mérito, a citada isenção do pagamento de taxas e despesas para emissão da segunda via da CIE de imigrante haitiano, com base, em suma, nos seguintes fundamentos: a) que Wislin Fanfan, portador de visto permanente por razões humanitárias, teve sua CIE furtada e para emissão da segunda via foi exigido o pagamento de R\$ 502,78; b) que em virtude de hipossuficiência econômica do nacional haitiano, não há como pagar o citado valor; c) que os documentos individuais são essenciais para o exercício da cidadania; e, por fim, d) que se os brasileiros têm garantido o direito de que sua identificação seja gratuita nos casos de hipossuficiência econômica, os estrangeiros, desde que em mesma situação, também teriam tal direito.

Mesmo diante de tais argumentos, o Magistrado negou o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, alegando, para tanto, que a cobrança da taxa em discussão é total legal, pois se encontra amparada por diversos diplomas normativos, como o Código Tributário Nacional (art. 77, 97 e 111), o Estatuto do Estrangeiro (arts. 33 e 131), o Decreto n. 86.715/98 (arts. 58, 59, 176 e 177) e a própria Constituição Federal (art. 150, § 6º). Dessa forma, entendeu que não cabe ao Judiciário atuar como legislador positivo, estabelecendo a isenção de quaisquer taxas que estejam previstas regularmente em lei. Além disso, afirmou que não há que se falar em aplicação do princípio da isonomia entre brasileiros e estrangeiros residentes no país para fins de deferimento do pleito, pois não se está diante de situações idênticas, já que há uma legislação em vigor tratando do tema.

Em clara divergência do juízo de primeira instância, o Des. Fed. Cândido Alfredo Silva Leal Junior, na qualidade de Relator do caso, votou pelo provimento do AI, fundamentando tal posicionamento com base em precedentes do próprio TRF 4, que firmaram o entendimento de que o estrangeiro economicamente hipossuficiente faz jus à isenção de taxas e despesas para obter a CIE, bem como pelo fato de que tal documento é indispensável para o exercício dos atos da vida civil, como a obtenção de trabalho.

Voltando à já citada ACP, no que concerne ao mérito, o Magistrado outrora mencionado, mesmo tendo uma posição pessoal contrária, acolheu, o pedido da parte autora em respeito à segurança jurídica e com a intenção de prestigiar a posição do TRF 4, já que a 4ª Turma, à unanimidade, entendeu cabível a isenção do pagamento de taxas para regularização da situação migratória do nacional haitiano Wislin Fanfan, em virtude sua hipossuficiência.

Enfim, o entendimento de que os imigrantes haitianos hipossuficientes fazem jus à isenção do pagamento de taxas e multas decorrentes do processo de regularização migratória encontra-se sedimentado no âmbito do TRF 4, uma vez que esse posicionamento também foi adotado no julgamento da Remessa Necessária Cível n. Nº

5022114-65.2016.4.04.7200/SC e no Agravo de Instrumento n. 5008531-45.2017.4.04.0000/RS.

f) Da autorização de ingresso de estrangeiro sem visto em virtude de reunião familiar

Em 06/12/2017, ao julgar a Apelação Cível n. 5007476-34.2015.4.04.7112/RS, a 4ª Turma do TRF 4 decidiu, por unanimidade, negar provimento à apelação e reconhecer o direito de ingresso de alguns nacionais haitianos, mesmo sem visto, para fins de reunião familiar.

Em sede de primeiro grau de jurisdição, o Juiz Federal Felipe Veit Leal reconheceu a possibilidade dos autores Bernadens Olivince e Guerda Fenelon Olivince, familiares de Berlange Olivince, cidadão haitiano solicitante de refúgio, de ingressarem sem visto no Brasil por via aérea.

Dos fatos, depreende-se que Berlange Olivince, nacional do Haiti, ingressou no Brasil em 11/07/2013 e requereu a condição de refugiado motivado pela catástrofe ambiental e social de seu país. Contudo, sua esposa (Guerda Fenelon Olivince) e filho (Bernadens Olivince) permaneceram no Haiti. Dessa forma, dada a intenção de reunir a família, postula-se o ingresso no Brasil, por via aérea e sem visto, dos familiares mencionados, já que é impossível de uma mulher com uma criança pequena percorrer o longo caminho do Haiti até Porto alegre, pela via terrestre e com visto.

O Magistrado, acertadamente, lembrou que o direito à unidade familiar é oponível ao próprio Estado. Isso acarreta no dever de assegurá-lo. Além disso, a Lei n. 9.474/97, em seu art. 2º, preceitua acerca da extensão da proteção estatal aos membros do estrangeiro solicitante de refúgio. Ocorre que a lei exige que os membros da família do estrangeiro solicitante estejam em território pátrio, o que viola o art. 226 da CF/88. Assim, ao se exigir que toda a família esteja em território brasileiro para obter a extensão da tutela do mencionado art. 2º, impõe um risco desnecessário, o que pode resultar na separação da família. Diante de tais fundamentos, não só em sede de antecipação da tutela, mas também no próprio mérito, o citado juiz autorizou o ingresso em território brasileiro pela via aérea sem que lhes seja exigida a apresentação de visto.

Diante da presente decisão, a União interpôs recurso de apelação, requerendo a reforma da sentença e a improcedência da ação, alegando, dentre outros fundamentos, que: a) a norma não é inconstitucional; b) os cidadãos haitianos não fazem jus a refúgio; c) a solicitação de refúgio feita por Berlane Olivince não é suficiente para autorizar a emissão de visto para reunião familiar; d) o visto humanitário poderia ter sido solicitado na Embaixada do Brasil em Porto Príncipe; e, por fim, e) a permissão de entrada no Brasil é ato discricionário do Executivo e não cabe ao Judiciário interferir.

O Des. Fed. Cândido Alfredo Silva Leal Junior proferiu voto no sentido de que deve ser mantido o provimento que autorizou o ingresso dos autores Bernadens Olivince e Guerda Fenelon Olivince no território brasileiro sem exigência de visto, em virtude do direito à proteção familiar, que é assegurado tanto na CF/88 quanto na nova Lei de

Migração (Lei nº 13.445/2017, art. 3º-VIII); da necessidade de assegurar a reunião familiar para proteger menor de idade, que goza de proteção especial; e, por fim, por se encontrar superada a discussão sobre o cabimento do refúgio, já que foi deferido ao autor Berlangue Olivince, em 12/11/2015, o visto de permanência por razões humanitárias, que se estende aos dependentes, nos termos da Res. N. 108/2012 – CNIg. Além disso, o voto ainda enfrentou a questão de que o ingresso dos dependentes no país não é automático, o que enseja da exigência de solicitação do visto. Entretanto, no caso em tela, a demora da União em analisar o pedido de refúgio e conceder o visto humanitário autoriza a flexibilização da regra que exige o ingresso no território brasileiro para dar início à solicitação de visto de permanência por extensão, em razão da necessidade de proteger a unidade familiar, notadamente, a criança. Dessa forma, vê-se que o relator posicionou-se pela autorização da vinda dos familiares para o Brasil, mesmo sem visto, para assegurar a proteção à família e ao filho menor. Com efeito, tal entendimento foi acompanhado por todos os integrantes da 4ª Turma do TRF 4.

5. Conclusão

O fato de que o Haiti vive um momento de crise ambiental, social, política, estrutural e econômica não é novidade. Sem embargo, foi justamente esse cenário que levou milhares de haitianos a emigrarem para o Brasil. Ocorre que a grande maioria deparou-se com situações que só refletem o quadro de vulnerabilidade que eles apresentam. Além disso, o Brasil não definiu uma política migratória eficiente para tratar do fenômeno migratório em comento.

Como foi visto, após usar meios diplomáticos para mitigar o acesso ao território, recusar o reconhecimento da condição de refugiados e, de forma extremamente burocrática, conceder o visto humanitário, o Brasil finalmente passou a lapidar as medidas tomadas e diminuir a burocracia para regularização migratória de algumas dezenas de milhares de haitianos. Exemplo disso foi a já referida Portaria Interministerial n. 10/2018.

Mas a regularização não significa que os direitos humanos de tais migrantes foram ou estão sendo garantidos pelo Brasil. Pelo contrário! A máquina estatal ainda viola tais direitos de forma insistente.

Dessa forma, foram analisados 10 casos decididos no âmbito da Justiça Federal brasileira. Sendo que vários deles constituídos de uma complexidade de atos judiciais, como decisões concessivas de antecipação da tutela, agravos de instrumento, sentenças de mérito, apelações, e acórdãos, bem como *habeas corpus*.

Após examinar cada manifestação, é possível definir as principais linhas de atuação do Judiciário brasileiro em matéria de concretização dos direitos humanos dos imigrantes haitianos. A primeira consiste no reconhecimento do direito de petição para fins de renovação do visto e emissão da CIE; a segunda, na possibilidade de emissão da CIE ainda que fora do prazo; a terceira, na possibilidade de substituição da prisão

preventiva por outras medidas de natureza cautelar, mesmo que o acusado encontre-se em situação migratória irregular; a quarta relaciona-se com a desnecessidade de legalização/consularização; a quinta é inerente a isenção do pagamento de taxas e multas em razão da hipossuficiência dos imigrantes haitianos; e, por fim, a sexta trata da autorização de ingresso de estrangeiro em virtude de reunião familiar.

Muito embora as decisões mencionadas tenham enfrentado questões relevantes em matéria de direitos humanos dos migrantes haitianos, é possível encontrar outras que tomaram um caminho absolutamente contrário. Portanto, vê-se que o Judiciário brasileiro ainda precisa avançar bastante no que concerne a concretização dos direitos humanos dos imigrantes, notadamente dos mais vulneráveis.

Por fim, é de se elogiar o papel desempenhado pela Defensoria Pública da União e pelo Ministério Público Federal, bem como a sensibilidade de muitos magistrados que atentaram para a vulnerabilidade dos imigrantes haitianos e reconheceram a importância do Judiciário em concretizar os direitos humanos do grupo tem tela.

Referências

- ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora; TORRES, Daniel Bertolucci, 2017, “O Direito dos Refugiados e a Metodologia e Prática Brasileira de Atendimento a Requerentes de Refúgio. Uma análise crítica constitucional para avançar na efetivação dos direitos humanos” in *Refugiados, Imigrantes e Igualdade dos Povos*, PINTO, Eduardo Vera-Cruz; PERAZZOLO, José Rodolpho. BARROSO, Luís Roberto; SILVA, Marcos Antonio Marques da; CICCIO, Maria Cristina de (Coords.), Quartier Latin, São Paulo, p. 491 – 506.
- AMARAL, Ana Paula Martins; PEREIRA, Cícero Rufino, 2017, “Migração e Xenofobia: uma abordagem à luz dos Direitos Humanos” in *A ordem internacional no século XXI: direitos humanos, migração e cooperação jurídica*, CARVALHO, Luciani Coimbra de; IENSUE, Geziela (Orgs.), Lumen Juris, Rio de Janeiro, p. 437 - 455.
- ARAÚJO, Adriano Alves de Aquino, 2017, “O Fluxo Migratório Haitiano para o Brasil e o Chile: apontamentos”, in *Refugiados, Imigrantes e Igualdade dos Povos*, PINTO, Eduardo Vera-Cruz; PERAZZOLO, José Rodolpho. BARROSO, Luís Roberto; SILVA, Marcos Antonio Marques da; CICCIO, Maria Cristina de (Coords.), Quartier Latin, São Paulo, p. 85 – 89.
- BAENINGER, Rosana; PERES, Roberta, 2017, “Migração de crise: a migração haitiana para o Brasil”, *Revista Brasileira de Estudos de População*, vol.34 no. 1, São Paulo, 2017, p. 119 – 143. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbepop/v34n1/0102-3098-rbepop-34-01-00119.pdf>. Acesso em: 21/02/2018.
- BAENINGER, Rosana; *et. al.* (Orgs.), 2018, *Migrações Sul-Sul*, 2ª ed., Núcleo de Estudos de População – “Elza Berquó” – Nepo/Unicamp, Campinas.

- BERSANI, Ana Elisa, 2016, “Chache lavi Deyò: uma reflexão sobre a categoria refúgio a partir da diáspora haitiana no Brasil”, *Cadernos de Campo*, n. 25, São Paulo, p. 383 - 399. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/129282>. Acesso em: 06/04/2018.
- BERTOLAZO, Ivana Nobre; GAGLIARDI, Maria Aparecida, 2017, “Imigração e Refúgio no Brasil: notas sobre o imaginário social”, in *A ordem internacional no século XXI: direitos humanos, migração e cooperação jurídica*, CARVALHO, Luciani Coimbra de; IENSUE, Geziela (Orgs.). Lumen Juris, Rio de Janeiro, p. 419 - 435.
- BÓGUS, Lucia Maria Machado; SILVA, João Carlos Jarochinski, 2017, “Fluxos Migratórios Contemporâneos: condicionantes políticos e perspectivas históricas”, in *Fluxos migratórios e refugiados na atualidade*, Fundação Konrad Adenauer Stiftung, Rio de Janeiro, p. 27 - 44. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/24734-1442-5-30.pdf>. Acesso em: 21/02/2018.
- BORGES, Paulo César Corrêa; GEBRIM, Luciana Maibashi, 2015, “Políticas Migratórias Discriminatórias – por uma mudança do paradigma do *state approach* para o *human rights approach*”, in *A interface dos direitos humanos com o direito internacional*, SOARES, Mário Lúcio Quintão; SOUZA, Mércia Cardoso de (Coords.), Tomo I. Fórum, Belo Horizonte, p. 289 - 314.
- BURGER, Adriana Fagundes; OLIVEIRA, Rivana Barreto Ricarte de, 2017, “A Tutela Jurídica do Imigrante Haitiano no Brasil: uma análise da Resolução nº 97/2012 e o papel da Defensoria Pública”, in *Refugiados, Imigrantes e Igualdade dos Povos*, PINTO, Eduardo Vera-Cruz; PERAZZOLO, José Rodolpho. BARROSO, Luís Roberto; SILVA, Marcos Antonio Marques da; CICCIO, Maria Cristina de (Coords.), Quartier Latin, São Paulo, p. 63 - 69.
- COTINGUIBA, Geraldo Castro; COTINGUIBA, Marília Lima Pimentel, 2018, “UMA ANÁLISE DA PRESENÇA HAITIANA NA AMAZÔNIA. UM ESTUDO DE CASO DE PORTO VELHO”, in *Migrações Sul-Sul*, BAENINGER, Rosana; et. al. (Orgs.), 2ª ed., Núcleo de Estudos de População – “Elza Berquó” – Nepo/Unicamp, Campinas, 2018, p. 260 - 273. Disponível em: http://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/livros/migracoes_sul_sul/migracoes_sul_sul.pdf. Acesso em: 16/02/2018.
- DELGADO, Ana Paula Teixeira, 2017, “A Proteção Jurídica dos Migrantes Haitianos no Brasil: em busca de novas alternativas”, in *Temas de Direito Internacional*, MANUEL VAL, Eduardo; LIMA, Simone Alvarez, Lumen Juris, Rio de Janeiro, p. 03 - 20.
- DUTRA, Cristiane Feldmann, 2016, *Além do Haiti: uma análise da imigração haitiana para o Brasil*, Lumen Juris, Rio de Janeiro.
- FARIA, Andressa Virgínia de; FERNANDES, Duval Fernandes, 2017, “O visto humanitário como resposta ao pedido de refúgio dos haitianos”, in *Revista*

Brasileira de Estudos de População, vol. 34, n. 1, p. 145 – 161. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbepop/v34n1/0102-3098-rbepop-34-01-00145.pdf>. Acesso em: 09/04/2018.

FELLER, Erika, 2011, “A Convenção para Refugiados, aos 60 anos: ainda adequada a seu propósito?”, *Cadernos de Debates*. Instituto Migrações e Direitos Humanos e ACNUR, Brasília, n. 6, p. 13 - 31. Disponível em: http://www.migrante.org.br/components/com_booklibrary/ebooks/caderno-debates-6.pdf. Acesso em: 09/04/2018.

FERNANDES, D; MILESI, R; FARIAS, A, 2011, “Do Haiti para o Brasil: o novo fluxo migratório”, *Cadernos de Debates*. Instituto Migrações e Direitos Humanos e ACNUR, Brasília, n. 6, 2011, p. 73 - 97. Disponível em: http://www.migrante.org.br/components/com_booklibrary/ebooks/caderno-debates-6.pdf. Acesso em: 06/04/2018.

HANDERSON, Joseph, 2015, “DIASPORA. SENTIDOS SOCIAIS E MOBILIDADES HAITIANAS”, in *Horizontes Antropológicos*, ano 21, n. 43, Porto Alegre, p. 51-78. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ha/v21n43/0104-7183-ha-21-43-0051.pdf>. Acesso em: 09/04/2018.

HOLZHACKER, Vivian, 2017, “A Situação de Grave e Generalizada Violação aos Direitos Humanos como Hipótese para o Reconhecimento do *Status* de Refugiado no Brasil”, in *Refúgio no Brasil: Comentários a Lei 9.474/97*, JUBILUT, Liliana Lyra; GODOY, Gabriel Gualano de (Orgs.), Quartier Latin/ACNUR, São Paulo, p. 121 – 131.

LUZ, Cícero krupp; SIQUEIRA, Estela Cristina Vieira, 2018, “Contextualizando o Refúgio Ambiental: a lacuna jurídica do refúgio na era do aquecimento global”, in *Migrações Sul-Sul*, BAENINGER, Rosana; *et. al.* (Orgs.), 2ª ed., Núcleo de Estudos de População – “Elza Berquó” – Nepo/Unicamp, Campinas, p. 688 – 699. Disponível em: http://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/livros/migracoes_sul_sul/migracoes_sul_sul.pdf. Acesso em: 17/02/2018.

MAMED, Letícia Helena, 2018, “Haitianos no Brasil: a experiência da etnografia multisituada para investigação de itinerários migratórios e laborais Sul-Sul”, in *Migrações Sul-Sul*, BAENINGER, Rosana; *et. al.* (Orgs.). 2ª ed., Núcleo de Estudos de População – “Elza Berquó” – Nepo/Unicamp, Campinas, p. 66 – 96. Disponível em: http://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/livros/migracoes_sul_sul/migracoes_sul_sul.pdf. Acesso em: 06/02/2018.

MINCHOLA, Luís Augusto Bittencourt; REDIN, Giuliana, 2015, “Proteção Internacional de Imigrantes Forçados e a Agenda Brasileira”, *Monções: Revista de Relações Internacionais da UFGD*, Dourados, v.4. n. 8, jul./dez., p. 15 – 37. Disponível em: <http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/moncoes/article/view/4296>. Acesso em:

05/04/2018.

- MOREIRA, Thiago Oliveira, 2017, “El Estado constitucional cooperativo y la concreción de los derechos humanos de los migrantes por la jurisdicción”, in *Derechos humanos, diversidad y convivencia: Actas del III Congreso internacional MULTIHURI*, SOLANES CORELLA, Ángeles. (Org.), 1ed., Instituto de Derechos Humanos de la Universitat de València, València, v. 1, p. 98-115.
- OLIVEIRA, Rivana Barreto Ricarte de, 2017, “A Migração Haitiana no Brasil sob a Ótica da Proteção Trabalhista”, in *Migração, Trabalho e Direitos Humanos*, BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues; TORRES, Daniel Bertolucci (Orgs.), LTr, São Paulo, 2017, p. 143 – 154.
- PACÍFICO, Andrea Pacheco; PINHEIRO, Thaís Kerly Ferreira, 2013, “O status do imigrante haitiano no Brasil após o terremoto de 2010 sob a perspectiva do Pós-Estruturalismo”, *Revista Perspectivas do Desenvolvimento*, v. 1, n. 1, p. 107 – 125. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/perspectivasdodesenvolvimento/article/view/9837/>. Acesso em: 05/04/2018.
- SARTORETTO, Laura, 2018, “Ampliação da Definição de Refugiado no Brasil e sua Interpretação Restritiva”, in *Migrações Sul-Sul*, BAENINGER, Rosana; et. al. (Orgs.), 2ª ed., Núcleo de Estudos de População – “Elza Berquó” – Nepo/Unicamp, Campinas, p. 670 – 687. Disponível em: http://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/livros/migracoes_sul_sul/migracoes_sul_sul.pdf. Acesso em: 17/02/2018.
- SILVA, João Carlos Jarochinski, 2018, “Uma Política Migratória Reativa e Inadequada – A Migração Venezuelana para o Brasil e a Resolução n. 126 do Conselho Nacional de Imigração (CNIG)”, in *Migrações Sul-Sul*, BAENINGER, Rosana; et. al. (Orgs.), 2ª ed., Núcleo de Estudos de População – “Elza Berquó” – Nepo/Unicamp, Campinas, p. 637 – 650. Disponível em: http://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/livros/migracoes_sul_sul/migracoes_sul_sul.pdf. Acesso em: 16/02/2018.
- SILVA, Roberto Baptista Dias da; SODRÉ, Marcelo Gomes, 2017, “Refugiados Ambientais: uma justiça a ser feita”, in *Refugiados, Imigrantes e Igualdade dos Povos*, PINTO, Eduardo Vera-Cruz; PERAZZOLO, José Rodolpho. BARROSO, Luís Roberto; SILVA, Marcos Antonio Marques da; CICCIO, Maria Cristina de (Coords.), Quartier Latin, São Paulo, 2017, p. 941 – 947.
- WIHTOL DE WENDEN, Catherine, 2016, “As Novas Migrações”, *Revista Internacional de Direitos Humanos – SUR*, v.13, n.23, p. 17 – 28. Disponível em: <http://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2016/09/1-sur-23-portugues-catherine-wihtol-de-wenden.pdf>. Acesso em: 20/02/2018.

ASPECTOS REGULATÓRIOS E GOVERNANÇA NA IMPLANTAÇÃO DA INTERNET DAS COISAS (IOT) NO CAMPO: PERSPECTIVAS E REPERCUSSÕES LEGAIS NO BRASIL

Carolina Merida¹

Murilo Couto Lacerda²

1. Introdução

Uma revolução tecnológica sem precedentes (Revolução 4.0 ou Quarta Revolução Industrial), capaz de “fundir as tecnologias dos mundos físico, digital e biológico” (SCHWAB, 2016, p. 11), está em curso e impactará o modo de vida da sociedade global de forma bastante ampla e irreversível, afetando todos os segmentos da sociedade, inclusive as atividades desenvolvidas no campo.

Muito embora as transformações promovidas por esta revolução digital ainda estejam no início, seus impactos já atingiram o modo de produção e de consumo da sociedade, transformando os modelos de negócios e as relações de trabalho. A velocidade de profusão e a profundidade, a complexidade e o impacto sistêmico das mudanças deflagradas pelo atual processo evolutivo fazem da Revolução 4.0 um fenômeno disruptivo com potencialidade de introduzir benefícios jamais vistos ao mercado, mas também pode ser extremamente perigosa à humanidade.

Entre as novidades tecnológicas já disponíveis para melhoria da produtividade no campo, prevenção de riscos (por meio de monitoramento em tempo real) e uso racional dos recursos naturais está a ‘Internet das Coisas’ [ou *Internet of things (IoT)*, em inglês], que permite não apenas a conexão de máquinas e dispositivos à internet, mas também os torna “inteligentes”, na medida em que, com base em tecnologias de informação e comunicação, possibilita que tais equipamentos processem os dados de forma automática, sem intervenção humana, gerando relatórios e bases de dados valiosos para a tomada de decisões e gestão do agronegócio.

Sob o prisma da economia global, calcula-se que o impacto da *IoT* poderá corresponder entre 4% a 11% do PIB do planeta em 2025, ou seja, entre 3,9 e 11,1 trilhões de dólares (BNDES, 2017a), sendo estimado que parcela considerável desses valores seja capturada pelas economias emergentes, tais como a brasileira³.

Nessa conjuntura, com vistas a financiar a implementação da *IoT* em setores estratégicos para o desenvolvimento sustentável e competitivo da economia nacional, entre eles o agronegócio, o governo brasileiro, por meio de parceria com o BNDES (Banco

¹ Doutoranda em Direito Público pela UNISINOS, Pesquisadora bolsista e Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde – UniRV.

² Doutorando em Direito pela UniCEUB e Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde – UniRV.

³ Estima-se que até 2025, a *IoT* terá um impacto econômico maior que a robótica avançada, as tecnologias *cloud* e até mesmo a internet móvel. O impacto esperado no Brasil é da ordem de US\$ 50 a 200 bilhões por ano, o que representa cerca de 10% do nosso PIB. (BNDES, 2018)

Nacional de Desenvolvimento) realizou um diagnóstico para elaboração de um plano ação para o Brasil, que servirá de base para elaboração do Plano Nacional de Internet das Coisas.

Isto porque, seja em razão da dinâmica e interdependência dos negócios na atual sociedade altamente globalizada, seja em virtude do avanço exponencial das novas tecnologias, é fundamental que o governo brasileiro defina uma estratégia ágil e precisa para implementação e governança da ‘Internet das Coisas’ no País, de modo a se apropriar das oportunidades de transformação, e não se tornar vítima do processo disruptivo em curso⁴.

Assim, o presente estudo se propôs a debater qual o papel do Poder Público no processo de implementação da *IoT* no Brasil, bem como os limites legais e repercussões do exercício da função reguladora estatal nesse contexto de revolução digital, sugerindo-se, ao final, um modelo de governança para a ‘Internet das Coisas’ que leve em consideração o contexto local.

2. A ‘Internet das Coisas’ aplicada ao agronegócio

De acordo Buranello (2011), o investimento em tecnologias que estimulem padrões sustentáveis de produção, armazenamento e comércio do agronegócio, assegurando a criação de valor na cadeia produtiva, o aumento da produtividade, a manutenção de postos de trabalho e o respeito ao meio ambiente, bem como que permitam uma gestão estratégica e integrada para o desenvolvimento sustentável do agronegócio brasileiro é essencial.

No tocante à sustentabilidade relacionada à agricultura, cumpre destacar o compromisso assumido pelo Brasil junto à Organização das Nações Unidas (ONU), no ano de 2015, para alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS)⁵. Entre os 17 ODS, ao menos 5 (cinco) se ocupam da questão, com especial destaque para os Objetivos 2 (Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e *promover a agricultura sustentável*) e 12 (*Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis*).

Com o desiderato de alcançar o objetivo consistente na promoção da agricultura sustentável, os países que compõem a Assembleia Geral da ONU estabeleceram algumas metas específicas, das quais cabe registrar, para os propósitos deste trabalho, as seguintes:

- Até 2030, garantir sistemas sustentáveis de produção de alimentos e implementar práticas agrícolas resilientes, que aumentem a produtividade e a produção,

⁴ Isto porque, consoante leciona Manuel Castells (2014, s.p.), nos momentos de grandes mudanças tecnológicas: “pessoas, empresas e instituições sentem a profundidade das mudanças, mas costumam ser derrotadas por elas, por pura ignorância dos seus efeitos.”

⁵In ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conheca-os-novos-17-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-da-onu/>>. Acesso em: 4 de ago de 2017.

que ajudem a manter os ecossistemas, que fortaleçam a capacidade de adaptação às mudanças climáticas, às condições meteorológicas extremas, secas, inundações e outros desastres, e que melhorem progressivamente a qualidade da terra e do solo;

- Até 2020, manter a diversidade genética de sementes, plantas cultivadas, animais de criação e domesticados e suas respectivas espécies selvagens, inclusive por meio de bancos de sementes e plantas diversificados e bem geridos em nível nacional, regional e internacional, e garantir o acesso e a repartição justa e equitativa dos benefícios decorrentes da utilização dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados, como acordado internacionalmente;

- Aumentar o investimento, inclusive via o reforço da cooperação internacional, em infraestrutura rural, pesquisa e extensão de serviços agrícolas, desenvolvimento de tecnologia, e os bancos de genes de plantas e animais, para aumentar a capacidade de produção agrícola nos países em desenvolvimento, em particular nos países menos desenvolvidos;

Com efeito, a implementação das novas tecnologias por meio de políticas públicas adequadas, notadamente no que respeita à implantação da *IoT* no setor do agronegócio, possibilitará a geração de empregos mais qualificados, o aumento da produtividade no campo, a expansão das barreiras de exportação, maior segurança alimentar e o aproveitamento sustentável dos recursos naturais, resultando no cumprimento da função socioambiental da propriedade rural⁶, fator determinante para que o agronegócio brasileiro se desenvolva de forma sustentável.

Tal fato porque a ‘Internet das Coisas’, incorporada aos processos de produção no campo, proporciona a transmissão dos dados gerados pelas máquinas e dispositivos via internet para as nuvens, formando um grande banco de dados das operações agroindustriais (plantio, irrigação, colheita, dados climáticos e hidrológicos, produção, armazenamento, entre outros) e dos recursos naturais, facilitando, agilizando e melhorando a qualidade das decisões.

Com vistas a fomentar a implementação da *IoT* em setores estratégicos para o desenvolvimento sustentável e competitivo da economia nacional, entre eles o agronegócio, o governo brasileiro, por meio de parceria com o BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento) realizou um diagnóstico para elaboração de um plano de ação para o Brasil.

O levantamento realizado por intermédio da supracitada parceria entre o governo brasileiro e o BNDES detectou os principais obstáculos e desafios à adoção da tecnologia da ‘Internet das Coisas’ no campo, dos quais destacamos os seguintes (BNDES, 2017a):

⁶ A função socioambiental da terra, obrigação de índole constitucional, consiste em “imputar ao objeto da propriedade um destino determinado, compatível com o interesse social no uso racional do solo e dos recursos naturais renováveis com o melhor desenvolvimento a atividade agrícola” (BURANELLO, 2013, p. 201).

- alto custo do investimento;
- falta de mão-de-obra qualificada em IoT no campo;
- problemas de conectividade das propriedades rurais com a nuvem;
- fragilidade da legislação de proteção de dados no Brasil; e
- existência de sistemas distintos de cadastro de imóveis Fundiário rurais geridos por diferentes órgãos.

De fato, um dos entraves à disseminação do uso das novas tecnologias no Brasil é a elevada taxa de juros de investimento rural (8,75% ao ano) se comparada à taxa Selic (6,5% ao ano), o que, de acordo com representantes de produtores rurais no País, tem impedido os investimentos necessários em infraestrutura e tecnologia e, inclusive, afastado alguns deles da atividade agropecuária, interferindo na economia e na geração de emprego e renda.⁷

Há que se considerar, ademais, a atual crise político-institucional brasileira entre os desafios a serem transpostos para implementação das novas tecnologias no setor agroindustrial brasileiro, cuja projeção é de permanência de um contexto de incertezas para 2018, impactando os níveis de confiança para investimentos no Brasil.

Entretanto, malgrado as barreiras mapeadas pelo estudo em questão, o próprio plano de ação para implementação da tecnologia da 'Internet das Coisas' no Brasil propõe iniciativas para enfrentar os obstáculos e estimular o uso e o desenvolvimento das soluções de *IoT* no ambiente rural brasileiro, tais como:

- políticas públicas para redução do custo das taxas de investimento rural;
- ampliação da mão de obra qualificada em *IoT* no campo, por meio do fortalecimento e da ampliação de cursos de inovação existentes nas redes públicas e privadas de educação técnica e de nível superior, bem como da aproximação entre universidade e setor produtivo;
- melhoria da infraestrutura de conectividade nas fazendas;
- regulação nacional quanto ao uso da tecnologia de *IoT*;
- monitoramento contínuo e participativo do Plano de *IoT*; e
- viabilização de instrumentos de fomento para impulsionar a adoção e o lançamento de novas soluções desenvolvidas nas redes de inovação no mercado (isenções fiscais, subsídios diretos para compras de novas soluções, entre outros).

Desse modo, uma vez superadas as dificuldades de implementação do Plano de *IoT* no segmento do agronegócio brasileiro, espera-se otimizar o uso de equipamentos e maquinário no ambiente rural; aumentar o volume e a acuracidade das informações no monitoramento meteorológico; de peso e alimentação dos animais, de produtividade; de ativos biológicos e pragas; gerir e utilizar de forma mais eficiente os recursos naturais e

⁷ Conforme discurso de abertura do presidente da Cooperativa Agroindustrial dos Produtores Rurais do Sudoeste Goiano (COMIGO), Antonio Chavaglia, durante a abertura da 17ª edição da TECNOSHOW COMIGO, ocorrida no dia 09/04/2018, em Rio Verde (GO).

os insumos; e, finalmente, aumentar a produtividade e a qualidade da produção rural brasileira⁸.

Em adição, e como consequência da implantação bem-sucedida da tecnologia de ‘Internet das Coisas’ no campo, acredita-se que haverá espaço para a exportação de soluções tecnológicas desenvolvidas pelas “agrotechs” (ou *startups* de agronegócio) brasileiras (BNDES, 2017a).

Ocorre que, para que o uso da tecnologia de *IoT* se dissemine nas fazendas e agroindústrias brasileiras, há que se definir um modelo de governança que seja eficiente e adequado ao contexto nacional, a partir de uma visão de longo prazo.

3. Modelo de governança para implantação da IoT no Brasil

Consoante a definição encontrada no relatório da Comissão sobre Governança Global (1996): “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 contexto de implantação da *IoT*, a governança pode ser traduzida como “o conjunto de estruturas e instituições relacionadas ao desenvolvimento de *IoT* no Brasil e os atores relevantes responsáveis pela coordenação de temas de *IoT*” (BNDES, 2018, p. 24), fundamental para o engajamento dos diversos atores envolvidos no mencionado projeto (Plano de ação para implementação da tecnologia da ‘Internet das Coisas’ no Brasil).

A esse respeito, cumpre assinalar que os principais modelos de atuação do Poder Público na governança de *IoT* adotados no mundo até o momento são os seguintes (BNDES, 2018):

- a) papel ativo do Poder Público, por meio de investimentos, iniciativas de regulação (em geral consolidadas em um Plano Nacional), seleção de áreas prioritárias para implantação e desenvolvimento da citada tecnologia, criação de alianças institucionais e parceiras internacionais. Este foi o modelo utilizado pela Alemanha, Japão e China, entre outros⁹.
- b) papel moderado do Poder Público, que atua como formador do ecossistema de *IoT* e incentivador da inovação. Neste modelo, o investimento estatal é limitado

⁸ Por exemplo, a tecnologia de *IoT* pode ser empregada na análise das condições do solo, por meio de sensores conectados à internet que analisam as propriedades do solo, permitindo o plantio inteligente de sementes e a aplicação otimizada de insumos e defensivos agrícolas, de acordo com os dados processados automaticamente.

⁹ Neste modelo, a estrutura de governança é mais formal, em geral composta por uma Assembleia Geral ou Conselho Executivo (que toma as decisões executivas); um Conselho Consultivo (que fornece conhecimento técnico especializado para apoiar a tomada de decisões executivas) e Grupos de Trabalho ou Comitês (que são divididos em razão da temática e elaboram projetos e desenvolvem recomendações).

e o Poder Público se concentra na coordenação das ações dos diversos atores envolvidos (empresas, startups, universidades, agências de inovação), alavancando mecanismos pré-existentes (por exemplo, programas de fomento; parcerias entre setor privado e academia, etc.). Reino Unido e Suécia adotaram o referido modelo.

- c) papel reduzido do Poder Público, modelo utilizado pelos Estados Unidos e pela Índia. Neste modelo, o Estado é responsável pela elaboração de diretrizes específicas e por investimentos em áreas selecionadas, difundindo melhores práticas e viabilizando a competitividade e a abertura de mercados.

Logo, verifica-se que o modelo de atuação do Estado na implantação e no desenvolvimento da 'Internet das Coisas' varia, podendo o envolvimento estatal ser mais ou menos intenso. Portanto, o grau de participação do Poder Público na governança de *IoT* deverá ser definido de acordo com os objetivos estratégico e os respectivos contexto político e econômico de cada país, não sendo recomendada a 'importação' pura e simples de um modelo estrangeiro.

Nesse sentido, como resultado do diagnóstico realizado pelo Governo Federal brasileiro em parceria com o BNDES foram mapeados os seguintes desafios relacionados à governança: (i) Como assegurar a cooperação e comprometimento entre o governo, universidades e empresas? (ii) Como aumentar a participação do Brasil em alianças internacionais de *IoT*? (iii) Qual o modelo de governança adequado para garantir o envolvimento ativo dos principais atores e para discutir aspectos específicos de cada ambiente sem que essas interações sejam repetitivas? (BNDES, 2018).

Seja qual for o modelo de governança adotado para gerir a *IoT*, é essencial o fortalecimento do ecossistema de *IoT*, o estímulo à inovação, às *startups* e à redução dos riscos da inovação, por meio da celebração de contratos com o setor público, de incentivos fiscais, da aproximação de atores, de promoção de uma cultura empreendedora e do investimento na formação das pessoas (capital humano)¹⁰ (BNDES, 2017b).

No Brasil, embora existam normas sobre segurança da informação em vigor, ante a ausência de uma entidade ou órgão multissetorial (*multistakeholder*) de coordenação, não é possível a identificação de uma governança entre os diversos atores envolvidos na implementação da 'Internet das Coisas' (quais sejam, Poder Público, iniciativa privada, universidades, associações, instituições estrangeiras, autoridades públicas no exterior e sociedade civil).

Diante desse cenário, sugere-se, na linha do proposto no capítulo regulatório do

¹⁰ A esse respeito, conforme já mencionado (item 2), um dos maiores desafios a serem enfrentados para o sucesso da implantação da tecnologia da 'Internet das Coisas' no Brasil é justamente a ampliação da mão de obra qualificada, o que exige não apenas investimento na formação e capacitação de pessoas, mas sobretudo na formulação de políticas públicas que incentivem a interação entre as universidades e o setor produtivo, facilitem o acesso e o uso de tecnologias de automação e propiciem a vinculação entre a capacidade dos trabalhadores e as oportunidades de emprego oriundas das novas tecnologias.

Plano de Ação para implantação da IoT no Brasil (BNDES, 2017b), a designação ou criação de um órgão ligado ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações¹¹ ou ao Ministério da Justiça¹², a exemplo de um conselho permanente multissetorial de segurança da informação¹³ (BNDES, 2017b), e, posteriormente, de uma agência reguladora¹⁴ no âmbito da Administração Pública Federal, com independência para atuar nas funções de coordenar a regulação e fiscalizar a segurança da informação e a proteção de dados no País a longo prazo.

É de relevo destacar entre os pontos positivos do modelo baseado na criação de um conselho multissetorial, cuja atuação poderia se dar de forma complementar à do Gabinete de Segurança da Institucional da Presidência da República (focado na defesa da informação no âmbito exclusivo da Administração Pública), a abertura à participação colaborativa entre órgãos do Poder Público, do setor privado, das universidades e da sociedade civil, a criação de mecanismos de respostas céleres e técnicas, bem como a desnecessidade de ampliação significativa da máquina pública (BNDES, 2017b).

A agência reguladora, por seu turno, deverá ser competente para atuar “com a gestão de risco, prevenção de incidentes, programas de educação, cooperação internacional, bem como para elaborar diretrizes de boas práticas com foco na iniciativa privada, certificação de dispositivos e definição de critérios mínimos de segurança” (BNDES, 2017b, p. 51).

A supramencionada proposta de modelo de governança de *IoT* para o Brasil é orientada para a transparência da atuação governamental e, ademais de estar afinada com o desenho constitucional¹⁵ regulatório do País, acomoda a atual fase do Estado Regulador brasileiro, na qual o Poder Público “não é capaz de planejar, financiar e executar, isoladamente, todos os investimentos estratégicos necessários para o desenvolvimento do país” (GUERRA, 2014, p. 28), sendo imprescindível envolver outros atores para viabilizar as políticas públicas relacionadas à implantação e ao desenvolvimento das novas tecnologias no país.

Desse modo, uma vez apresentados os principais modelos de governança de *IoT* adotados no mundo e sugeridas as diretrizes para a instituição de um modelo de

¹¹ A Política Nacional de Segurança da Informação em processo de elaboração, que se encontra descrita no documento base da Estratégia Brasileira para a Transformação Digital, publicado pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, prevê o Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República como órgão central, posição esta reforçada pela Estratégia de Segurança da Informação e Comunicações e da Segurança Cibernética da Administração Pública Federal do Brasil para 2015-2018 (BRASIL, 2015).

¹² Que já possui certa experiência na condução de comitês multissetoriais, como é o caso do Conselho Nacional de Combate à Pirataria.

¹³ Este conselho seria composto por estrutura adequada “para a proteção da segurança da informação, incluindo no contexto do desenvolvimento de *IoT*, e para a coordenação da cooperação entre os órgãos e entidades do Poder Público” (BNDES, 2017b, p. 50)

¹⁴ Cujas natureza jurídica é de autarquia especial vinculada ao Poder Público central.

¹⁵ Art. 174 da Constituição Federal de 1988: “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.” (BRASIL, 1988).

governança adequado para assegurar o envolvimento ativo do Poder Público, do setor privado, das universidades e da sociedade civil no País, passa-se ao debate sobre algumas questões regulatórias sensíveis para a implantação da ‘Internet das Coisas’ no Brasil, em especial relacionadas à setor de telecomunicações, à segurança da informação e à privacidade e à proteção de dados pessoais.

4. Aspectos regulatórios quanto ao uso da tecnologia de IoT no Brasil: fragilidades e perspectivas

Inobstante as inovações tecnológicas promovidas pela atual revolução digital não sejam ilegais, carecem de regulação justamente pelo fato de serem disruptivas. Em suma, o sistema de produção de normas jurídicas é demasiadamente lento para acompanhar a velocidade, a complexidade e a profundidade das mudanças promovidas na sociedade da informação¹⁶.

No Brasil, são inúmeros os desafios regulatórios relacionados ao desenvolvimento do ecossistema de *IoT*, desde aspectos ambientais até questões de natureza fiscal – como, por exemplo, os conflitos de impostos resultantes da mobilidade característica da ‘Internet das Coisas’ e da confusão sobre a natureza de seus produtos – se bens ou serviços.

Todavia, merecem maior destaque neste estudo os debates acerca da regulação do setor de telecomunicações e da indefinição legal quanto aos parâmetros de segurança, à privacidade e à propriedade dos dados processados por *IoT*.

Nesse diapasão, como fruto do diagnóstico realizado por intermédio da parceria engendrada entre o Governo Federal brasileiro e o BNDES detectaram-se os seguintes desafios regulatórios a serem superados para uma adequada implantação e regular desenvolvimento e expansão da tecnologia da ‘Internet das Coisas’ no País (BNDES, 2018):

- necessidade de revisão do atual conceito de comunicação *M2M* (*machine-to-machine*, ou máquina a máquina, em português) ¹⁷, essencial para o funcionamento de inúmeras funcionalidades da *IoT*¹⁸¹⁹;
- alteração do quadro regulatório de telecomunicações para viabilizar o

¹⁶ Terminologia que emergiu no final do Século XX, em razão da intensificação no processo de globalização resultante do advento de novas tecnologias, a exemplo da internet.

¹⁷ Tecnologia que possibilita a transmissão de dados a um sistema através de um dispositivo remoto conectado a uma máquina.

¹⁸ O Decreto nº 8.234/2014 definiu, em seu artigo 1º, que “são considerados sistemas de comunicação máquina a máquina os dispositivos que, sem intervenção humana, utilizem redes de telecomunicações para transmitir dados a aplicações remotas com o objetivo de monitorar, medir e controlar o próprio dispositivo, o ambiente ao seu redor ou sistemas de dados a ele conectados por meio dessas redes.” (BRASIL, 2014)

¹⁹ O problema se releva justamente no fato de que muitos dispositivos dependem de algum nível de interação com o usuário (ser humano) para seu adequado funcionamento. Portanto, os sistemas M2M são predominantemente automatizados, mas não estão absolutamente livres de intervenção dos usuários. (BNDES, 2017b)

investimento na ampliação de rede no Brasil²⁰;

- revisão dos requisitos técnicos previstos na regulamentação para avaliar a conformidade de equipamentos de radiocomunicação restrita, de modo a evitar barreiras de entrada a tecnologias específicas;
- do modelo arrecadatório do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (FISTEL) para comunicações *M2M*.

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

Diante desse cenário, um dos principais obstáculos a serem suplantados pelo Brasil para o desenvolvimento da tecnologia da ‘Internet das Coisas’ é a ausência de um marco legal sobre proteção de dados pessoais que lide com a complexidade e as nuances do hodierno contexto tecnológico, capaz de trazer segurança jurídica à sociedade digital. Nesse passo, consoante leciona Sérgio Guerra (2014, p. 26), vale assinalar que compete ao Poder Público, na condição regulador preconizada pela Constituição Federal de 1988: “formular políticas públicas visando, cumulativamente, regular a competitividade nos mercados e promover o bem comum da sociedade”, sendo a dignidade da pessoa humana a meta maior da atividade estatal reguladora.

O fato de o Brasil não possuir uma legislação específica para a proteção de dados pessoais, resulta na defesa difusa, setorial e pouco eficiente da privacidade de usuários de internet por diversos órgãos simultaneamente, como a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), os Procons e o Ministério Público.

Atualmente existem três projetos de leis em trâmite no Congresso Nacional relacionados à proteção de dados pessoais, quais sejam (BNDES, 2017b):

- (i) Projeto de Lei nº 5.276/2016, de iniciativa da Presidência da República, que prevê genericamente a criação de órgão competente para a adoção de políticas de conscientização e garantia de proteção de dados pessoais, sem, contudo, apresentar sua vinculação, composição e orçamento. O PL em apreço inclui, ainda, a instituição de um Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais, essencialmente consultivo e composto majoritariamente por representantes do governo. Ou seja, a participação de representantes da sociedade civil e da iniciativa privada é restrita.
- (ii) Projeto de Lei nº 330/2013, de iniciativa do Senado Federal e emendado pela Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, que prevê a existência de órgão que terá competências relacionadas à normatização, fiscalização e sanção relacionadas à coleta,

²⁰ Projeto de Lei Complementar n.º 79/2016 para alteração da Lei Geral de Telecomunicações.

tratamento e uso de dados pessoais. O PL não indica, contudo, o desenho, a composição e o orçamento dessa autoridade competente (e não poderia fazê-lo, sob o risco de incorrer em inconstitucionalidade). Contudo, menciona de forma expressa a possibilidade de outras autoridades competentes atuarem na fiscalização e no cumprimento das regras sobre privacidade e proteção de dados pessoais, de modo a criar sistema similar ao Norte-americano.

- (iii) Por fim, o Projeto de Lei nº 4.060/2012, de autoria do Deputado Federal Milton Monti (PR/SP), que embora não preveja a existência de uma Autoridade Central, dispõe sobre a possibilidade de ser instituído Conselho de Auto-regulamentação destinado a elaborar diretrizes para o tratamento de dados pessoais.

Nessa seara, é fundamental consignar que o desenvolvimento seguro, transparente e sustentável de aplicações da ‘Internet das Coisas’ no país requer uma proteção à privacidade de dados pessoais que seja ampla e vigorosa, tanto no setor privado quanto no setor público.

Outrossim, a implantação da ‘Internet das Coisas’ no Brasil gera repercussões regulatórias no tocante à segurança da informação, em especial, relacionadas à prevenção dos riscos sistêmicos de ataques externos e de vulnerabilidades dos dispositivos de *IoT* e à estruturação de um modelo de governança que seja capaz de lidar com questões de segurança da informação que ultrapassam as fronteiras do País, assim como de estimular a cooperação entre a Poder Público, as universidades, a iniciativa privada, as autoridades internacionais e estrangeiras e a sociedade civil (BNDES, 2017b).

Notadamente quanto aos aspectos regulatórios e desafios jurídicos no ambiente rural, devem ser salientadas outras duas questões regulatórias que impactam diretamente o uso da tecnologia de *IoT* no campo, quais sejam, a regulamentação para a utilização de drones em aplicações *IoT* rurais e as disputas relacionadas à propriedade e à proteção dos dados gerados pelas soluções de ‘Internet das Coisas’ no ambiente rural (BNDES, 2017b).

A tal respeito, é necessário o aprofundamento dos debates para alinhamento com os principais atores interessados sobre qual o melhor regime jurídico para a propriedade e proteção dos dados rurais (dados não-pessoais), que carregam informações estratégicas não somente para os produtores, mas também para o Governo Brasileiro e para autoridades e instituições internacionais, uma vez que o agronegócio é responsável por parcela considerável do PIB brasileiro, tendo grande parte de seus produtos (*commodities* agropecuárias) comercializados no exterior.

5. Considerações finais

A revolução digital em curso é um fenômeno disruptivo, na medida em que seus impactos promoverão uma transformação rápida, profunda, complexa e, segundo especialistas, jamais vista na humanidade. As mudanças resultantes da Revolução 4.0 alcançarão todos os setores econômicos e serão marcadas pela emergência de novos modelos de negócio, pela descontinuidade de certas atividades e pela reformulação dos

modos de produção, de consumo, de comércio e de trabalho.

Para que o agronegócio brasileiro mantenha os níveis de crescimento é fundamental que as novas tecnologias resultantes da mencionada revolução sejam incorporadas aos processos de produção no campo.

Nesse cenário de inovação, a ‘Internet das Coisas’, que consiste numa infraestrutura global baseada nas tecnologias de informação e comunicação que permite serviços avançados de coleta e tratamento de dados por meio da interconexão entre coisas físicas e virtuais, está entre as tecnologias já acessíveis para melhoria da produtividade no campo, prevenção de riscos e uso sustentável dos recursos naturais.

Consoante constatado ao longo da pesquisa, as aplicações de *IoT* no segmento rural têm potencial de trazer importantes ganhos de produtividade, melhoria do controle fitossanitário das exportações e redução de custos com insumos, ampliando a competitividade das *commodities* agropecuárias brasileiras no cenário internacional, além da possibilidade de exportação de soluções de *IoT* para países com climas tropicais.

O Governo brasileiro, a fim de aproveitar a janela de oportunidades criada pelas novas tecnologias, desenvolveu, em parceria com o BNDES, um plano de ação para implantação e expansão da *IoT* no Brasil. O aludido plano de ação, resultado do engajamento de diversos atores público e privados, de universidades e da sociedade civil, consolidou uma visão estratégica sobre a ‘Internet das Coisas’ no país, com vistas a financiar a implementação da *IoT* para a promoção do desenvolvimento sustentável e competitivo da economia nacional, e servirá de base para elaboração do Plano Nacional de Internet das Coisas.

Adicionalmente, verificou-se a existência de inúmeros desafios regulatórios relacionados ao desenvolvimento do ecossistema de *IoT* no Brasil, que vão desde aspectos ambientais e tributários, até debates de maior importância conjuntural, como as necessidades de revisão da regulação do setor de telecomunicações, de prevenção de riscos sistêmicos de ataques externos e de vulnerabilidades dos dispositivos de *IoT* (questões de segurança da informação que ultrapassam as fronteiras do país), e de criação de um marco legal para assegurar a privacidade e a proteção dos dados processados por meio das aplicações de *IoT*.

Por fim, cumpre frisar que, por meio do diagnóstico da realidade brasileira, bem como da análise de diversos modelos de governança utilizados para implantação de *IoT* até o momento, constatou-se que os contornos institucionais do país sugerem a adoção de um modelo de governança para a ‘Internet das Coisas’ em que o Poder Público exerça papel moderado, atuando como formador do ecossistema de *IoT*, coordenador das ações dos diversos atores envolvidos e incentivador da inovação.

Referências

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO (BNDES). **Relatório do Plano de Ação e Iniciativas e Projetos Mobilizadores 2017**. Novembro de 2017a.

- Disponível em: <http://www.ipdeletron.org.br/wwwroot/pdf-publicacoes/39/relatorio_final_planodeacao_produto_8.pdf>. Acesso em: 15 de mar. de 2018.
- BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO (BNDES). **Relatório do Plano de Ação: capítulo regulatório**. Novembro de 2017b. Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/wcm/connect/site/f9582d36-4355-4638-b931-e2e53af5e456/8B-relatorio-final-plano-de-acao-produto-ambiente-regulatorio.pdf?MOD=AJPERES&CVID=m7tyLs1>>. Acesso em: 15 de mar. de 2018.
- BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO (BNDES). **Relatório Final do Estudo**. Janeiro de 2018. Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/wcm/connect/site/d22e7598-55f5-4ed5-b9e5-543d1e5c6dec/produto-9A-relatorio-final-estudo-de-iot.pdf?MOD=AJPERES&CVID=m5WVild>>. Acesso em: 18 de mar. de 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.
- BRASIL. Presidência da República. Gabinete de Segurança Institucional. **Estratégia de Segurança da Informação e Comunicações e da Segurança Cibernética da Administração Pública Federal do Brasil para 2015-2018**: versão 1.0 / Gabinete de Segurança Institucional, Secretaria-Executiva, Departamento de Segurança da Informação e Comunicações. Brasília: Presidência da República, 2015.
- BRASIL. Decreto n.º 8.234, de 2 de maio de 2014. **Regulamenta o art. 38 da Lei n.º 12.715, de 17 de setembro de 2012**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/D8234.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.
- BURANELLO, R. **Manual do direito do agronegócio**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BURANELLO, R. M. **Sistema privado de financiamento do agronegócio: regime jurídico**. 2. ed. rev. atual e ampl. - São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- CASTELLS, Manuel. **The Impact of the Internet on Society**: a global perspective. MIT Technology Review, 8 set. 2014. Disponível em: <<http://technologyreview.com/view/530566/the-impact-of-the-internet-on-society-a-global-perspective/>>.
- COMISSÃO SOBRE GOVERNANÇA GLOBAL. **Nossa comunidade global**. Relatório da Comissão sobre governança global. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1996.
- GUERRA, Sérgio (Org). **Regulação no Brasil**: uma visão multidisciplinar. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conheca-os-novos-17-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-da-onu/>>. Acesso em: 4 de ago de 2017.
- SCHWAB, K. A quarta revolução industrial. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

THE EUROPEAN COOPERATIVE SOCIETY: LIGHTS AND SHADES

Carmen José López Rodríguez¹
Ignacio López López²

1. Introduction

The idea of a European statute for companies formed under the cooperative formula emerged outside the institutional sphere, within the cooperative movements of the 1960s and 1970s; Although the initial version of the Treaty of Rome already explicitly recognises cooperatives as part of the European concept of «civil or commercial law», it was not until the 1980s that Community bodies really began to take account of the cooperative phenomenon and its role in the development of territories. Decisions such as the Resolution of the European Parliament of 13 April 1983 on the co-operative movement in the European Community highlight the social value of co-operative economic and entrepreneurial activities and urge the Community to encourage the cooperative formula as an organisation where it is likely to adapt successfully to the objectives of Community policy. In this conviction, and following the precedent of other corporate instruments at Community level such as the European Company Statute, Council Regulation (EC) N° 1435/2003 of 22 July 2003 on the Statute for a European Cooperative Society (SCE) was approved as a mechanism for eliminating the legal and administrative difficulties that cannot be overcome in a market without frontiers.

Fifteen years after the adoption of the aforementioned Regulation, the fact is that the European Cooperative Society has not had a significant impact on its number to date, having been, to date, an almost residual corporate formula in the reality of Community company law.

The following sections will analyse this corporate formula, its background, configuration, the experience gained to date, as well as its perspectives and those aspects that may have prevented the European Cooperative Society from having a greater impact.

2. European company law

In general terms, company law is defined as «the law of the grouping of persons, constituted by negotiation for the promotion of a common purpose»³. In other words, this right brings together all the rules governing the different types of company under which the law provides that natural or legal persons may be organized for the realization of the corporate purpose itself.

In view of this, the importance of this discipline and of this legislative work for the achievement of the objectives set out in the objectives of the Treaty establishing the

¹ Researcher at Centro de Estudios Cooperativos – University of Santiago de Compostela

² Lawyer

³ ALONSO (2004), p. 31.

European Community is clear, by removing the obstacles «of a fiscal and material nature arising from the existence of disparate legal systems within the Community»⁴, This is considered by the majority doctrine, which agrees on the need to generate a homogeneous framework for the actions of operators in the market, a corporate governance framework for European companies, investors and workers.

In this respect, it should be noted that most Community initiatives in the field of company law are based on the recognition of the freedom of establishment enshrined in the Treaty establishing the European Community⁵, which expressly mandates the Council to regulate it, by means of directives, in accordance with the procedure laid down in Article 251 and after consulting the Economic and Social Committee, in order to achieve this freedom.

Thus, while the main legal instrument for carrying out this purpose is the Community Directive in accordance with the procedure and particularities of Article 251 of the Treaty establishing the European Community (ex Article 294), it is important to stress that the creation or recognition of supranational company structures and operations in the internal market will be carried out through another legal instrument: the Community Regulation.

It is precisely the latter formula that is used to regulate and create this type of entity, an instrument regulated by Article 308 of the Treaty establishing the European Union (former Article 352), which is based on two essential assumptions⁶:

- That the specific action or regulation is necessarily
- The powers provided for in the Treaty are inadequate

The Community Regulation was used for the creation and regulation of the three strictly European company forms whose legislative development has been completed to date:

1.- European Economic Interest Grouping (EEIG)

Council Regulation (EEC) N° 2137/85 was the first to establish a company statute at European level through the regulation of European Economic Interest Groupings (EEIGs). The European Economic Interest Grouping is designed to carry out activities ancillary to the economic activities of its members and has legal capacity. It offers any company of a Member State the possibility of cooperating with companies or natural persons of other Member States in pursuit of a common objective and of sharing the profits obtained between its members.

2.- European Company (SE)

After thirty years of negotiations, in 2001 the Council finally adopted the two legislative instruments necessary for the creation of a European company, namely

⁴ GARCÍA (1994), p. 935.

⁵ Article 44, which in turn is ex Article 50.

⁶ MARTÍNEZ (2008), p. 249.

Regulation (EC) N° 2157/2001 on the Statute for a European company and Directive 2001/86/EC supplementing the Statute for a European company with regard to the involvement of employees.

This instrument allows a company to be incorporated in the territory of the Union in the form of a European Company (SE).

3.- European Cooperative Society (SCE)

Two years later, Regulation (EC) N° 1435/2003 on the Statute for a European Cooperative Society (SCE) was adopted, which established a genuine separate legal status for SCEs. Allowing the creation of a cooperative by individuals resident in different Member States or even by public or private legal entities subject to the laws of different Member States. As in the case of the European Company, Directive 2003/72/EC supplements this statute with regard to employee participation in order to ensure that the creation of an SCE does not lead to the disappearance or reduction of existing practices of employee involvement in the undertakings participating in the creation of such an SCE.

The rise of the unifying aspect of European Company Law, as evidenced by the adoption of the above-mentioned regulations, did not, under any circumstances, prevent the continuation of the harmonising work in the field of company law through the legislative instrument of the Directive⁷, as this was an original formula for legislative cooperation between the Community and the Member States which had been conceived, mainly to create a material equivalence of the legal effects derived from each national system, while also respecting the established distribution of powers⁸.

Recently, Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on certain aspects of company law has become a kind of partial codification of European Union company law, providing for measures relating to the guarantees required of companies within the meaning of Article 54(2) of the Treaty as regards the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital. Also with regard to disclosure, the validity of obligations entered into by, and the invalidity of, stock companies and limited liability companies, and disclosure requirements in relation to branches set up in a Member State by certain types of company subject to the laws of another State. Also, and finally, in respect of mergers of public limited liability companies, cross-border mergers of limited liability companies and divisions of public limited liability companies⁹.

⁷ In the field of commercial law, it is worth highlighting the regulation through directives in areas such as the protection of the interests and rights of shareholders, the rules on takeover bids for public limited companies and the communication of information on branches, mergers and divisions, minimum standards for private limited liability companies, financial reporting and accounting, quicker and easier access to company information and certain disclosure requirements imposed on companies.

⁸ MARTÍNEZ (2008), p. 250.

⁹ Specifically, Directive (EU) 2017/1132 includes the codification of the following Directives: the Sixth Council Directive of 17 December 1982 based on Article 54(3)(g) of the Treaty concerning the division of public limited liability companies (82/891/EEC); the Eleventh Council

An approximation of European company law cannot be concluded without highlighting the importance of the case law of the European Court of Justice in this area, which, although not a source of European law in its own right, has allowed it to be defined by such relevant judgments as the «Centres», «Überseering» or «Inspire Art» judgments¹⁰.

As can be seen from the above, it is striking how, despite accepted and consolidated criteria, the process of formation of European Company Law today has been characterised by an irregular trajectory, characterised by significant periods of paralysis and blockage¹¹. At present, the blockade of the European Private Company¹² as a means of transnational organisation of small and medium-sized enterprises is still unresolved and the future of other new legal entities in the social economy, such as the European mutual society, the European association or the European foundation, seems uncertain.

3. Regulation (ec) n° 1435/2003

a) Background: The origins of the Regulation

The idea of a European statute for companies set up under the cooperative formula emerged outside the institutional sphere, within the cooperative movements of the 1960s and 1970s, following the completion of the study commissioned by COGEA (General Committee for Agricultural Cooperation of the EEC) from the working group led by J. Lockart, which had been entrusted with comparing the different legislations on agricultural cooperatives¹³.

This is not surprising, since although the initial version of the Treaty of Rome already explicitly recognises cooperatives¹⁴ as part of the European concept of «civil or

Directive of 21 December 1989 concerning disclosure requirements in respect of branches opened in a Member State by certain types of company governed by the law of another State (89/666/EEC); Directive 2005/56/EC on cross-border mergers of limited liability companies; Directive 2009/101/EC on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 48 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent; Directive 2011/35/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 concerning mergers of public limited liability companies; Directive 2012/30/EU on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 54 TFEU, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent.

¹⁰ EMBID (2013), P. 317.

¹¹ EMBID (2013), p. 306.

¹² Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European private company {SEC(2008) 2098} {SEC(2008) 2099} /* COM/2008/0396 final - CNS 2008/0130 */

¹³ PASTOR (2001), pp. 181–200.

¹⁴ Article 48 (Article III-142)

«(1) Companies formed in accordance with the law of a Member State and having their registered office, central administration or principal place of business within the Union shall, for the purposes of applying the provisions of this Chapter, be treated in the same way as natural persons who are nationals of the Member States.
(2) Companies and firms means companies and firms governed by civil or commercial law, including cooperative societies, and other legal persons governed by public or private law, with

commercial law» companies¹⁵ it was not until the 1980s that Community bodies really began to take account of the phenomenon of cooperatives that the European Parliament first referred to this type of entity and its role in the development of territories:

1.- Resolution of the European Parliament of 13 April 1983 on the cooperative movement in the European Community¹⁶.

This resolution, which follows on from the debate initiated following the report on the cooperative movement in the European Community (Doc. 1-849/82) presented by Mr Mihr on behalf of the Committee on Economic and Monetary Affairs (oral question Doc. 1-36/83), contains the following agreements:

- The desirability of recognising European associations of cooperative organisations by the European Community as permanent partners on economic and social issues and that, as such, they should be consulted more frequently in the future, including a specific mandate for the Commission to take the first step in this direction by calling on such associations to coordinate their views and present them collectively.

- To consider the social value of cooperative economic and entrepreneurial activities to be indisputable and therefore to urge the Community to encourage the cooperative formula as an organisation where it is likely to adapt successfully to the objectives of Community policy and provided that health, efficiency and fair competition are not jeopardised.

- Recommend that the Commission investigate the activities being developed by manufacturing and craft cooperatives and consider what measures taken by the Community could facilitate the re-establishment of cooperatives and the conversion of enterprises threatened by crisis into cooperatives.

- To ask the Commission to make use of the wide range of experiences of cooperatives and their associations in the implementation of Community regional policy and development policy by including representatives of cooperatives in this task and in the preparation of individual projects.

- To urge the Commission also to investigate whether special programmes should be drawn up, both for regions of the Community threatened by crises and for the development of cooperative schemes in countries signatory to the Lomé Convention¹⁷

the exception of those which do not pursue a profit-making aim.»

¹⁵ It is worth noting the importance of this recognition at the time, given that, although it is not currently a subject of considerable controversy, this issue was the subject of contradictory doctrinal positions. On this aspect, see Girón (1976).

¹⁶ DO C 128 of 16.05.1983.

¹⁷ The Lomé Convention was a trade and cooperation agreement between the European Union and the ACP countries - African, Caribbean and Pacific States - signed in Lomé (Togo) between 1975 and 1995 to establish a system of economic cooperation and aid between the EU and the former colonies of the United Kingdom (Commonwealth), France and Belgium, not only in Africa but also in the Caribbean and Oceania. This agreement allowed the main ACP agricultural and mining products to be exported to the European Union duty-free.

which promote the establishment of cooperatives in certain production and service sectors.

- To request the Commission to investigate the possibilities of providing cooperatives or their associations with material and technical assistance for their training, capacity building and promotion functions, as well as of making those Community instruments and funds available provided that they do not enjoy privileged access compared to other small and medium-sized enterprises.

- To request the Commission to launch a study to investigate cooperative structures and the conditions for their existence, as well as the working conditions of cooperative organisations in the individual Member States of the Community.

2. - Resolution of the European Parliament of 9 July 1987 on the contribution of cooperatives to regional development¹⁸.

Among the contents of the resolution, the following appraisals stand out, which will contribute to the community's support for this corporate formula:

- The characteristics of cooperative activity make it possible to respond adequately to the priority objective of making economic growth create more jobs and to the need to devise new guidelines for the Community's regional policy¹⁹.

- The desirability of promoting economic relations at regional, national and Community level, especially trade between cooperatives.

- The effectiveness of cooperatives in generating economies of scale and social progress that contribute to the development of the less favoured regions of the EEC. Highlighting the stability of the jobs generated by these types of companies in situations of recession.

- The contribution of cooperative activity to regional cohesion, the development of democratic behaviour and the strengthening of interest in the community.

- The lack of a strategy that does justice to their possibilities and the fact that practices, legal provisions and laws concerning the granting of credit in certain sectors for the promotion of the development of cooperatives are insufficient.

- The need for local, national and European bodies to promote and support cooperatives and, in practical terms, to set up a Community programme to disseminate the Community ideal in less developed areas²⁰.

¹⁸ DO C 246 of 14.09.1987.

¹⁹ In this sense, Parliament understands that "cooperatives can make a decisive contribution, especially in regions with weaker economies, by creating and preserving jobs, diverse socio-economic infrastructures and secondary and tertiary activities, so that profits are reinvested in the places where they are produced, thus preventing the exodus of people from depressed regions".

²⁰ The express reference to the fact that this programme is included in the framework of the implementation of Community funds should be stressed.

- The need for the Council and the Commission to draw up a European code for cooperatives to harmonise the relevant national legal provisions.

3. - Resolution of the European Parliament of 26 May 1989 on the role of women in cooperatives and local job creation initiatives²¹.

In this resolution, a series of instructions and mandates are given to the Commission, the Economic and Social Committee and the authorities of the Member States themselves with a view, in particular, to the participation of women in organisations on equal terms, both in terms of their access to membership and in their participation in decision-making bodies within the cooperative and in organisations representing this type of company.

4. - Resolution of the European Parliament of 11 February 1994 on the contribution of cooperatives to regional development²².

For the purposes of this Communication, the following conclusions should be highlighted:

- To consider Community action necessary to facilitate the access of co-operative enterprises to the Internal Market by equating them with other forms of entrepreneurial activity through the removal of legal and economic barriers, in order to effectively safeguard equal opportunities.

- Reiterate the urgency of having an alternative and optional legal form to facilitate transnational operations of cooperative enterprises and urge the Council to adopt rapidly, taking into account the requirements of the Parliament, its common position on the Statutes of the European Association, the European Cooperative Society and the European Mutual Society.

- Reiterate the need to develop at Community level a specific financial mechanism to facilitate the raising of capital by cooperative enterprises in view of the new needs arising from the opening of borders and the financing of transnational operations.

- To highlight the leading role that the cooperative sector plays in regional development, not only as a factor in the creation and maintenance of employment but also in relation to broader functions than merely economic ones.

5. - Resolution of the European Parliament of 18 September 1998 on the role of cooperatives in the growth of female employment²³.

In this resolution, as he had already done, he once again emphasised the role that cooperatives play in national and local economic realities and considered that cooperatives, «thanks to their participatory functioning and their capacity to adapt», could promote female employment in quantitative and qualitative terms in the service sector. Addressing to the Commission and to the Member States themselves a series of

²¹ DO C 158 of 26.06.1989.

²² DO C 61 of 28.02.1994.

²³ DO C 313 of 12.10.1998.

mandates for the implementation of initiatives to promote cooperativism and the social economy, including the creation of a context or legal framework that favours the organisation of the social economy, including cooperatives.

In addition to the numerous resolutions of the European Parliament, a brief reference to the Communication from the Commission to the Council on social economy enterprises and the completion of the internal market without frontiers, SEC(89), 2187 final of 18.12, complements the background to the Regulation.1989, as this was the document that explicitly highlighted the need to harmonise certain national provisions, avoiding global harmonisation and opting for a European statute for mergers and holding companies in the social economy and the creation of a common market without frontiers', thus outlining the prospects for 1992.

The latter document, together with the contribution of the European cooperative associations, enabled the Commission to present in March 1992 the draft regulations on the statutes of the European Association (EA), the European Cooperative Society (hereinafter SCE) and the European Mutual Societies (ME)²⁴.

Finally, on 22 July 2003, two years after the adoption of the European Company Statute (SE) and after a period of lethargy, the European Cooperative Society (SCE) Regulation was adopted.

b) Characteristics of the regulation of the European Cooperative Society in Regulation N° 1435/2003

The aim of Regulation (EC) N° 1435/2003 on the Statute for a European Cooperative Society (SCE) is to create a new company structure in addition to those provided for in national legal systems and meeting the needs of European integration²⁵.

The Statute for a European Cooperative Society is clearly influenced by Regulation (EC) N°. 2157/2001, of 8 October 2001, adopting the Statute for a European Company (SE), this influence is of major importance in view of the fact that many provisions of the Statute for a European Cooperative Society are a replica of those contained in the Statute for a European Company²⁶.

Initially, the internal structure of the organisation of cooperatives was based on principles with a social connotation, although the regulation contained in Regulation (EC) N° 1435/2003 seeks to increase their economic performance and enhance the expansion of European Cooperative Societies²⁷.

However, it should be noted that Regulation (EC) N° 1435/2003 has created the impression that it is a piecemeal rule, this conclusion being drawn from its Article 8,

²⁴ PASTOR (2009), pp. 118 – 119.

²⁵ This is explained in the 12th preambular paragraph of the Regulation: "The creation of a Europe-wide legal form for cooperatives, based on common principles but taking account of their specific characteristics, must enable them to operate outside their national borders, in all or part of the territory of the Community".

²⁶ PANIAGUA (2007), p. 20.

²⁷ APOSTOLOS (2006), pp. 55 – 56.

which specifies that the European Cooperative Society shall be governed:

1) By the provisions of Regulation (EC) N° 1435/2003;

2) Where expressly authorised by the Regulation, by the provisions of the statutes of the European Cooperative Society in respect of matters not covered by the Regulation or, in the case of matters covered only in part, in respect of aspects not covered by the Regulation:

i) legislation adopted by the Member States in implementation of Community measures specifically relating to this type of company,

ii) by the laws of the Member States which apply to a cooperative society formed in accordance with the law of the Member State in which it has its registered office,

iii) by the provisions of the statutes, under the same conditions as those which apply to cooperative societies constituted in accordance with the law of the Member State in which the European Cooperative Society has its registered office.

As far as its constitution is concerned, it should be recalled that the European Cooperative Society is, to date, the only legal form of business organisation in the European Union that can be constituted by natural persons who do not have the status of entrepreneurs²⁸.

The fact is that, although it is not easy to extract some inherent characteristics of all European Cooperative Societies, due to the great importance of national legislation and the multitude of references to it, it is necessary to refer to the main provisions of Regulation (EC) N° 1435/2003 as regards the configuration of the very essence of the European Cooperative Society:

a) Corporate purpose

According to Article 1(3) of the Regulation: "The main object of the SCE shall be to meet the needs and promote the economic and social activities of its members, in particular by concluding agreements with them for the supply of goods or services or for the execution of works in the course of the activity which the SCE carries on or has carried on. An SCE may also have as its object the satisfaction of the needs of its members by

²⁸ Article 3(1) of the Regulation: "The SCE may be set up:
by at least five natural persons residing in at least two Member States,
by at least five natural persons and companies or firms within the meaning of the second paragraph of Article 48 of the Treaty, and other legal entities governed by public or private law, set up under the law of a Member State, which are resident or governed by the law of at least two Member States,

by companies or firms within the meaning of the second paragraph of Article 48 of the Treaty and other legal entities governed by public or private law formed under the law of a Member State and governed by the law of at least two Member States,

by a merger of cooperatives formed in accordance with the laws of a Member State and having their registered office and central administration in the Community, if at least two of them are governed by the laws of different Member States, by conversion of a cooperative society formed in accordance with the law of a Member State and having its registered office and central administration in the Community, provided that it has had an establishment or a subsidiary governed by the law of another Member State for at least two years.»

promoting their participation in economic activities in the manner referred to above in one or more national SCEs or cooperative societies. An SCE may carry on its business through a subsidiary.

Thus, although the Regulation does not contain a definition of the European Cooperative Society, the specific nature of its purpose contributes to defining its own identity²⁹.

b) Share Capital

Article 1(2) of the Regulation establishes the variable nature of the Share Capital of the European Cooperative Society: «The subscribed capital of an SCE shall be divided into shares. The number of members and the capital of the SCE shall be variable».

The subscribed capital, which may not be less than EUR 30 000, shall be divided into shares which may be sold or transferred under the conditions laid down in the statutes of the entity concerned and with the agreement of the general meeting or the management or administrative organ.

c) Administration or government

In accordance with Article 36 of the Regulation, the European Cooperative Society shall consist of a general meeting and a body responsible for the management of the entity, for which purpose a choice may be made between two systems:

- Dual system: consisting of a control body and a management body
- Monistic system: Integrated by a single administrative body

At this point, the influence of the European Company regime on the European Cooperative Society is once again evident, since the study of its organs, the design of which is entirely in keeping with the structure of a corporate society, although informed by co-operative principles³⁰, shows that most of the precepts responsible for regulating the legal regime of its management systems appear to be practically identical to those regulating the same issue in the European Company.

4. The report from the Commission to the European Parliament dated 23 february 2012

Article 79 of Regulation (EC) N° 1435/2003 contained a review clause: «No later than five years after the entry into force of this Regulation, the Commission shall submit to the European Parliament and the Council a report on its application, together with proposals for amendments if appropriate».

In fulfilment of this explicit mandate, on 23 February 2012 the Commission presented a report which took into account, in addition to an external study commissioned by the Commission's Directorate-General for Enterprise and Industry³¹,

²⁹ FICI (2014), pp. 41 – 43.

³⁰ MARTÍNEZ SEGOVIA, 2003, p. 349.

³¹ Study on the implementation of Regulation (EC) N° 1435/2003 on the Statute for

the results of a public consultation on the data and recommendations provided by the same study.

For the purposes of this communication, three of the most relevant points of this report are set out below:

a) Implementation of the Statute for a European Cooperative Society

The study reveals that in November 2011, there were only 24 European co-operative societies registered: 'five in Italy; seven in Slovakia; one in France, Liechtenstein, the Netherlands, Spain and Sweden; three in Hungary; two in Germany and two in Belgium'. However, it should be noted that while the European Co-operative Society Regulation was supposed to have entered into force in 2006, the vast majority of Member States failed to meet this deadline³².

b) Positive factors affecting the formation of a European Co-operative Society

The consultation led to the conclusion that, for cooperatives and professional organisations, the most important advantage of setting up an entity in this corporate form is to project a European image that could help the founders of the cooperative to penetrate markets where a European brand is easier to market than a national brand.

Some organisations also argue that the right to form a European Co-operative Society is an advantage for members of the co-operative, as it allows them to emphasise their membership of the co-operative movement in general when they want to open a subsidiary in another country or establish a joint venture on a cross-border basis.

Thus, these circumstances show that the European Cooperative Society Statute has an important symbolic character for market actors, as it improves the profile of enterprises operating in the social economy.

However, when asked about the possible advantages, it becomes clear that in reality, stakeholders do not see their supranational character as a possible advantage when making cross-border structural changes in a cluster. Only large financial cooperatives and mutual insurance companies are interested in this feature and consider it useful for the reorganisation and simplification of their group structure.

The possibility of transferring the registered office to another Member State is not considered to be a real comparative advantage over domestic firms.

The public consultation also asked the interested parties whether they considered the possibility of setting up such an entity to carry out a cross-border merger to be positive, but none of the respondents considered this to be an important incentive. The

a European Cooperative Society (SCE). Summary and part I: synthesis and comparative report and part II: national reports.

³² As of December 2011, three Member States had not yet taken the necessary measures to ensure the effective implementation of the Regulation.

same applies to the possibility of transforming a national cooperative into a European Cooperative Society.

c) Negative factors affecting the establishment of a European Cooperative Society

The consultation with stakeholders has revealed a number of problems concerning the implementation of the European Co-operative Society Regulation, both with regard to its constitution and its management:

- Lack of knowledge of this type of society on the part of the business community.
- Significant creation costs.
- The complexity of the procedures to be followed, mainly due to the numerous references to national legislation.
- Legal uncertainty as to the law applicable in each case.
- High amount of the minimum capital, fixed at 30,000 euros.
- Some respondents also pointed to the complexity of the rules on employee involvement, as well as their disproportionate nature when they affect only a few employees³³.

d) Reasons for the relative lack of success of the SCE Statute

Respondents to the consultation have identified as one of the main reasons the fact that companies that choose to operate as cooperatives are often well established in their local territory, and that the overwhelming majority of cooperatives are small enterprises operating within national borders.

- Increased knowledge by co-operatives of their own national laws.
- Excessive delay in implementing the Regulation.
- Again, the complexity of the instrument is pointed out as a major obstacle to the success of the European Co-operative Society.
- Lack of real advantages for co-operatives³⁴.

Of all the responses received, there is unanimity among stakeholders that the SCE Regulation is in urgent need of simplification, both to make it attractive to large companies and small entities.

5. Conclusions

The experience of Community corporate legislative work has generally revealed a

³³ In this connection, it should be noted that the workers' organisations did not, however, point to any problems in this area.

³⁴ It is significant that, up to the date of the report, none of the large cooperative groupings operating or planning to operate at European level had made use of the European Cooperative Society formula.

number of shortcomings or problems in achieving the objectives set³⁵:

- Deficiencies in the basis and concepts of the harmonizing task.
- Resistance of Member States to the incorporation of elements that are often outside their own legal tradition.
- Lack of agility in the decision-making process
- The risk of regulatory petrification, which runs up against the rapidity of globalisation processes and the necessary continuous adaptation and dynamism of the markets.

In particular, in the case of Regulation (EC) N° 1435/2003, some authors have pointed out that a more flexible and undesigned instrument, mainly for the grouping of cooperatives of a certain size, would have had more practical effects³⁶.

In any case, in addition to the fact that this instrument appears to be more targeted at entities of a significant size, there are other reasons that could justify the low impact of the European Cooperative Society, including the very complexity of the Regulation and the fundamental role played by national legislation in its regulation, as well as the absence of a specific and common tax treatment of all of them³⁷.

The common rules for the European Co-operative Society have been moved within a framework of minimums which imply, as some authors have pointed out³⁸, that the European Co-operative Society is only partly a European legal form. According to some scholars, the Statute for a European Cooperative Society has missed the opportunity to achieve a unified company law favourable to freedom of establishment³⁹.

Thus, although the concept of cooperatives is well known in the European Union, the fact is that the laws governing cooperatives in the different national systems are very different and the absence of appropriate legislation may be an obstacle to achieving the integrating and unifying results is not yet the case⁴⁰.

In particular, there are more than 100 references to national legislation in Regulation (EC) N° 1435/2003, in addition to the general provision contained in Article 8(1), which significantly reduces the scope of the matter covered by the Regulation.

In any event, it is important to highlight the symbolic and even political value of Regulation (EC) N° 1435/2003 in promoting cooperativism and, consequently, a pluralistic market made up of operators with different purposes and, specifically, of non-profit organisations at Community level. In this respect, the Regulation emphasises the

³⁵ MARTÍNEZ (2008), p. 261.

³⁶ FICI (20014), pp. 10 – 11.

³⁷ The Statute for a European Cooperative Society does not regulate taxation, as it is governed by the laws of the country in which the company has its seat. Thus, the taxation of cooperative income and corporation tax, the taxation of profits or surpluses in the hands of cooperative members and the taxation of irretrievable reserves continue to vary from country to country.

³⁸ PANIAGUA (2007), p. 20.

³⁹ ÁLVAREZ (2007), pp. 29 – 47.

⁴⁰ APOSTOLOS (2006), pp. 54 – 55.

need to ensure a level playing field for cooperatives vis-à-vis other forms of enterprise⁴¹.

Bibliography:

- ALFONSO SÁNCHEZ, R.: 'El desarrollo normativo de la sociedad cooperativa europea: propuestas de implantación', *Jado*, 4(2), 2006, pp. 11–52.
- ALONSO ESPINOSA, F.: *Curso Fundamental de Derecho mercantil*, 2004.
- ÁLVAREZ PÉREZ, M.: 'Nuevas perspectivas de la libertad de establecimiento en los Estados de la Unión Europea, en particular para las sociedades', *Noticias de la Unión Europea*, (265), 2007, pp. 27–48.
- ANTONIO ZENNA, F.: 'La Sociedad Cooperativa Europea, una ocasión perdida para la armonización y creación de un Derecho Comunitario Unitario: los problemas de implantación del Estatuto en España', *Anales de derecho*, (26), 2008, pp. 649–666.
- APOSTOLOS, I.: 'Sociedad cooperativa europea: problemática de implantación en los Estados miembros', *Jado*, 4(2), 2006, pp. 53–66.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: 'Sociedad cooperativa europea: aspectos de derecho internacional privado', in *La Unión Europea ante el derecho de la globalización*. 1st edn. Editorial Constitución y Leyes, COLEX, 2008, pp. 87–120.
- EMBID IRUJO, J. M.: 'Pasado, presente y futuro del derecho europeo de sociedades', *Ius et Praxis*, 19(1), 2013, pp. 303–328.
- ENCISO SANTOCILDES, M., ETXANIZ BARRONDO, A. y MUGARRA ELORRIAGA, A.: 'Across Boundaries: european cooperative societies. Study cases', *Tendencias*, 2012, pp. 228–240.
- FICI, A.: "La Sociedad Cooperativa Europea: cuestiones y perspectivas", *CIRIEC - España. Revista jurídica de economía social y cooperativa*, (25), 2014, pp. 69–122.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: 'Consideraciones en torno a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de sociedades', in *Estudios de Derecho bancario y bursátil : homenaje a Evelio Verdura y Tuells*. 1st edn. Wolters Kluwer, 1994 pp. 935–978.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, D. F.: 'La armonización del derecho societario europeo en el siglo XXI: un análisis sistemático desde la integración uniforme de las fuentes comunitarias', *Revista de derecho de sociedades*, (30), 2008, pp. 239–278.
- MARTÍNEZ SEGOVIA, F. J.: 'Primera aproximación al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea', *REVESCO*, (36), 2004 pp. 61–106.
- PANIAGUA ZURERA, M.: 'El estatuto de la sociedad cooperativa europea: el problema de su aplicación en España', *La sociedad cooperativa*, (34), 2007, pp. 19–23.
- PASTOR SEMPERE, M. del C.: 'La sociedad cooperativa europea', *REVESCO*, (74), 2001, pp. 181–200.
- PASTOR SEMPERE, M. del C.: 'La sociedad cooperativa europea domiciliada en España', *REVESCO*, (97), 2009, pp. 117–144.
- ROJO SALGADO, A.: "La cooperación transfronteriza y sus consecuencias hacia la reestructuración territorial en Europa", en *Investigaciones regionales: Journal of Regional Research*, ISSN 1695-7253, N.º. 18, 2010, págs. 141-154

⁴¹ FICCI (2014), p. 12.

A CARTA SOCIAL EUROPEIA E A PROTEÇÃO MULTINÍVEL AO DIREITO À RENDA SUFICIENTE PARA VIDA DIGNA EM PORTUGAL E ESPANHA

Tayane Martins Mady¹

Thiago Santos Rocha²

1. Introdução

Evocar direitos humanos em uma perspectiva multinível é o mesmo que pactuar-se a promover-los em múltiplos níveis pois, ao contrário, estará predestinado a glorificar-se apenas de seu caráter formal em detrimento da busca em impedir e repreender suas constantes violações.

Com a consolidação da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e o aumento da integração dos países membros da União Europeia (UE), surgiu a expressão “proteção multinível de direitos humanos”, a qual se refere à interação entre os diversos tribunais em diferentes níveis.³

Dentro desta esfera de proteção de direitos humanos, cada Estado Parte se obriga àquele tratado internacional assumido ou ratificado de maneira diferenciada daqueles que somente criam obrigações recíprocas entre os Estados, pois tem como objetivo a proteção dos indivíduos.⁴

Por sua vez, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, ratificada por Espanha e Portugal, traz a base do direito internacional, ao obrigar as partes a cumprir de boa fé todo tratado em vigor por elas ratificado (artigo 26), não podendo invocar as disposições de seu direito interno como justificativa para não cumprimento de um tratado (artigo 27).

A fim de fortalecer a efetividade da responsabilidade do Estado por violações de direitos humanos, foram erigidos sistemas regionais de proteção (americano, europeu e africano) e global, este sob a direção das Nações Unidas, e que, embora possuam tribunais e tratados internacionais próprios ratificados pelos países membros, coexistem e interagem em benefício dos indivíduos protegidos.⁵

Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, assim como o global, liderado pelas Nações Unidas, embora possuam seus próprios tribunais e tratados internacionais, foram instituídos com a finalidade de fortificar a eficácia da

¹ Mestranda em Direito e Ciência Jurídica, na especialidade de Direito Internacional, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogada especialista em Bioética, Direitos Humanos e em Direito Processual. E-mail: tayane.martins.mady@gmail.com.

² Mestrando em Direito e Ciência Jurídica, na especialidade de Direitos Fundamentais, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador do Mestrado em Proteção Jurídica a Pessoas e Grupos Vulneráveis da Universidade de Oviedo. E-mail: tsrocha@gmail.com.

³ PIATTONI (2009), p. 166-170.

⁴ MAUÉS (2013), p. 226.

⁵ PIOVESAN (2004), p. 21.

responsabilidade do Estado pelo incumprimento de suas normas no que diz respeito aos direitos humanos, os quais coexistem e interagem com vistas a beneficiar os indivíduos.⁶

Nesse contexto, além de se destacar a indivisibilidade dos direitos humanos, não cabe defender a relação entre o direito interno e os tratados internacionais de direitos humanos com viés estritamente hierárquico,⁷ e menos ainda a existência de hierarquia entre os diversos tratados internacionais.

Partindo dessa premissa, os órgãos nacionais não podem ignorar, no âmbito do direito interno, o impacto das decisões tomadas pelos órgãos internacionais, sob pena de permanente inadimplência do Estado perante a comunidade internacional.⁸

É neste cenário que se desenvolve o presente trabalho, analisando o direito à renda suficiente para a vida digna, tal qual amparado pelo artigo 13§1 da Carta Social Europeia (CSE), considerando o tratado que resultou em sua versão original (1961), os Protocolos Adicionais (1988, 1991 e 1995) e a Carta Social Europeia Revista (1996).

Adotou-se método dedutivo de abordagem. Foi realizada revisão de literatura, análise do texto normativo de tratados internacionais pertinentes, bem como de jurisprudência do CEDS e de tribunais internos de Portugal e Espanha sobre as normas pertinentes.

O estudo investiga as similitudes e as diferenças entre Portugal e Espanha quanto à ratificação dos dispositivos da CSE, apontando as consequências disto para as possíveis formas de proteção pelo Comitê Europeu dos Direitos Sociais (CEDS).

Quanto ao âmbito interno da proteção multinível, analisa-se também a aplicação dos direitos decorrentes da CSE pelos tribunais nacionais, enfatizando a posição hierárquica dos tratados ratificados em cada um dos ordenamentos jurídicos estudados, bem como a importância do controle de convencionalidade.

2. A Carta Social Europeia no contexto da proteção internacional a direitos humanos

Ao se analisar a proteção dos direitos humanos em Portugal e Espanha, é importante destacar que tais países são signatários de diferentes tratados internacionais sobre o tema, os quais não necessariamente tratam dos mesmos direitos ou estão submetidos aos mesmos órgãos e mecanismos de tutela.

A partir de sua Assembleia Geral, as Nações Unidas aprovaram, em 1966, dois de seus principais tratados sobre direitos humanos: o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP). Ambos foram assinados e ratificados por Espanha e Portugal.

⁶ *Ibid.*

⁷ BOGDANDY (2008), p. 397-413.

⁸ MAUÉS (2013), p. 229.

Para monitoramento dos direitos previstos no PIDESC, foi estabelecido em 1985 o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC). Adicionalmente ao tradicional sistema de relatórios, o Protocolo Facultativo do PIDESC, aprovado em 2008 e em vigor a partir de 05 de maio de 2013, também firmado e ratificado por Espanha e Portugal, atribui ao CDESC a competência para receber e analisar reclamações individuais sobre violação dos direitos tutelados pelo PIDESC.⁹

Especificamente entre os países europeus, a CEDH, em vigor a partir de 1953, ocupa-se dos direitos civis e políticos. Por sua vez, a CSE, cuja versão original data de 1961, em vigor a partir de 1965, ocupa-se dos direitos econômicos, sociais e culturais, sendo considerada por parte da doutrina como o mais importante documento sobre o tema.¹⁰ A complementariedade entre tais documentos é nítida não apenas pelo caráter indivisível dos direitos humanos, mas também pelo fato de a própria CEDH reconhecer direitos de aspecto social, tais como a proibição à escravidão e ao trabalho forçado (artigo 4) e a liberdade de reunião e associação (artigo 11).

Ambos documentos foram adotados pelo Conselho da Europa (*Council of Europe*), organização de 1949 e, portanto, mais antiga que a UE, originada a partir do Tratado de Roma de 1957, e que não se confunde com esta ou com qualquer de seus órgãos, como, por exemplo, o Conselho Europeu (*European Council*).

Esta diferenciação é de extrema relevância para o escopo deste trabalho por um motivo bastante particular: o órgão competente para emanar a jurisprudência. Isto porque a CEDH, e os direitos nela previstos, encontram-se sujeitos à jurisdição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), enquanto a CSE se encontra sob proteção do CEDS. Ainda que não se possa negar o caráter de direitos humanos aos dispositivos na CSE, e se reconheça em âmbito doutrinário a indivisibilidade entre os direitos humanos, o TEDH não possui competência jurídica para decidir questões com fundamento jurídico exclusivo em normas que, tais como as da CSE, sejam alheias à CEDH.

No mesmo sentido, não é pertinente realizar pleitos perante o TJUE exclusivamente fundados em dispositivos da CSE, haja vista que a referido Tribunal compete apreciar temas do Direito Comunitário, ou seja, do ordenamento jurídico da UE, do qual não faz parte a CSE, instrumento jurídico emergente do Conselho da Europa.

Ainda que todos os Estados que compõem a UE também formem parte do Conselho da Europa, a recíproca não é verdadeira. Os sistemas jurídicos instituídos por tais organismos são formalmente independentes e não se confundem, o que também não significa afirmar que sejam necessariamente divergentes.

Conforme já referido, há 03 protocolos adicionais que alteram o texto original da CSE: a) o primeiro, de 1988, que acrescentou quatro direitos; b) o segundo, de 1991, que

⁹ UNITED NATIONS. HUMAN RIGHTS. OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER (2014)

¹⁰ SALCEDO BELTRÁN (2015), p. 7.

altera alguns dispositivos da CSE com objetivo de melhorar o funcionamento do mecanismo de controle; e c) o terceiro, de 1995, que criou o mecanismo de reclamações coletivas. Para ordenar as alterações promovidas, em 1996 foi aprovada a CSE Revista.

É importante destacar que Espanha firmou e ratificou integralmente o primeiro protocolo, ao qual Portugal aderiu ao firmar a CSE Revista. Ambos países firmaram e ratificaram o segundo que, embora não esteja formalmente em vigor, posto que isto ficou condicionado à ratificação de todos os Estados Partes, já é parcialmente aplicado a partir da decisão do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, emanada em sua 467^a reunião, de dezembro de 1991. Já o terceiro protocolo, assinado e ratificado por Portugal, sequer foi assinado por Espanha. Quanto à CSE Revista, embora firmada por Portugal e Espanha, já foi ratificada por aquele, mas não por este.¹¹

A CSE Revista configura o mais reconhecido documento de direitos sociais europeu, com um conjunto de 31 direitos na sua parte I, cujo conteúdo aparece com maior detalhamento na parte II, sobre matérias como direitos laborais; direito à saúde, assistência médica e segurança social; proteção de grupos vulneráveis, como por exemplo a pobreza; e direito à habitação.

A aplicação dos direitos previstos na CSE está sujeita a mecanismos expostos na parte V da CSE Revista, quais sejam, a obrigação de a aplicação dos direitos ser realizada sem qualquer discriminação, controle da proporcionalidade de medidas restritivas e cláusula de não-regressão.

Há uma tendente harmonização entre os níveis e interpretações dos diversos direitos consagrados nos instrumentos jurídicos do Direito Comunitário com aqueles emanados do Conselho da Europa. O próprio preâmbulo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia reafirma a importância dos direitos previstos na CSE.¹²

Em outras palavras, embora a UE não se encontre formalmente vinculada à CSE, esta tem-se revestido de relevância na interpretação do Direito Comunitário originário e derivado por via do artigo 151 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e da própria atividade interpretativa do TJUE. Assim, ainda que a UE não tenha subscrito a CSE, não se pode negar que tal documento goza de força vinculante, ainda que por via reflexa, sobre o Direito Comunitário, em um ambiente de crescente justiciabilidade dos direitos sociais.¹³ O próprio TEDH já demonstrou, em sua

¹¹ Destaque-se que Espanha denunciou o subparágrafo b do artigo 8, §4 da CSE. Tabela com o status de adesão a cada uma das previsões da CSE se encontra em COUNCIL OF EUROPE, *European Social Charter. Collected texts* (2015), p. 69–78.

¹² Cf. Caso *Sari Kiiski* (C-116/06). Jurisprudência do TJUE que fez apelo ao artigo 8º da CSE, na sua versão revista, como fonte interpretativa das disposições das Diretivas tratadas (Diretiva n. 76/207/EEC, de 9 de fevereiro de 1976, revista pela Diretiva 2002/73/EC, sobre a implementação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no emprego, bem como a Diretiva n. 92/85/EEC sobre a proteção de trabalhadores grávidas, puérperas e lactantes). Semelhante posicionamento fora observado nos casos *Impact* (C-268/06); caso *Comissão v. Alemanha* (C-271/08); caso *Albany* (C-67/96); caso *Viking* (C-438/05).

¹³ MESTRE (2017), p. 85-86.

jurisprudência, que os direitos sociais não podem ser tratados como secundários e desprovidos de justiciabilidade.¹⁴

Nota-se, portanto, uma certa harmonização na proteção dos direitos sociais consagrados na CSE. O TJUE desenvolve ao longo dos anos uma jurisprudência consistente quanto às condições em que se permite ao particular invocar uma provisão de uma diretiva. Nos dias atuais o particular deve poder invocar o cumprimento das obrigações pelo Estado, geralmente por meio dos seus Tribunais, desde que essas obrigações sejam claras, previstas e incondicionais. E este mesmo raciocínio é transposto para a CSE, na medida em que esta constitui uma obrigação vinculante para os Estados subscritores.¹⁵

Destaque-se que, no âmbito da UE, foi assinado, conjuntamente pelo Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão em 17 de novembro de 2017, o Pilar Europeu dos Direitos Sociais. Tal documento visa dar maior eficácia aos direitos sociais, expressos em vinte princípios fundamentais e agrupados em três grandes categorias: igualdade de oportunidades e acesso ao mercado de trabalho; condições de trabalho justas; e proteção e inclusão sociais.¹⁶

Esta harmonização e sinergia entre as normas de direito internacional advindas de diversas fontes é importante inclusive para evitar situações curiosas, como a do governo grego ao postular junto ao CEDS, em audiência pública, condenação de seu próprio país, implicitamente almejando um álibi contra as medidas restritivas estimuladas pela UE.¹⁷

Recentemente foram produzidos pelo Conselho da Europa dois documentos importantes para desenvolvimento e implementação da CSE: o Processo de Turim e o Documento de Bruxelas. Em termos sintéticos, o Processo de Turim, lançado na Convenção de Alto Nível sobre a CSE de outubro de 2014, buscou reafirmar a importância dos direitos contidos na CSE para a efetividade de direitos individuais e políticos, bem como para a coesão social.

Por sua vez, o Documento de Bruxelas trata-se de uma síntese de questões debatidas durante a Conferência “O Futuro da Proteção dos Direitos Sociais na Europa”, realizada na capital belga nos dias 12 e 13 de fevereiro de 2015. Tal documento expõe proposições que visam aperfeiçoar a proteção dos direitos sociais com vistas a conferir maior efetividade à CSE, configurando verdadeiro plano de ação destinado a implementar a resolução tomada no Processo de Turim.

Com tais documentos, reafirma-se o caráter indivisível dos direitos humanos, de maneira que a CSE deve ser lida em conjunto com a CEDH e a Carta dos Direitos

¹⁴ BOTELHO (2017), p. 88-123.

¹⁵ DE SHUTTER (2016)

¹⁶ Cf. COMISSÃO EUROPEIA (2017)

¹⁷ JIMENA QUESADA (2017), p. 28.

Fundamentais da União Europeia, enquanto elementos complementares entre si de um efetivo sistema de proteção.¹⁸

No entanto, mesmo com a congruência no que tange aos direitos humanos sociais, não se pode olvidar a posição secundária que a CSE ainda possui dentro do próprio Conselho da Europa. Isto resta claro pelo fato de que a adesão ao Conselho da Europa esteja sujeita à ratificação da CEDH, mas não à da CSE, de maneira que há países que formam parte do Conselho mas não ratificaram a CSE.¹⁹

3. Os meios de proteção aos direitos da CSE pelo CEDS

O CEDS, anteriormente denominado Comitê de Especialistas, é o órgão máximo encarregado da interpretação, defesa e controle das normas e práticas dos Estados Partes e, mesmo sem caráter jurisdicional, emite conclusões e decisões vinculantes.²⁰ Atualmente é composto por quinze especialistas independentes e imparciais, escolhidos pelo Comitê de Ministros para mandato de duração de até seis anos, prorrogável por uma vez (artigo 25 da CSE).

Considerando que tanto Portugal quanto Espanha ratificaram a versão original da CSE, vinculam-se não apenas às garantias e direitos nela reconhecidos, mas também às interpretações realizadas pelo CEDS, que assume caráter de jurisprudência.²¹

A manifestação do CEDS em relação aos direitos previstos na CSE pode ocorrer por duas formas: a) conclusões, emitidas sobre os relatórios enviados pelos Estados ao CEDS, que deverão ser examinados por este órgão e que serão sujeitos a um conjunto de apreciações; e b) decisões (de admissibilidade ou de fundo), a partir de reclamações coletivas, que permitem a organizações com legitimidade ativa apresentarem queixas quanto à implementação do seu conteúdo nos países signatários mesmo não havendo esgotado as vias jurisdicionais internas.

Conforme já manifestado pelo próprio CEDS em sua jurisprudência, o objetivo da CSE não é defender valores abstratos, mas sim proteger direitos concretos e efetivos.²² O CEDS realiza análise não apenas do âmbito normativo, mas também no que se refere às práticas de cada Estado-Parte. Frise-se que seus sistemas de atuação se retroalimentam, de maneira que as interpretações manifestadas nas decisões de fundo influem nas conclusões, e vice-versa.²³

É importante frisar que a CSE possui, desde sua origem, um mecanismo de adesão bastante peculiar, que permite a cada Estado Parte escolher, no ato da adesão e respeitados certos critérios estabelecidos em sua Parte III, a quais cláusulas adere. Ou

¹⁸ MESTRE (2017), p. 66.

¹⁹ SALCEDO BELTRÁN (2015), p. 7.

²⁰ *Ibid.*, p. 11.

²¹ *Ibid.*, p. 10; JIMENA QUESADA (2017), p. 4.

²² Cf. Reclamação n. 111/2014 (Confederação Grega Geral do Trabalho contra Grécia), parágrafo 248.

²³ JIMENA QUESADA (2017), p. 4.

seja, nem todos os Estados Partes estão obrigados às mesmas disposições. Entretanto, isto não impacta no conteúdo material do direito objeto deste estudo, tendo em vista que tanto Portugal quanto Espanha aderiram não apenas ao artigo 13, mas à íntegra dos dispositivos da CSE de 1961 e de seu Protocolo Adicional de 1988.

O mesmo já não se pode afirmar em relação aos mecanismos de proteção a que se submetem cada um dos Estados analisados. O procedimento de relatórios foi instaurado juntamente com a aprovação da CSE, sendo obrigatório a todos os que ratificaram sua versão original. No entanto, ao passo que Portugal assinou e ratificou o Protocolo Adicional de 1995, que trata do sistema de reclamações coletivas, até a data de conclusão do presente estudo Espanha sequer assinou tal Protocolo. Ademais, a CSE Revista, que permite a adesão ao Protocolo de 1995 inclusive àqueles que não o tenham firmado, encontra-se pendente de ratificação de Espanha, ainda que já a tenha firmado em 2000.²⁴

Anualmente, os Estados Partes elaboram e enviam ao CEDS relatórios sobre um dos quatro grupos de disposições da CSE, por meio dos quais expõem as medidas adotadas pelo Estado para o atendimento dos dispositivos a que aderiu. Desta maneira, a cada ciclo de quatro anos são reportados pelos Estados e analisados pelo CEDS informes relativos à íntegra da CSE. Cópias de tais relatórios são também encaminhadas às organizações sindicais e empresariais, as quais podem apresentar suas observações sobre o conteúdo (artigo 23).

O conjunto desta documentação é analisado no ano seguinte pelo CEDS, o qual se manifesta por meio de uma conclusão sobre a conformidade ou não do Estado em relação às cláusulas aderidas, determinando a adoção de medidas de melhora ou correção, conforme o caso.

O direito objeto deste estudo, previsto no 13§1, compõe o Grupo II (Saúde, Segurança Social e Proteção Social), do qual se ocuparam as conclusões emitidas pelo CEDS em 2017, sobre relatórios do período de 01 de janeiro de 2012 a 31 de dezembro de 2015.

Já os países que ratificaram o Protocolo à CSE de 1995, o qual instituiu o sistema de Reclamações Coletivas, foram divididos em dois grupos em 2014, cada um com a obrigação de apresentar um relatório bianual referente às decisões de não conformidade identificadas no âmbito do mencionado sistema de Reclamações. Em 2015, os oito países que apresentaram seus relatórios foram Bélgica, Bulgária, Finlândia, Grécia, Irlanda, Itália e Portugal.²⁵

As reclamações ao abrigo do Protocolo só podem ser realizadas por determinadas pessoas coletivas, como as organizações nacionais e internacionais de trabalhadores e de empregadores e ONG nacionais e internacionais que cumpram determinados critérios

²⁴ Tabela com o status de assinatura e ratificação da CSE e dos protocolos que a seguiram se encontra em COUNCIL OF EUROPE, *European Social Charter. Collected texts*, p. 66–68.

²⁵ Cf. COUNCIL OF EUROPE (2016), *Follow-up to decisions on the merits of collective complaints*.

(artigo 1). A título de curiosidade, Portugal foi o primeiro país a ser objeto de uma Reclamação Coletiva.²⁶

Destaque-se que o procedimento de reclamação coletiva é marcado pela celeridade, haja vista não ser necessário exaurir previamente as instâncias internas, e pelo seu caráter preventivo, pois pode ser interposto ainda que não iniciados os efeitos negativos da norma ou prática impugnada.²⁷

Uma vez apresentada a reclamação por escrito por uma organização legitimada, e analisada a controvérsia, o CEDS emite uma decisão, com estrutura similar à de uma sentença, na qual se manifesta sobre o direito em questão. Há ainda a possibilidade de que o CEDS, de ofício ou a requerimento da parte, adote medidas imediatas para evitar a produção de dano grave e irreversível (artigo 37 da CSE Revista).

Frise-se que, ao contrário do que ocorre no TEDH, o indivíduo não possui legitimidade ativa para desencadear os mecanismos de controle junto ao CEDS, quer seja pelo sistema de informes quer seja pelo de reclamações coletivas.

4. A aplicação do artigo 13§1 da CSE pelo CEDS em relação a Espanha e Portugal

A Parte I da CSE estabelece os direitos e princípios a serem assegurados pelos Estados Partes, dentre eles, conforme artigo 13, o direito à assistência social e médica a todas pessoas carentes de recursos suficientes para tanto.

Já o artigo 13 da Parte II, que também está entre os dispositivos firmados e ratificados por Espanha e Portugal, detalha os termos pelos quais o direito à assistência social e médica devem ser assegurados. Segundo seu §1, as Partes comprometem-se a “assegurar que qualquer pessoa que não disponha de recursos suficientes e que não esteja em condições de os angariar pelos seus próprios meios ou de os receber de outra fonte, designadamente por prestações resultantes de um regime de segurança social, possa obter uma assistência apropriada e, em caso de doença, os cuidados necessários ao seu estado”.

Como se depreende do seu texto, o artigo 13§1 trata de dois direitos distintos: o direito à assistência social e o direito à assistência médica. Uma vez que o presente trabalho se desenvolve sob a perspectiva do direito à renda para vida digna, a análise se dará sobre o direito à assistência social, e não sobre aspectos que são exclusivos ao direito à assistência médica.

Em sua jurisprudência, o CEDS destacou que o artigo 13 da CSE assegura um direito individual à assistência, ao lado de um direito a recurso judicial. O sistema de assistência deve ser universal, de maneira que os benefícios devem ser acessíveis a todos

²⁶ Reclamação n. 1/1998, da Comissão Internacional dos Juristas, por violação do artigo 7º parágrafo 1 da Carta, que obriga os Estados Partes a proibirem o trabalho de crianças antes de atingida a idade de quinze anos e antes de concluída a escolaridade obrigatória.

²⁷ SALCEDO BELTRÁN (2015), p. 12.

aqueles que deles necessitem. Em outros termos, a necessidade, enquanto impossibilidade de assegurar a subsistência por outros meios, é a condição básica habilitante para que a pessoa afetada possa aceder a um nível de ingresso mínimo capaz de assegurar a dignidade humana.²⁸

No âmbito do sistema de análise de relatórios, em 24/01/2018 o CEDS expediu suas conclusões de 2017, sobre 33 relatórios estaduais acerca dos direitos do Grupo II, quais sejam, os relativos à saúde e segurança no trabalho (artigo 3º), direito à saúde (artigo 11º), direito à segurança social (artigo 12º), direito de assistência social e médica (artigo 13º), direito a serviços de bem-estar (artigo 14º), direito dos idosos para a proteção social (artigo 23º, artigo 4º do Protocolo Adicional) e o direito à proteção contra pobreza e exclusão social (artigo 30º). Dentre as principais conclusões encontra-se o nível inadequado de assistência social pago a pessoas sem recursos e medidas inadequadas tomadas contra a pobreza e exclusão social.²⁹

Em 2017, Portugal recebeu 9 conclusões de conformidade envolvendo os artigos 12, 13 e 30, entre outros, 5 conclusões de não conformidade envolvendo os artigos 12, 12§4 e 13§1, entre outros; e outras 5 conclusões envolvendo o artigo 13, entre outros, em que o CEDS afirma necessitar de mais informações para examinar a situação, as quais poderão ser fornecidas no próximo relatório.

No que interessa ao escopo deste trabalho, o CEDS concluiu que a situação de Portugal não está em conformidade com o artigo 13§1 da CSE sob dois fundamentos: o nível de assistência social pago a uma única pessoa sem recursos é inadequado e os nacionais dos Estados Partes estão sujeitos a um período de residência de um ano para ter direito à assistência social.

Segundo a jurisprudência do CEDS, o nível de assistência social deve assegurar benefícios mensais de assistência, básicos ou adicionais, que não esteja manifestamente abaixo do limiar de pobreza, este definido como 50% do rendimento mediano da população do Estado e calculado com base no valor limiar do risco de pobreza do Gabinete de Estatísticas da União Europeia (Eurostat). No caso de Portugal, este valor seria de 351 Euros para o ano de 2015.³⁰

A partir das informações constantes no Relatório de Portugal, o CEDS nota que pessoas e famílias em situação de grave dificuldade econômica, ameaçadas pela exclusão social, têm direito ao Rendimento Social de Inserção (RSI), sujeito a certas condições. Porém o valor individual do RSI, 178,15 Euros, é muito aquém do limiar de pobreza.³¹ Destaque-se que a insuficiência do nível de assistência social já fora apontada como não

²⁸ JIMENA QUESADA (2017), p. 10.

²⁹ COUNCIL OF EUROPE (2017), Conclusions of the European Committee of Social Rights.

³⁰ COUNCIL OF EUROPE (2017), Conclusions 2017 - Portugal, p. 32.

³¹ *Ibid.*

conformidade pelas Conclusões de 2013, referentes ao período de 01/01/2008 a 31/12/2011.³²

Quanto aos apoios sociais concedidos a cidadãos estrangeiros, o CEDS nota que o RSI, bem como o complemento solidário para idosos, são concedidos a pessoas que residam em Portugal há pelo menos um ou seis anos, respectivamente, o que considera como tempo desproporcional em relação ao objetivo buscado.³³

Em relação ao artigo 30 da CSE Revista, que possui estreita relação com o 13§1 por tratar do direito à proteção contra pobreza e exclusão social, por meio da Conclusão do ciclo 2017, publicada em 24/01/2018, o CEDS tomou nota das informações contidas no relatório apresentado por Portugal, e observou que o país está longe de alcançar o objetivo da Estratégia Europa 2020.³⁴ Afirmou não ser possível combater a pobreza e a exclusão social com um programa de emergência estruturado sobre políticas de refeições sem coerência intrínseca. Recomendou definir e implementar um programa nacional de combate à pobreza, com atenção especial a grupos específicos, como idosos, crianças, pessoas desabrigadas, minorias étnicas e outros.³⁵

O CEDS solicitou que o próximo relatório explique de que modo o enquadramento jurídico, os objetivos estratégicos e as medidas referidas correspondem a uma abordagem global e coordenada com a luta contra a pobreza e a exclusão social. E mais, que sejam fornecidas informações sobre a existência de mecanismos de coordenação para essas medidas, inclusive de que forma tal coordenação é assegurada em relação aos beneficiários individuais de assistência e serviços. Solicitou que contenha dados pormenorizados que demonstrem que os recursos orçamentais afetados ao combate à pobreza e à exclusão social sejam suficientes, tendo em conta a escala do problema em questão.³⁶

Ainda que tenha concluído pela conformidade com o artigo 30, uma vez que as taxas de pobreza em Portugal aumentaram apenas marginalmente, diminuíram no final do período analisado e se mantiveram em nível próximo à média da EU, o CEDS recomendou que Portugal garanta a aplicação efetiva e a supervisão rigorosa dos princípios do tratado, e que tal não seja garantida apenas por legislação.

Em relação a Espanha, em 2017, o CEDS apresentou 11 conclusões de conformidade e 4 conclusões de não conformidade, sobre os direitos do Grupo II por ela subscritos. Dentre as não conformidades se encontra o artigo 13§1, que tutela o direito objeto deste estudo. As conclusões se fundamentam nas informações contidas no relatório apresentado por Espanha, bem como nas informações contidas nos

³² COUNCIL OF EUROPE (2013), Conclusions 2013 - Portugal - Article 13-1.

³³ COUNCIL OF EUROPE (2017), Conclusions 2017 - Portugal, p. 29.

³⁴ Desde o lançamento da Estratégia Europa 2020, o principal instrumento de acompanhamento e avaliação tem sido o Plano Nacional de Reforma, o qual estabelece como objetivo nacional a redução do número de pessoas em situação de pobreza e exclusão social em 200.000 até o ano 2020.

³⁵ COUNCIL OF EUROPE (2017), Conclusions 2017 - Portugal, p. 45-47.

³⁶ *Ibid.*

comentários da Confederação das Uniões Galegas, registrada em 3/10/2017, demonstrando a permanência de situação já apontada nas conclusões de 2013.³⁷

Ao contrário do que se observa em Portugal, onde as políticas do RSI são definidas em âmbito estadual, em Espanha as políticas de benefícios de assistência social estão sob a competência das Comunidades Autônomas (artigo 148.1.20 da Constituição Espanhola). Isto resulta não apenas na ausência de uma política unificada, mas em grande heterogeneidade entre os benefícios, de maneira que cada Comunidade Autônoma possui sua própria política de renda mínima, com valores, critérios de elegibilidade, duração, adesão e extinção específicos.

Há, atualmente, 19 modelos distintos de renda mínima de inserção em Espanha. Diversos estudos criticam esta solução por ser descentralizada, desigual e resultar em cobertura assistencial insuficiente na luta contra pobreza e exclusão social.³⁸

De acordo com as Conclusões XXI-2(2017) do CEDS, Espanha não estão em conformidade com o artigo 13§1 da CSE pelos seguintes fatos: a) os critérios de elegibilidade estão sujeitos a um período mínimo de residência na maioria das Comunidades Autônomas; b) os critérios de elegibilidade estão sujeitos à idade (mínimo 25 anos); c) o período de duração da renda mínima não se relaciona com a persistência da necessidade, mas sim com prazos que operam de maneira independente a ela; e d) o nível de assistência social paga a uma pessoa não é adequado, pois está abaixo do limiar de pobreza (exceto na Comunidade Autónoma do País Vasco).³⁹

Frise-se que o limiar da pobreza adotado pela jurisprudência do CEDS, de acordo com os critérios já expostos acima, em Espanha equivalia a um valor de 556 euros mensais em 2014. As conclusões de 2017, segundo as quais apenas os cidadãos da Comunidade Autónoma do País Vasco teriam tal direito assegurado, indicaram um cenário ainda pior que o das conclusões de 2013, que apontaram que a situação estaria conforme o 13§1 da CSE não apenas em citada Comunidade Autónoma, mas também em Navarra.

Destaque-se que, reafirmando jurisprudência anterior,⁴⁰ o CEDS recorda que as pessoas em situação irregular na Espanha devem ter o direito legalmente reconhecido para a satisfação das necessidades materiais básicas, como comida, roupa, abrigo, em situações de emergência em estado de necessidade urgente e grave. Vislumbrou-se ainda, que o relatório apresentado por Espanha não responde aos questionamentos no que se

³⁷ COUNCIL OF EUROPE, Conclusions XXI-2 - Spain, p. 28–31.

³⁸ GOBIERNO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, Evaluación Socioeconómica del Salario Social en Asturias. Evolución, perfiles, procesos de salida y retorno económico (2017), p. 18; GOBIERNO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, Las Medidas de Incorporación Vinculadas al Salario Social Básico en Asturias. Situación, Evolución y Perspectivas (2017), p. 28.

³⁹ COUNCIL OF EUROPE, Conclusions XXI-2 - Spain, p. 28–31.

⁴⁰ Queixa n. 86/2012, FEANTSA (Federação Europeia das Organizações Nacionais que Trabalham com os Sem-Abrigo) v. Países Baixos, decisão de mérito em 2 de julho de 2014.

refere aos benefícios complementares que seriam pagos a pessoas sem recursos, além do rendimento mínimo garantido, reiterando-a.⁴¹

Frise-se que Espanha não está sujeita a apresentar relatórios e receber conclusões do CEDS sobre o artigo 30 da CSE Revista, haja vista tal dispositivo ter sido introduzido pela revisão de 1996, ainda não ratificada por referido Estado.

No que se refere ao instrumento criado pelo Protocolo de 1995, entre a data de sua entrada (1 de julho de 1998) até o presente, Portugal há sido objeto de algumas reclamações coletivas sobre violações dos mais diversos artigos da Carta,⁴² mas nenhuma versando sobre o direito à renda suficiente para a vida digna.

Sobre a jurisprudência do CEDS a partir de decisão em reclamações coletivas, destaque-se a emitida na Reclamação n. 108/2014 (Sociedade Finlandesa de Direitos Sociais X Finlândia). Em tal situação, após requalificar a reclamação inicialmente formulada como violação aos parágrafos 1 a 3 do artigo 12 da CSE, o CEDS considerou haver violação ao 13§1, uma vez que o nível da ajuda para inserção no mercado laboral era inferior ao requerido pela CSE, pois mesmo combinada com outras prestações litigiosas não resultaria em nível suficiente para assegurar aos beneficiários uma assistência adequada.

Destaque-se que, no caso de Espanha, por não haver firmado o Protocolo Adicional de 1995, nem ratificado a CSE Revista, oportunidade na qual poderia expressamente declarar adesão a referido Protocolo ainda que não o tenha firmado, não é possível a proteção dos direitos por meio de reclamações coletivas ao CEDS. Não obstante, a jurisprudência emitida por este, ao decidir sobre reclamações oriundas de outros Estados, podem ser invocadas como jurisprudência pelos tribunais nacionais de Espanha.⁴³

Em suma, a análise da jurisprudência do CEDS indica que tanto Espanha quanto Portugal encontram-se em situação de não conformidade com o 13§1 da CSE, principalmente pelo fato de que o nível de assistência social a pessoas em situação de necessidade se encontrar em patamar flagrantemente inferior ao limiar da pobreza. Adicionalmente, haja vista que a jurisprudência do CEDS se retroalimenta, é indiferente que tal entendimento provenha do sistema de informes e não do sistema de reclamações coletivas.

⁴¹ COUNCIL OF EUROPE, Conclusions XXI-2 - Spain, p. 28–31.

⁴² Uma delas, por exemplo, é a Reclamação Coletiva n. 61/2010, apresentada pelo Centro Europeu para os Direitos dos Roma - CEDR, decisão datada em 14.12.2015 e publicada em 27.01.2016, em que o Comitê Europeu dos Direitos Sociais declarou que a situação de Portugal não é conforme aos artigos 16º (direito da família à proteção social, jurídica e econômica), 30º (direito à proteção contra a pobreza e exclusão social), 31º (direito à habitação) e E (não discriminação) da Carta Social Europeia Revista. Cf. Council of Europe, Disponível em: <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-61-2010-Assessment-en>

⁴³ SALCEDO BELTRÁN (2014), p. 10.

5. A possibilidade de aplicação direta do artigo 13§1 da CSE pelos tribunais nacionais

No plano internacional, muitas vezes os textos legais são elaborados tendo como sujeito das prerrogativas consagradas não o indivíduo, mas sim o Estado, ao qual cabe implementar o teor das obrigações a que se vinculou. No entanto, em tratados sobre direitos humanos, como é o caso da CSE, a pessoa humana tende a ser a principal destinatária das normas.

A partir do momento em que o Estado ratifica um tratado internacional, incluída aqui a CSE, ele se obriga a promover a implementação do seu conteúdo. Portanto, a não aplicação direta da norma de um tratado não significa a diminuição de sua importância, mas sim uma situação de não conformidade por parte do Estado, principalmente quando se tratam de direitos humanos.

O controle de convencionalidade consiste na possibilidade de um órgão de jurisdição nacional não aplicar uma lei interna vigente, não declarada inconstitucional, por ser contrária a tratado internacional integrado no ordenamento jurídico interno, ou mesmo à interpretação de referido tratado emanada pela instância máxima de controle nele estabelecida.⁴⁴

Na medida em que tanto a Constituição da República Portuguesa de 1976 (artigo 8, n.2) quanto a Constituição Espanhola de 1978 (artigos 93 e 96.1) reconhecem a primazia do direito convencional sobre o interno, o controle de convencionalidade não é uma faculdade, mas sim um dever dos órgãos julgadores internos de referidos Estados.

Como bem aponta o ex-presidente do CEDS, Jimena Quesada, a maior visibilidade e eficácia da CSE e da jurisprudência do CEDS não reside na execução destas decisões pelos Estados condenados, tampouco no conteúdo das resoluções adotadas pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa a partir de tais decisões, mas sim na aplicação direta de tal jurisprudência pelas cortes nacionais e em sua invocação pelos operadores do direito em seu âmbito de atuação.⁴⁵

Ademais, frise-se que o artigo 32 da CSE (artigo H da CSE Revista) estabelece uma cláusula de patamares mínimos, segundo a qual as disposições da Carta não devem prejudicar as provisões da legislação local, ou de outros tratados, aplicando-se sempre o dispositivo que conferir tratamento mais favorável às pessoas protegidas.

Para fins de interpretação das normas de direito internacional, é indiferente se a instância de controle adquire a denominação de “tribunal” e se suas manifestações são chamadas “sentenças”, haja vista que a atividade de jurisprudência, ou seja, de dizer o direito, está vinculada à habilitação do órgão para exercer a função, e não à nomenclatura atribuída a tal atividade.⁴⁶

⁴⁴ *Ibid.*, p. 17.

⁴⁵ JIMENA QUESADA (2017), p. 41.

⁴⁶ SALCEDO BELTRÁN (2014), p. 25.

Não é demais ressaltar que, mesmo o papel secundário, que muitas vezes é atribuído ao conteúdo da CSE em decisões políticas de seus Estados Partes, não é suficiente para impor hierarquia jurídica entre os dispositivos de tal documento e aqueles advindos de outros tratados internacionais, tais como os que compõem o Direito Comunitário.

O próprio CEDS já se manifestou expressamente neste sentido, destacando que, mesmo em tempos de crise econômica, não se deve admitir a lesão aos direitos sociais ratificados pelos Estados aderentes à CSE, ainda que sob a justificativa de atendimento a Memorandos de Entendimento ou de Política Econômica e Financeira aos quais se obrigaram como condição para obter ajudar econômicas da UE.⁴⁷

Ainda que a CEDH não seja a principal base deste trabalho, é necessário mencionar a sua importância histórica para a prática de controle de convencionalidade em países europeus. Estudo realizado em dezoito países demonstra que, como resultado da recepção da CEDH, todos passaram por mudanças estruturais em seus sistemas constitucionais.⁴⁸ Dentre aquelas mudanças que se sobressaíram, destacam-se a possibilidade de os juízes exercerem o controle de constitucionalidade das leis com base na CEDH, o desenvolvimento de um sistema monista, no que se refere à CEDH, em países tradicionalmente dualistas⁴⁹ e a modificação das visões tradicionais de separação de poderes no que se refere ao papel do judiciário.⁵⁰

A incorporação da CEDH ao direito interno teve como efeito a vinculação dos poderes públicos e a possibilidade de os juízes diretamente a aplicarem. Referido estudo ainda indica, no que tange ao nível hierárquico, a importância de que seja reconhecido à CEDH ao menos o status supralegal, a fim de que ela possa estar protegida de leis ordinárias posteriores.⁵¹

⁴⁷ Cf. Introdução geral às Conclusões XIX-2 de 2009 e Decisões de Fundo emitidas em 07 de dezembro de 2012, sobre as Reclamações Coletivas n. 76, 77, 78, 79 e 80.

⁴⁸ KELLER (2008)

⁴⁹ Na Alemanha, país de tradição dualista, exige-se um ato específico do Parlamento para que os tratados internacionais vigorem internamente, o que faz com que os tratados de direitos humanos sejam incorporados como lei federal ordinária. Com o intuito de evitar problemas que poderiam decorrer da revogação de tratados internacionais por leis ordinárias posteriores, o Tribunal Constitucional Federal (TCF) estabeleceu que a jurisprudência produzida pelo TEDH também deve servir como auxílio interpretativo na definição do conteúdo e alcance dos direitos fundamentais e do princípio do Estado de Direito. Um caso que restou conhecido é o caso *Görgülü*, em 2004, em que o TCF reforçou a importância dos tratados de direitos humanos na ordem interna, passando a admitir que os tribunais nacionais tenham o dever de cumprir os julgamentos do TEDH e levar em consideração a CEDH ao interpretarem a Constituição. Cf. HOFFMEISTER, Frank. Germany: status of European Convention on Human Rights in Domestic Law. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 4, n. 4, p. 725-730, 2006. No mesmo sentido, MÜLLER, Felix; RICHTER, Tobias. Report on the Bundesverfassungsgericht's (Federal Constitutional Court) Jurisprudence in 2005/2006. *German Law Journal*, v. 9, n. 2 p. 166-168, 2008. Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com/index.php/pageID=11&artID=897>>.

⁵⁰ KELLER (2008)

⁵¹ O Reino Unido, embora tenha sido um dos primeiros Estados a ratificar a CEDH, não a havia incorporado ao direito interno, o que ocorreu somente com a aprovação do Human Rights Act (HRA), em 1998 e sua entrada em vigor em 2000. Tal mudança ocorreu frente às inúmeras condenações do Estado britânico pelo TEDH, tornando-se necessário desenvolver a proteção dos

No entanto, para que a CEDH seja mais utilizada pelos tribunais nacionais, é necessário não apenas a identificação de seu nível hierárquico, mas também a interpretação da sua relação com a Constituição do Estado.

No caso de Portugal, de acordo com o artigo 8.1 da Constituição de 1976, as normas e os princípios do direito internacional geral ou comum são parte integrante do direito interno. Ao ratificar determinada convenção internacional o Estado a ela se obriga, passando a norma a ter vigência na ordem interna após a sua publicação oficial.

Ainda que o Tribunal Constitucional português seja reconhecido pelo seu marcado posicionamento no que tange à análise de compatibilidade com o Estado Social das medidas de austeridade adotadas em tempos de crise, pouco fora o impacto da CSE Revista na jurisprudência constitucional portuguesa, de modo que se nota grande diferença entre os mecanismos de controle de implementação suscitados pela CSE e aqueles contidos na CEDH.⁵² Nota-se inclusive a utilização do conteúdo da CSE Revista como meio de reforço na parte da fundamentação das decisões judiciais, de forma subsidiária entendida como norma de caráter supralegal.⁵³

O artigo 96.1 da Constituição Espanhola estabelece que os tratados incorporados ao direito interno, somente poderão ser modificados em conformidade com suas próprias normas ou com aquelas normas gerais do direito internacional, o que lhe protege de alterações advindas da legislação ordinária. Todos os tratados internacionais se encontram subordinados à Constituição, sendo competência do Tribunal Constitucional o exercício tanto do controle prévio quanto sucessivo de sua constitucionalidade.⁵⁴

Por sua vez, o artigo 10.2 da Constituição define que as normas relativas a direitos fundamentais e garantias constitucionalmente reconhecidos serão interpretados de acordo com a DUDH e os tratados e acordos internacionais ratificados por Espanha sobre o tema.

direitos humanos no âmbito doméstico. O HRA incorpora à ordem interna os direitos da CEDH nele mencionados e estabelece como dever das autoridades públicas sua observância, possibilitando que os cidadãos defendam esses direitos junto aos tribunais nacionais. Formalmente, o HRA encontra-se no mesmo nível hierárquico das demais leis, podendo, assim, ser modificado por atos posteriores do Parlamento. Porém, dois instrumentos nele previstos lhe conferem um status diferenciado na ordem jurídica: o artigo 3 estabelece que os tribunais devem interpretar a legislação tanto anterior como a posterior ao HRA, de maneira compatível com os direitos reconhecidos pela CEDH, ou seja, os juízes devem preferir aquela que estiver mais de acordo com a CEDH. E o artigo 4 que é acionado quando não for possível oferecer uma interpretação da lei conforme a Convenção (declaration of incompatibility) a qual não afeta a validade da lei, porém incentiva o Parlamento a revisar a lei e autoriza o Executivo a dar início a um processo legislativo acelerado para modifica-la. Cf. BESSON, Samantha. The reception process in Ireland and the United Kingdom. In: KELLER, Helen; STONE SWEET, Alec (Eds.) (2008), p. 36-52, 2008.

⁵² BOTELHO (2017), p. 104-107.

⁵³ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n. 1177/11.5TTLSB.L.1-4, de 20 de abril de 2016.

⁵⁴ GÓMEZ FERNÁNDEZ (2004)

Considerando-se a aplicação dessa regra, o Tribunal Constitucional Espanhol desenvolveu jurisprudência no sentido de impor aos poderes públicos a analogia entre os direitos constitucionais e os tratados de direitos humanos, de modo que o ordenamento espanhol considera os tratados de direitos humanos como parâmetros de interpretação da Constituição, ainda que não possuam hierarquia constitucional.⁵⁵

Ademais, o artigo 31 da Lei 25/2014, de 27 de novembro, de Tratados e outros Acordos Internacionais, reconhece, em Espanha, a prevalência das normas jurídicas contidas nos tratados internacionais validamente celebrados e publicados sobre qualquer norma do ordenamento jurídico interno, exceto as de nível constitucional.

Frise-se que há diversos exemplos de controle de convencionalidade na jurisprudência dos tribunais espanhóis, inclusive tendo por parâmetro dispositivo da CSE. Para ilustrar, cite-se a não aplicação do artigo 4.3 da Lei 3/2012 que, ao tratar da figura do contrato de apoio a empreendedores, permitia a contratação de trabalhadores por empresas em contratos com período de experiência de um ano. Diversas decisões de tribunais espanhóis⁵⁶ afastaram a aplicação do artigo 4.3 da Lei 3/2012, por ser contrário à interpretação do artigo 4.4 da CSE, que assegura a todos os trabalhadores um prazo razoável de aviso prévio quando da finalização do contrato laboral, emanada pelo CEDS na decisão de fundo de 23 de maio de 2012, a partir de caso concreto similar apresentado na Reclamação Coletiva n. 65/2011, interposta pela Federação Geral de Trabalhadores da Empresa Nacional de Eletricidade (GENOP-DEI) e pela Confederação de Funcionários Públicos (ADEDY) contra Grécia.

Cite-se também a interessante decisão do Tribunal Social de Barcelona sobre questão envolvendo o tempo de disponibilidade do empregado ao empregador. Ao constatar o tratamento diferenciado que a matéria em disputa tinha no âmbito do TJUE e do CEDS, bem como nas Conclusões n. XX-3 publicadas em janeiro de 2015, com base no artigo 2º, n. 1º da CSE, o Tribunal Social de Barcelona reconheceu a existência de conflito entre dois instrumentos jurídicos internacionais. Em tal situação, o Tribunal atendeu ao já referido artigo 96.1 da Constituição espanhola, que consagra o sistema monista, atribuindo aos tribunais nacionais o dever de aplicar os tratados internacionais de que Espanha seja parte.⁵⁷

Neste contexto, é interessante a iniciativa do coletivo Marea Básica, em Espanha, por meio do qual incentiva a todos aqueles que possuam rendas abaixo do limiar de

⁵⁵ QUERALT JIMÉNEZ (2008). No mesmo sentido, SAIZ ARNAIZ (2011), p. 20-42.

⁵⁶ Cf. Sentença do Tribunal do Social n. 2 de Barcelona, de 19 de novembro de 2013; Sentença do Tribunal de Tarragona n. 1, de 2 de abril de 2014 (n. 179/14); Sentença do Tribunal de Mataró n. 1 de 29 de abril de 2014 (n. 144/14); Sentença do Tribunal do Social n. 3 de Barcelona, de 5 de novembro de 2014. Frise-se que esta última afastou a aplicação do artigo 4.3 da Lei 3/2012 mesmo após este ter sua constitucionalidade declarada pela Sentença do Tribunal Constitucional n. 119, de 16 de julho de 2014. Análise detalhada de tais decisões se encontra em SALCEDO BELTRÁN (2015), p. 14-23.

⁵⁷ Decisão do Tribunal Social n. 3 de Barcelona (proc. n. 236/2015L). Cf. MESTRE (2017), p. 74.

pobreza a demandar, administrativa e judicialmente, a aplicação direta do artigo 13§1 da CSE e respectiva jurisprudência do CEDS.⁵⁸

Após identificar grupos específicos de indivíduos com recursos abaixo do limiar da pobreza, a Marea Básica elaborou um conjunto de orientações e modelos de petições para cada grupo. Em todos os casos, a estratégia se inicia com uma petição administrativa, a qual se espera seguida de ato administrativo que expressamente negue o pedido, ou da omissão a partir da qual se possa entender como negado, a via jurisdicional, até que se esgotem todas as instâncias legais em Espanha, incluído o Tribunal Constitucional, se for o caso.⁵⁹

Esta primeira parte da estratégia apresenta grande coerência em termos jurídicos, haja vista que objetiva a aplicação direta da CSE pelos tribunais internos. No entanto, caso o objetivo não seja alcançado pelas vias nacionais, a estratégia sugere buscar, por reclamação individual, o TEDH, sob o argumento de que a CSE é parte do corpo de direitos humanos europeus.

Como já exposto oportunamente no presente trabalho, o TEDH possui competência para a aplicação direta da CEDH, cabendo ao CEDS, que não inicia o processo de controle a partir reclamações individuais, emitir a jurisprudência sobre a CSE. Desta forma, as medidas fundadas exclusivamente no cumprimento da CEDS tendem a não ser recebidas pelo TEDH, como de fato ocorreu em outras oportunidades.⁶⁰

A Marea Básica reconhece que os objetivos maiores desta luta jurídica e política são conseguir que Espanha assine e ratifique o Protocolo de 1995, que cria o mecanismo de reclamações coletivas para o controle do cumprimento da CES, e o reconhecimento do direito a uma Renda Básica Universal (RBU).⁶¹

Sobre o primeiro, não se pode negar que o sistema de reclamações coletivas levaria Espanha a outro patamar no que tange aos meios de controle do respeito à CSE. Todavia, não se pode esperar que isto tenha um relevante impacto para a aplicação do artigo 13§1 da CSE. Isto porque, conforme já exposto, a situação de não conformidade do Estado espanhol com tal artigo, por não garantir níveis adequados de assistência social, já está há muito reconhecida pela jurisprudência do CEDS, a partir do sistema de relatórios.

Instigar a manifestação do CEDS a partir de reclamações coletivas, como bem expõe as orientações da Marea Básica, poderia ser feito sem a necessidade de buscar as vias judiciais nacionais.⁶² Todavia, as decisões de fundo emanadas a partir das reclamações coletivas não possuem poder de coerção diverso do que advém das conclusões já emitidas sobre os informes.

⁵⁸ MAREA BASICA, Instrucciones para la Reclamación de la Carta Social Europea.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ LEONOTICIAS, Estrasburgo tumba la denuncia del leonés que luchó contra la pobreza en España.

⁶¹ MAREA BASICA, Instrucciones para la Reclamación de la Carta Social Europea.

⁶² *Ibid.*

Em outros termos, aquilo que a estratégia aponta como um de seus fins (jurisprudência do CEDS) é, na verdade, um meio já existente, enquanto aquilo que aponta como um dos meios (jurisprudência dos tribunais nacionais), é o objetivo que pode dar efetividade ao objetivo de assegurar o cumprimento do artigo 13§1 da CSE. Reitere-se o pensamento de Jimena Quesada: a maior visibilidade e eficácia da CSE e da jurisprudência do CEDS reside aplicação direta de tal jurisprudência pelas cortes nacionais e em sua invocação pelos operadores do direito em seu âmbito de atuação.⁶³

Sobre a outra bandeira da Marea Básica, o reconhecimento do direito a uma RBU, tratará o próximo tópico deste trabalho.

Mesmo que parte da estratégia da Marea Básica esteja tendente a não ter êxito jurídico, pelos motivos acima expostos, a iniciativa como um todo é importante mecanismo de conscientização popular e discussão política, no que se refere à efetividade do direito à renda suficiente para vida digna. Ademais, conta com a louvável característica de, no âmbito do debate, aproximar o sujeito do objeto dos direitos sociais.

6. A RBU como forma de atendimento ao artigo 13§1 da CSE

O aumento do desemprego causado pela crise econômica que atingiu fortemente os países da península ibérica expôs as limitações dos programas de assistência social, em especial os de rendas mínimas, pois passaram a desempenhar papel central como último recurso de proteção a pessoas que antes a ele não recorriam.

A discussão em torno da RBU⁶⁴ adquire grande relevância em um cenário em que políticas de assistência social, tanto em Portugal quanto em Espanha, não se apresentam em conformidade com o artigo 13§1 da CSE por não assegurarem aos indivíduos uma renda suficiente para a vida digna e sequer próxima ao limiar de pobreza. Não é por menos que o tema é discutido e defendido por relevantes movimentos, sociais e acadêmicos, não apenas em Portugal⁶⁵ e Espanha,⁶⁶ mas em toda uma rede global.⁶⁷

Não se pode confundir a ideia de RBU com propostas de renda mínima. Considera-se RBU o pagamento periódico de uma renda, em moeda, a todos, de maneira individual, sem exigência de comprovação de insuficiência de recursos ou cumprimento de quaisquer requisitos relacionados ao trabalho.⁶⁸

Cinco características principais são extraídas deste conceito de RBU: a) periodicidade, e não um pagamento único em determinado momento da vida; b) em moeda, ou seja, por um meio adequado de troca, e não com entrega de bens ou serviços;

⁶³ JIMENA QUESADA (2017), p. 41.

⁶⁴ Em estudos de língua portuguesa também se encontram expressões equivalentes a Renda Básica Universal, como *Rendimiento Básico Incondicional* ou *Renda Básica de Cidadania*. Em espanhol, o termo mais frequente é *Renta Básica Universal*. Já em inglês *Universal Basic Income*.

⁶⁵ Cf. RBIP, Associação pelo Rendimiento Básico Incondicional Portugal

⁶⁶ Cf. MAREA BASICA, Instruciones para la Reclamación de la Carta Social Europea

⁶⁷ BIEN, Basic Income Earth Network

⁶⁸ VAN PARLIS (2017), p. 1.

c) individual, e não com base em estruturas coletivas, como família ou lar; d) universal, a todos os indivíduos, independentemente de sua condição financeira; e e) incondicional, uma vez que não se requer que o indivíduo cumpra determinadas condições, como prestar serviços comunitários ou demonstrar disponibilidade ao trabalho.

Já os sistemas de rendas mínimas, mesmo que coincidam com a RBU nos requisitos “a” e “b”, em sua grande maioria se distanciam dela nos “c”, “d” e “e”. Em outros termos, as rendas mínimas, em regra, se caracterizam por ser concedidas em base coletiva (unidade familiar, lar, unidade econômica, entre outras), em caráter seletivo, de acordo com a comprovação de insuficiência de renda por meios próprios, e condicionadas a que os beneficiários assumam determinados compromissos, como a utilização do valor recebido em bens alimentares e a busca por inserção no mercado de trabalho.

Frente à insuficiência de cobertura dos sistemas de rendas mínimas, quer seja em relação às pessoas atingidas, quer seja pelo valor pago, a implementação de um sistema de RBU, individual, a todas as personas residentes no país, e em valor pelo menos igual ao limiar da pobreza, seria medida apta a superar não apenas as dificuldades resultantes dos critérios de elegibilidade, mas aquelas eventualmente decorrentes da falta de participação dos indivíduos ou das falhas de gestão.

O resultado imediato da implantação da RBU, seguindo tais referenciais, seria a erradicação da pobreza, tal qual medida pelos critérios do Eurostat já expostos. Ou seja, o pagamento a todos os indivíduos de um valor periódico, igual ou superior ao limiar da pobreza, em tese, já colocaria toda a população em uma condição de rendimentos acima dos critérios definidores da pobreza.⁶⁹

Reconhecendo as recorrentes falhas dos Estados Partes em assegurar um nível de vida digno a todos os setores da população, principalmente os mais vulneráveis, a Assembleia Parlamentária do Conselho da Europa emitiu, em janeiro de 2018, a Resolução 2197, por meio da qual defende a ideia de que a introdução de um sistema de RBU poderia assegurar igualdade de oportunidades a todos, de maneira mais eficiente que os existentes sistemas de benefícios, serviços e programas sociais.⁷⁰

Tal Resolução foi elaborada na esteira do Relatório 14462, de 05 de janeiro de 2018, segundo o qual cerca de 120 milhões de europeus são ameaçados pela pobreza e pela exclusão social, o que afeta seriamente a dignidade humana e a autonomia de tais pessoas, colocando em risco a sociedade europeia como um todo.⁷¹

⁶⁹ ARCARONS, Jordi; TORRENS, Lluís; RAVENTÓS, Daniel (2017), p. 43. Os autores elaboraram, a partir de dados reais extraídos de significativa amostra de declarações de imposto de renda de pessoas singulares, simulações que indicam que a implantação de uma RBU em toda Espanha, comparada aos atuais programas de renda mínima, resultaria em uma sociedade mais igualitária, com melhores índices de distribuição de renda, na qual 80% da população mais pobre resultaria em melhor situação, em termos líquidos, se comparada a sua situação atual. Cf. *Ibid.*, p. 163.

⁷⁰ Cf. PARLIAMENTARY ASSEMBLY, PACE - Resolution 2197 (2018) - The case for a basic citizenship income, Council of Europe

⁷¹ CATALFO, (2018), p. 5.

Neste sentido, a Resolução 2197 apresenta um rol de 9 recomendações aos Estados Partes, dentre as quais a avaliação de impacto de esquemas nacionais de renda mínima, e sua forma de implementação, bem como o estímulo a um debate público nacional sobre a RBU, no sentido de lançar as bases para experimentos nacionais.⁷²

Nesta linha, a RBU seria meio para assegurar não apenas o cumprimento da CSE, como também fortalecer a efetividade de princípios constitucionais comuns a Portugal e Espanha, tais como a dignidade da pessoa, a igualdade e o livre desenvolvimento da personalidade.

7. Considerações Finais

A CSE é reconhecida como a mais importante Carta de direitos sociais dos Estados europeus, tendo sua versão original, sido assinada e ratificada por Portugal e Espanha. Dentre os direitos previstos já em tal versão, consta o previsto no artigo 13§1 da CSE, que determina que os Estados Partes devem assegurar uma renda suficiente para vida digna àqueles que não o consigam pelos próprios meios.

Relevante diferença no sistema de proteção a direitos da CSE entre os Estados estudados está no fato de Espanha, ao contrário de Portugal, não ter assinado o Protocolo de 1995, nem ratificado a CSE Revisada, o que inviabiliza a utilização de reclamações coletivas perante o CEDS e não reconhece, em âmbito convencional, o específico direito de proteção contra pobreza e exclusão social.

Todavia, no que se refere à atual situação de Espanha e Portugal em relação ao nível de assistência social para atendimento do direito previsto no artigo 13§1 da CSE, não há diferença prática na utilização ou não do mecanismo de reclamações coletivas. Isto porque o reconhecimento da situação de não conformidade de ambos Estados já está expresso pelo CEDS, por meio de conclusões emitidas sobre relatórios, compondo a jurisprudência de tal órgão da mesma forma que comporia se oriundo de reclamação coletiva.

Conforme indicam as últimas conclusões do CEDS, as políticas de rendas mínimas de Portugal e Espanha estão em níveis insuficientes para se estar em conformidade com o previsto no artigo 13§1 da CSE, posto que, conforme já apontado nas conclusões sobre os informes de 2013, distam consideravelmente do limiar de pobreza fixado pelo Eurostat.

Embora as manifestações do CEDS não imponham sanções diretas aos Estados, constituem jurisprudência com caráter de interpretação originária das normas da CSE, devendo nortear as ações dos poderes públicos de Portugal e Espanha. Quanto ao Poder Judiciário, a que cabe assegurar a integração das fontes do direito, referidas normas e jurisprudência devem ser consideradas em controle de convencionalidade, visto que tanto a Constituição da República Portuguesa de 1976 (artigo 8, n.2) quanto a

⁷² Cf. PARLIAMENTARY ASSEMBLY, PACE - Resolution 2197 (2018) - The case for a basic citizenship income.

Constituição Espanhola de 1978 (artigos 93 e 96.1) reconhecem a primazia do direito convencional sobre o interno.

Neste contexto, a RBU seria maneira de assegurar, a todos os residentes, um mínimo de recursos materiais suficiente a uma vida digna, com autonomia e segurança para incrementar a força de negociação individual em diversas situações, ao mesmo tempo que reconhece o valor social de formas de trabalho distintas da venda de mão-de-obra a terceiros, tais como o trabalho voluntário e o reprodutivo.

Em outros termos, a implementação de um sistema de RBU, em valor ao menos igual ao do limiar da pobreza, seria meio hábil para atender satisfatoriamente o direito a renda para assegurar a todos o respeito a condições mínimas de dignidade, tal qual previsto no artigo 13§1 da CSE.

Referências

- ARCARONS, Jordi; TORRENS, Lluís; RAVENTÓS, Daniel, 2017, Renta básica incondicional: una propuesta de financiación racional y justa. Barcelona: Ediciones del Serbal.
- BESSON, Samantha, 2008, The reception process in Ireland and the United Kingdom. In: KELLER, Helen; STONE SWEET, Alec (Eds.). "A Europe of rights: the impact of the ECHR on national legal systems", Oxford: *Oxford University Press*.
- BIEN, 2018, "Basic Income Earth Network". Disponível em: <<http://basicincome.org/>>. Acesso em: 22 abr.
- BOGDANDY, Armin von, 2008, "Pluralism, direct effect, and the ultimate say: on the relationship between international and domestic constitutional law", *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v.6, n. 3, jul/oct.
- BOTELHO, Catarina Santos, 2017, "A proteção multinível dos direitos sociais: verticalidade gótica ou horizontalidade renascentista? Do não impacto da Carta Social Europeia (Revista) na jurisprudência constitucional portuguesa", *Lex Social. Revista jurídica de los derechos sociales*, v. Monografico 1, p. 88–123.
- CATALFO, Nunzia, 2018, Report - Doc. 14462 - The case for a basic citizenship income. Council of Europe. Disponível em: <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-EN.asp?FileID=24285&lang=EN>>. Acesso em: 22 abr. 2018.
- COMISSÃO EUROPEIA, 2017, "O Pilar Europeu dos Direitos Sociais", Comissão Europeia. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights_pt>. Acesso em: 22 abr. 2018
- COUNCIL OF EUROPE, 2017, Conclusions of the European Committee of Social Rights. The European Social Charter. Disponível em: <<https://rm.coe.int/press-briefing-highlights-conclusions-2017/168077fee0>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

- COUNCIL OF EUROPE, 2017, Conclusions 2013 - Portugal - Article 13-1. Reporting system of the European Social Charter. Disponível em: <<http://hudoc.esc.coe.int>>. Acesso em: 22 abr. 2018.
- COUNCIL OF EUROPE, 2017, Conclusions 2017 - Portugal. Reporting system of the European Social Charter. Disponível em: <<http://hudoc.esc.coe.int>>. Acesso em: 22 abr. 2018.
- COUNCIL OF EUROPE. Conclusions XXI-2 - Spain. Reporting system of the European Social Charter. Disponível em: <<http://hudoc.esc.coe.int>>. Acesso em: 30 mar. 2018.
- COUNCIL OF EUROPE, 2015, European Social Charter. Collected texts. 7. ed. Strasbourg: Council of Europe. Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/turin-european-social-charter/publications>>. Acesso em: 18 abr. 2018.
- COUNCIL OF EUROPE, 2016, Follow-up to decisions on the merits of collective complaints. The European Social Charter. Disponível em: <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016805939f5>>. Acesso em: 22 abr. 2018.
- DE SHUTTER, Olivier, 2016, The European Social Charter in the Context of Implementation of the EU Charter of Fundamental Rights (European Commission, disponível em [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/536488/IPOL_STU\(2016\)536488_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/536488/IPOL_STU(2016)536488_EN.pdf)).
- GOBIERNO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, 2017, Evaluación Socioeconómica del Salario Social en Asturias. Evolución, perfiles, procesos de salida y retorno económico. Oviedo: Consejería de Servicios y Derechos Sociales del Principado de Asturias. (Estudios e Investigaciones, 1).
- GOBIERNO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, 2016, Las Medidas de Incorporación Vinculadas al Salario Social Básico en Asturias. Situación, Evolución y Perspectivas. Oviedo: Consejería de Servicios y Derechos Sociales del Principado de Asturias. (Estudios e Investigaciones, 2).
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, 2004, Conflicto y cooperación entre la constitución española y el derecho internacional. Valencia: Tirant lo Blanch.
- HOFFMEISTER, Frank, 2006, Germany: status of European Convention on Human Rights in Domestic Law. International Journal of Constitutional Law, Oxford, v. 4, n. 4.
- JIMENA QUESADA, Luis, 2017, Crónica de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales - In: *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. Granada: Editorial Comares, 2017, v. Digital, p. 1–41. Disponível em: <<http://journals.sfu.ca/redf/index.php/redf/index>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

- KELLER, Helen; STONE SWEET, Alec (Eds.), 2008, "A Europe of rights: the impact of the ECHR on national systems", Oxford: *Oxford University Press*.
- LEONOTICIAS, 2016, Estrasburgo tumba la denuncia del leonés que luchó contra la pobreza en España. Leonoticias. Disponível em: <<http://www.leonoticias.com/leon/201611/03/strasburgo-tumba-denuncia-leones-20161103201428.html>>. Acesso em: 22 abr. 2018.
- MAREA BASICA. Instrucciones para la Reclamación de la Carta Social Europea. Disponível em: <<http://mareabasica.es/instrucciones-carta-social-europea/>>. Acesso em: 22 abr. 2018.
- MAUÉS, Antonio Moreira, 2013, "Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional", *Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 18, 2013.
- MESTRE, Bruno, 2017, "Varius, multiplex, multiformis: revisitar a questão da aplicabilidade directa da Carta Social Europeia: um pequeno contributo numa perspectiva jurisprudencial e do Direito da União Europeia", *Lex Social. Revista jurídica de los derechos sociales*, v. Monografico 1, p. 62–87.
- MÜLLER, Felix; RICHTER, Tobias, 2008, Report on the Bundesverfassungsgericht's (Federal Constitutional Court) Jurisprudence in 2005/2006. *German Law Journal*, v. 9, n. 2 p. 166-168. Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com/volume-09-no-02/>>.
- PARLIAMENTARY ASSEMBLY. PACE, 2018, Resolution 2197 - The case for a basic citizenship income. Council of Europe. Disponível em: <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=24429&lang=en>>. Acesso em: 20 abr. 2018.
- PIATTONI, S., 2009, "Multi-level Governance: a Historical and Conceptual Analysis", *Journal of European Integration*, 31 n. 2.
- PIOVESAN, Flavia, 2004, Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. *SUR Revista Internacional de Direitos Humanos*, Sao Paulo, n. 1, p. 21.
- QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, 2008, La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- RBIP. Associação pelo Rendimento Básico Incondicional Portugal. Disponível em: <<http://rendimentobasico.pt/>>. Acesso em: 22 abr. 2018.
- RRB. Red Renta Básica. Asociación por la Renta Básica. Disponível em: <<http://www.redrentabasica.org/rb/>>. Acesso em: 22 abr. 2018.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro, 2011, La interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos. *Hendu*, v. 2, n. 1.

SALCEDO BELTRÁN, Maria Carmen, 2014, Incumplimientos por España de la Carta Social Europea. Conclusiones XX-2 (2013) del Comité Europeo de Derechos Sociales. Madrid: CCOO. (Colección Estudios FIM).

SALCEDO BELTRÁN, Maria Carmen, 2015, Reformas legislativas, incumplimientos de la Carta Social Europea y su invocación en los órganos judiciales. Sevilla: Centro de Estudios Andaluces (Actual).

SLAUGHTER, Anne-Marie, 1994, *A typology of transjudicial communication*. University of Richmond Law Review, Richmond, v. 29.

UNITED NATIONS. HUMAN RIGHTS. OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER. Status of Ratification. Interactiv Dashboard. Indicators OHCHR. Disponível em: <<http://indicators.ohchr.org/>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

VAN PARIJS, Philippe; VANDERBORGHT, Yannick, 2017, Basic Income: A Radical Proposal for a Free Society and a Sane Economy. London: Harvard University Press.

QUIS CUSTODIET IPSOS CUSTODES?¹

José Miguel Taborda Fernandes²

1. Introdução.

Corria o ano de 1986 quando foi iniciada a publicação periódica da obra de referência de Alan Moore e Dave Gibbons – *The Watchmen*³. Grosso modo, a história deste livro de banda desenhada revolve em torno de um grupo de seres humanos a quem cabia a salvaguarda do mundo e dos seus cidadãos. Porém, e como humanos que eram, rapidamente os seus vícios e temperamentos destes guardiões vieram ao de cima o que resultou na desconfiança por parte daqueles que se tinham proposto a salvar, manifestada na frase «*Who watches the watchmen*». Frase que mais não espelhava que a incapacidade por parte da população face aos atropelos destes homens em quem depositaram a sua segurança.

A presente exposição visa, em primeira linha, colocar em enfoque um flagelo silencioso que tenderá a manter-se e, porventura, a aumentar. No sentido do ora firmado note-se que, no presente, as bases de dados jurisprudenciais nacionais não contêm um número relevante de acórdãos respeitantes a crimes praticados contra idosos em ambiente institucional⁴. Posto isto, ou estamos perante um crime onde as cifras negras preponderam, ou, então, os casos que chegam a Tribunal não transitam da primeira instância. Esta última hipótese parece-nos pouco plausível. Isto porque crimes como ofensas à integridade física, coação ou até mesmo o furto, praticados contra idosos são, tendencialmente, agravados em função da vítima ser particularmente indefesa (respetivamente, artigo 145.º n.º 2 remetendo, em particular, para o artigo 132.º n.ºs 1 e 2 alínea c); artigos 154.º n.º 1 e 155.º n.º 1 alínea b); e o artigo 204.º n.º 1 alínea d) todos do Código Penal), comportando molduras penais bastante acentuadas, face às quais, dificilmente o arguido condenado não recorrerá do acórdão condenatório.

¹ Lista de abreviaturas: *al.- alii*; cfr. – confrontar; EUA – Estados Unidos da América; n.º – número; n.ºs – números; *ob. cit.* – obra citada; p. – página; PhD – philosophiae doctor; pp. – páginas.

² Doutorando na Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Pólo da Foz e Advogado.

³ Os Guardiões, banda desenhada de caráter mensal, originalmente publicada pela editora DC Comics entre 1986 e 1987.

⁴ Não obstante o exposto, não podemos deixar de remeter para o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 10 de Setembro de 2013 que condenou uma enfermeira do Centro de Saúde de Loulé, em cúmulo jurídico na pena única de quatro anos de prisão efetiva pela prática de um crime de maus tratos previsto e punível pelo artigo 152.º, n.º 1, alínea a); dois crimes de omissão de auxílio previstos e puníveis pelo artigo 200.º, n.º 1; e um crime de falsificação, previsto e punível pelo artigo 256.º, n.º 1 e n.º 4, todos do Código Penal.

Isto dito, abordaremos o abuso de idosos em instituições. Impondo-se, desde já, clarificar que nos referimos ao abuso individual em meio institucional e não ao abuso institucional^{5/6}.

Atualmente assiste-se a um pronunciado envelhecimento da população. Segundo a Resolução do Conselho de Ministros n.º 63/2015, verificou-se um aumento de 201,84% do número de idosos entre 1950 e 2010; em Portugal o número de idosos passou de 708,569 em 1960 para 2.010,064 em 2011. Segundo Barros de Oliveira (2008)⁷ prevê-se que em 2050 mais de 25% da população portuguesa seja idosa. Isto mais não é que, um reflexo do nível de desenvolvimento alcançado pelas sociedades modernas que propiciou o aumento da esperança média de vida. Não obstante, tal aumento não aconteceu sem alguns efeitos perniciosos. Com o aumento da esperança média de vida e, concomitantemente, a percentagem de população idosa, também aumentou o número de doenças de foro mental, pense-se por exemplo, na doença de *alzheimer*⁸. Ademais, assiste-se também ao parcelamento minguate do conceito de família a par de uma sociedade centrada no trabalho onde, não raras vezes, os familiares não querem ou não podem cuidar dos mais velhos, colocando-os em estruturas residenciais (*v.g.* lares)⁹.

Posto isto, o presente trabalho encontra-se estruturado da seguinte forma: o **primeiro capítulo** prender-se-á com os tipos de abuso perpetrados em ambiente institucional; o **segundo capítulo** abordará as causas subjacentes à conduta criminosa, bem como, a parca denúncia deste tipo de abusos; o **terceiro capítulo** será dedicado à

⁵ Para uma análise mais cuidada desta temática, veja-se, MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA (2015), *Os Crimes Praticados Contra Idosos*, Universidade Católica, Porto, pp. 33-34.

⁶ Não obstante, deixamos aqui a nota que, ao abrigo do número 2 do artigo 11.º em conjugação com o 152.º-A, ambos do Código Penal, um lar, enquanto pessoa coletiva poderá ser responsabilizado criminalmente pelo crime de maus-tratos.

⁷ *Psicologia do Envelhecimento e do Idoso*, 3.ª ed., Livpsic, p. 15.

⁸ Segundo o INE, em 2000, verificaram-se 616 óbitos causados por esta doença, dos quais 57% foram do sexo feminino. Ainda segundo o mesmo instituto, em 2013 assistiu-se a 1.695 mortes causadas pela doença de *alzheimer*. À imagem dos dados colhidos em 2000, também em 2013 a maioria dos casos reportava-se ao sexo feminino (63%).

⁹ Em Portugal as condições de organização, funcionamento e instalação das estruturas residenciais encontram-se definidas pela Portaria n.º 67/2012 de 21 de Março. Este regime, cuja prerrogativa máxima sempre será reconduzível ao princípio da dignidade da pessoa humana, nasceu de uma necessidade de se apostar na proximidade e na maximização das respostas sociais existentes a uma população marcadamente envelhecida. Isto dito, este diploma estabelece os objetivos e princípios pelos quais as estruturas residenciais se deverão reger. No que tange aos primeiros, encontramos-os plasmados no artigo 3.º segundo o qual estas estruturas devem: proporcionar serviços permanentes e adequados à problemática biopsicossocial das pessoas idosas; contribuir para a estimulação de um processo de envelhecimento ativo; criar condições que permitam preservar e incentivar a relação intrafamiliar; potenciar a integração social. Complementarmente, devem estas estruturas reger-se pelos princípios da qualidade, eficiência, humanização e respeito pela individualidade; interdisciplinaridade; avaliação integral das necessidades do residente; promoção e manutenção da funcionalidade e da autonomia; participação e responsabilização do residente ou representante legal ou familiares, na elaboração do plano individual de cuidados (cfr. artigo 4.º do presente diploma). Refira-se ainda que, as estruturas residenciais destinam-se, em regra, à habitação de pessoas com 65 ou mais anos, sendo que, excecionalmente podem integrar estas estruturas pessoas com menos de 65 anos, desde que, a exceção seja devidamente justificada (cfr. n.ºs 1 e 2 do artigo 5.º da presente Portaria).

particular temática dos furtos em lares; e finalmente, **o último capítulo** encontra-se reservado à conclusão.

2. As Formas de Abuso¹⁰.

O abuso praticado contra idosos em ambiente institucional partilha traços com o abuso de cariz doméstico^{11/12}.

Os tipos de abusos realizados em ambiente institucional são: o abuso físico, o abuso psicológico, o abuso patrimonial^{13/14}, o abuso sexual e as condutas negligentes.

O abuso físico é aqui entendido como a lesão da integridade física da vítima e configura-se como uma das formas de abuso mais comum¹⁵ em ambiente institucional. As suas manifestações mais frequentes prendem-se com o uso excessivo da força no

¹⁰ Não podíamos deixar de mencionar a problemática norte-americana respeitante à concretização do conceito de abuso no início do século vinte quando os maus-tratos a idosos começam a assumir contornos de problema social. Atento o exposto, um dos primeiros obstáculos à compreensão deste fenómeno foi a existência de várias definições, díspares, consoante o Estado a que se reportavam (cfr. Aronovitch, L. G. (2002), *Nursing homes: Many shortcomings exist in efforts to protect residents from abuse. (GAO Report No. 02-448T*, 1-15). Washington, DC: U.S. General Accounting Office; Fulmer, T. 1991). Elder mistreatment: Progress in community detection and intervention. *Family & Community Health*, 14(2), 26-34; e ainda Wilber, K. H., & Nielsen, E. K. (2002). Elder abuse: New approaches to an age-old problem. *The Public Policy and Aging Report*, 12(2), 1, 24-27). Doutra banda assistia-se a alguma confusão entre os conceitos de abuso e negligência. Pelo exposto, foi pela Associação Médica Americana traçada uma distinção, ainda que marcadamente deficitária, entre abuso e negligência. Neste conspecto a Associação em apreço categoriza o abuso como físico, sexual, emocional ou psicológico enquanto define negligência como a recusa ou protelação por parte do cuidador de atender às necessidades do utente. Pelo exposto, não estaremos perante uma distinção técnico-jurídico reconduzível *ipsis verbis* aos conceitos de dolo e negligência, mas sim à densificação de conceitos naturalísticos.

¹¹ Referimo-nos aqui aquele tipo de maus-tratos (*lato sensu*) perpetrado em ambiente familiar, por exemplo de filhos para pais ou, até mesmo, entre cônjuges.

¹² Nesta sede veja-se, a título de exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 3 de março de 2010 (Processo: 629/08). Sem grandes delongas deixamos a seguinte nota: a vítima neste acórdão era um idoso incontinente. Perante isto, a agente e filha do idoso, obrigava-o a limpar a sua própria urina do chão, aproveitando para o injuriar. É de salientar que, de acordo com THOMAS GOERGON (2004) um conjunto assinalável de episódios de abuso físico grave deve-se à incontinência fecal das vítimas. Estes episódios, não só dominam as conversas dos trabalhadores do lar, como, por vezes, são interpretados pelas enfermeiras e auxiliares, com menos experiência profissional, como comportamentos volitivos por parte dos idosos em jeito de retaliação. *in* Stress, Conflict, Elder Abuse and Neglect in German Nursing Homes: A Pilot Study Among Professional Caregivers, *Journal of Elder Abuse & Neglect*, 13:1, p.18.

¹³ Na doutrina anglo-saxónica este tipo de abuso é denominado por *financial exploitation*.

¹⁴ No sentido do afirmado na nota 8 relativamente ao problema da definição das condutas ora retratadas Wilber, K. H., & Nielsen, E. K., *ob. cit.*, dão conta das várias aceções do conceito de abuso financeiro, tais como exploração financeira, exploração de recursos, exploração material, abuso fiduciário, maltrato financeiro, vitimização económica ou financeira, extorsão, furto, ou ainda, fraude.

¹⁵ Veja-se, entre outros, PRISCILLA D. ALLEN, KATHY KELLETT e CYNTHIA GRUMAN (2004), *Elder Abuse in Connecticut's Nursing Homes*, *Journal of Elder Abuse & Neglect*, 15:1, p. 30, e BRIAN K. PAYNE PhD & LAURA BURKE FLETCHER PhD (2005) *Elder Abuse in Nursing Homes: Prevention and Resolution Strategies and Barriers*, *Journal of Criminal Justice* 33, p. 120.

manejo de utentes¹⁶; sujeição dos utentes a constrangimentos mecânicos¹⁷, referimo-nos aqui aqueles casos em que os idosos são amarrados contra a sua vontade às camas por exemplo; empurrões; beliscões; agressões (como p.e. estalos ou até mesmo o arremesso de objetos aos idosos).

Num estudo realizado por Thomas Goergen (2004) em Hesse na Alemanha é referido como forma de violência física a prática, não tão rara, do trabalhador do lar que aperta o nariz do utente para que este abra a boca e seja mais fácil alimentá-lo ou administrar-lhe os seus medicamentos. Por seu turno, num estudo norueguês¹⁸, aferiu-se que este tipo de conduta em particular era das menos observadas nos lares deste país. Não obstante, convém referir que, para estes autores noruegueses, este tipo de conduta por parte das enfermeiras e auxiliares do lar insere-se na categoria de tratamentos desadequados¹⁹ e não no conceito de abuso. Em termos práticos de dogmática-penal, assistimos a um aproximar deste tipo concreto de condutas à negligência e não ao dolo. Este eufemismo concetual parece-nos perigoso, conquanto poderá deixar transparecer uma menor gravidade ou até tolerância para com este tipo de comportamentos²⁰.

Neste sentido, não podemos deixar de sufragar a posição de Maria Paula Ribeiro de Faria (2015)²¹ segundo a qual, nesta sede, não se deve admitir «qualquer tipo de consideração bagatelar» atento as particulares características da vítima e os efeitos do abuso.

O abuso psicológico, no qual se insere o abuso verbal e o abuso emocional, pauta-se pelo seu carácter sub-reptício. Esta forma de maltrato encontra expressão por meio de gritos, insultos²² (reiterados ou não), colocação do idoso numa situação de isolamento, ignorar voluntariamente o idoso, ameaças, pressões, comentários pejorativos, sujeição dos utentes do lar a situações degradantes, obrigar um idoso a usar fraldas para que os

¹⁶ Cfr. THOMAS GOERGEN (2004), A Multi-Method Study on Elder Abuse and Neglect in Nursing Homes, *The Journal of Adult Protection*, Vol. 6 Iss 3 p. 20.

¹⁷ Uma pequena nota quanto a este tipo de práticas. Prender um idoso na sua cama por uma questão, por exemplo, de facilidade na gestão de um serviço, sem que, no caso concreto, se demonstre necessário, porquanto adequado não bastará, poderá consubstanciar um ilícito típico de sequestro (pense-se na situação de num único dia uma trabalhadora de um lar deixar um dos idosos, durante largas horas, preso à sua cama).

¹⁸ WENCHE MALMEDAL, ODDBJØRN Ingebrigtsen e BRITT-INGER SAVEMAN (2009) Inadequate care in Norwegian nursing homes – as reported by nursing staff, *Scand J Caring Sci*; 23; 231–24.

¹⁹ Segundo FULMER TT, O'MALLEY TA. tratamento desadequado pode ser definido como *“presence of unmet needs for services or assistance which threaten the physical and psychological well-being of the individual”*, apud WENCHE MALMEDAL, ODDBJØRN INGEBRIGTSEN e BRITT-INGER SAVEMAN, idem, p. 233.

²⁰ PRISCILLA D. ALLEN, KATHY Kellett e CYNTHIA GRUMAN (2004), num estudo norte-americano, referem a necessidade premente da criação de uma política nacional, de definições, bem como, da criação de padrões tendente à concretização e delineação entre as condutas que consubstanciam abuso, daquelas que incorporam os meandros da negligência, *ob. cit.*, p. 22.

²¹ *Idem*, p. 50, nota de rodapé n.º 52.

²² Refira-se que a Resolução do Conselho de Ministros n.º 63/2015, no que tange às alterações ao Código Penal, propõe o agravamento do crime de injúria (p. e p. artigo

cuidadores não tenham o *inconveniente* de ter de auxiliar os idosos a deslocarem-se à casa de banho, entre outros²³.

A par das condutas negligentes, o abuso psicológico na sua vertente de abuso emocional, prepondera no panorama norueguês²⁴.

O facto de este tipo de abuso não envolver, a mais das vezes, contacto físico com a vítima torna a sua prática pouco perceptível. Não obstante, e ainda que raras, situações existirão onde as enfermeiras, tarefeiros ou auxiliares de lares colocam os utentes em posições degradantes, como o demonstraremos *infra* com recurso a um exemplo real.

É por demais evidente que estas condutas vexatórias visam a humilhação e rebaixamento de pessoas que, por vezes, nem compreendem o que se está a passar à sua volta. Outras haverão em que não só compreendem como sofrem em surdina.

Este tipo de abuso não é apanágio dos lares, ainda que neles grasse²⁵. Recorrendo aqui a um exemplo real que, pense-se no filho que tem a seu cuidado a Mãe idosa, a quem, reiteradamente, apelida de *puta*.

O abuso patrimonial²⁶ compreende todo o tipo de condutas que implicam uma exploração patrimonial do idoso. Em ambiente institucional, ao contrário do ambiente doméstico, este tipo de abuso orbita, maioritariamente, em torno do crime de furto. Nesse sentido remetemos para capítulo autónomo *infra*.

No que respeita ao abuso sexual, nenhum dos estudos analisados abordava a questão. A maioria destes estudos assentam num binómio estatístico entre a percentagem de abuso praticado pelo próprio e o abuso observado. Posto isto, nenhum dos estudos apresentava dados onde figurassem práticas de cariz sexual. Contudo, não podemos interpretar este silêncio doutrinal/empírico como sinónimo de inexistência de casos de abuso sexual de idosos em lares, até porque dificilmente um enfermeiro ou auxiliar relatará ou confessará a prática deste tipo de atos, ainda que se trate de estudos anónimos. Reiterando o que acabou de ser dito, veja-se as estatísticas apresentadas pelo *site nursinghomeabuseguide.org*, segundo o qual 70% dos crimes sexuais praticados contra idosos ocorrem em lares, sendo seis vezes mais provável que a vítima seja do sexo feminino²⁷. Em boa verdade, independentemente do tipo de abuso em questão as vítimas preponderantes serão as mulheres. A razão afigura-se simples, a esperança média de vida das mulheres é maior que a dos homens, e não raras vezes, a solidão criada pela viuvez redundará na ida para um lar.

²³ Neste sentido veja-se, entre outros, MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA, *idem*, pp. 61-62; THOMAS GOERGEN, *idem*, pp.13-14, nomeadamente as Tabelas 3 e 4 deste estudo; Thomas Goergen, THOMAS GOERGEN (2004), A Multi-Method Study on Elder Abuse and Neglect in Nursing Homes, The Journal of Adult Protection, Vol. 6 Iss 3 p. 20 tabelas 4 e 5.

²⁴ Cfr. Wenche Malmedal, *et al.*, *idem*, p. 232.

²⁵ Neste sentido, MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA, *idem*, p. 62.

²⁶ Para uma análise mais aprofundada dos crimes patrimoniais contra idosos veja-se a explanação de MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA, *idem*, pp. 35-47.

²⁷ Cfr. <http://www.nursinghomeabuseguide.org/sexual-abuse/>.

Diga-se ainda a este respeito que condutas de teor sexual ou erótico poderão comportar um escopo meramente vexatório ou degradante. Concretizando, poderemos estar perante situações objetivamente sexuais mas que servem o único propósito de rebaixar a vítima.

Finalmente façamos algumas considerações em redor das condutas negligentes praticadas por trabalhadores de lares. Neste contexto, negligência terá de ser entendido como a protelação injustificada na satisfação de necessidades básicas dos utentes de um lar. Por norma, estas situações são reportadas pelo médico do idoso ou pela família. A presença de comportamento negligente por parte do *staff* do lar é frequentemente evidenciada na aparência do idoso, na falta generalizada da prestação de cuidados higiénicos, pela apresentação de hematomas e escoriações, ou até mesmo, situações de má-nutrição e desidratação²⁸. O descuido com a higiene oral dos utentes ocupa um lugar cimeiro neste âmbito²⁹. Não obstante, há certos comportamentos transversais aos estudos analisados, nomeadamente: ignorar um idoso por descuido e não volitivamente³⁰; demora na prestação de cuidados necessários; troca de medicamentos; não alimentar o idoso de forma adequada; não lavar um idoso quando este o necessite.

Em conformidade, Wenche Malmedal *et al.* (2009)³¹, denotaram que atos como negligenciar o higiene oral dos utentes do lar, ignorá-los ou, até mesmo, atrasar a realização da prestação de cuidados eram condutas com uma cadência superior a uma vez por semana.

Um sinal indiciador³² da violação do dever de cuidado por parte dos trabalhadores do lar prende-se com o aparecimento das úlceras de pressão, também denominadas de úlceras de decúbito³³. Este tipo de lesão cutânea ocorre em virtude da interrupção da irrigação sanguínea numa dada parte do corpo devido a pressão prolongada. Pense-se no idoso com locomoção reduzida ou nula que se encontra acamado, se esse utente não for periodicamente movimentando para que o sangue flua por todo o corpo, as áreas corporais onde existe maior pressão, em regra, áreas cutâneas onde haja uma proeminência óssea, irão ficar ruborizadas. Perpetuando-se a imobilização, a pele vai ficando cada vez mais fraca até que, por fim, originará uma

²⁸ Neste sentido veja-se, entre outros, PRISCILLA D. ALLEN *et al.*, *ob. cit.*, p. 23.

²⁹ Neste sentido, WENCHE MALMEDAL, ODDBJØRN INGEBRIGTSEN e BRITT-INGER SAVEMAN, *ob. cit.*, p. 235 e, veja-se ainda, PRISCILLA D. ALLEN *et al.*, *idem*, p. 23.

³⁰ Admitimos que poderemos estar, amiúde, perante situações de fronteira entre uma conduta negligente e o cometimento de um crime de omissão de auxílio previsto e punido pelo n.º 1 do artigo 200.º do Código Penal consoante a protelação no atendimento às necessidades do utente se funde num descuido, ainda que consciente, ou numa atitude dolosa por parte do cuidador.

³¹ *Ibidem*.

³² E utilizamos aqui o termo “indiciador” porquanto é debatível se as úlceras de pressão podem ser prevenidas, neste sentido Brandeis, G. H., Berlowitz, D. R., & Katz, P. (2001). Are pressure sores preventable?: A survey of experts. *Advances in Skin & Wound Care*, 14(5), 244, 245-248.

³³ Ainda que, normalmente, se utilize o termo escaras para denominar este tipo de feridas, em bom rigor, tal termo deverá ser somente utilizado quando já exista necrose ou crosta preta na lesão.

úlceras. Idosos que dependam de uma cadeira de rodas para a sua locomoção também se encontram sujeitos a este tipo de úlceras.

Ao contrário dos comportamentos dolosos de índole violenta, a negligência é, amiúde, representada como um problema estrutural e de política do próprio lar ao invés de uma atuação individualizada de um único trabalhador³⁴.

Os crimes praticados contra idosos podem se revestir de uma especial malvadez, assistindo-se a episódios verdadeiramente dantescos, em que o agressor opera uma clara desumanização do objeto da sua conduta. Nesse sentido não podíamos deixar de referir três exemplos reais.

- a) Na véspera de natal de 1988, num hospital do Delaware, uma auxiliar de enfermagem encontrava-se a mudar o cateter de um homem de 39 anos quadriplégico, quando uma idosa de 89 anos vítima de *alzheimer* entrou no quarto. Aproveitando a oportunidade para lesar emocionalmente ambos os utentes, a auxiliar pegou na mão da doente idosa e obrigou-a a acariciar as partes genitais do outro utente. Felizmente, uma outra auxiliar conseguiu em tempo obstar à concretização de tais intentos, afastando a senhora de 89 anos do outro paciente^{35/36}.
- b) No ano de 2010 foi julgado um jovem de 21 anos que trabalhava num sofisticado lar de idosos em Los Angeles. Segundo relatos de outros trabalhadores do lar, o arguido praticava golpes de luta-livre nos utentes. Num desses episódios lançou-se de uma cómoda para cima de um idoso por forma a aterrar com os joelhos no abdómen deste último; outro dos episódios relatados envolveu dois residentes do lar, tendo o trabalhador do lar pegado na mão de um deles e batido com ela noutro dos utentes tendo em vista iniciar uma altercação entre os dois idosos. Refira-se ainda que, estes atos eram, não raras vezes, acompanhados de gargalhadas por parte do perpetrador³⁷.
- c) No estado da Califórnia no EUA, durante semanas, três auxiliares certificados de enfermagem violentaram sexualmente um idoso de 78 anos que se encontrava paralisado. Os agentes beliscaram-lhe os mamilos

³⁴ Neste sentido, Thomas GOERGEN, *idem*, p.18.

³⁵ Cfr. ROBERT A. POLISKY (1995), *Criminalizing Physical and Emotional Elder Abuse*, 3 Elder L.J. 377, pp. 1-2.

³⁶ Este caso ganha também um outro relevo se atentarmos que, à data, a abordagem ao abuso emocional variava de estado para estado nos EUA. Regra geral, para haver uma condenação pela prática de atos configuradores de abuso físico ou emocional era necessário fazer prova do dano físico ou psicológico. Porém, no estado do Delaware, a par de outros estados pioneiros, a responsabilidade penal nestes casos prescindia da prova da verificação da angústia mental da vítima. Posto isto, a auxiliar de enfermagem foi condenada pela prática de dois crimes leves (*misdemeanor*) de abuso emocional de pacientes (cfr. ROBERT A. POLISKY, *idem*, p. 2).

³⁷ Para uma análise mais aprofundada deste caso veja-se LINDA K. CHEN (2012), "Eradicating Elder Abuse In California Nursing Homes, 52 Santa Clara L. Rev. 213, p. 97 e ainda o artigo publicado no *Los Angeles Times* disponível no site: <http://articles.latimes.com/2010/apr/09/local/la-me-elder-abuse9-2010apr09>.

e o pénis, retorcendo ainda a pele dos braços. Obrigaram-no, ainda a comer as suas próprias fezes. Ainda na mesma instituição, eram ministrados banhos gelados a um utente com atraso mental e paralisia cerebral, enquanto lhe batiam com as garrafas do sabão líquido na cabeça. No final, o utente foi levado nu e encharcado de volta para o seu quarto de modo a que pudesse ser visto pelos restantes utentes e pessoal do lar. Ainda que os agentes tenham filmado o sucedido, vangloriando-se junto de outros trabalhadores do lar ao reproduzirem as gravações, a verdade é que não foi apresentada qualquer denúncia³⁸.

Pelo exposto *supra* e o ilustrado por recurso a exemplos reais, torna-se claro que os tipos de abuso, apenas por mera definição conceitual serão apresentados com definidos contornos entre eles. Em boa verdade, um abuso físico reiterado irá, frequentemente, redundar num abuso psicológico. Como ficou expresso, o abuso sexual, terá, não raras vezes, como objetivo a lesão emocional e não propriamente um ataque direto à autodeterminação sexual da vítima.

Antes de abordarmos a questão referente às causas que subjazem aos abusos, gostaríamos ainda de referir uma prática corrente e amplamente difundida no trato com os idosos, mas que não goza de relevância penal.

Falamos aqui do recurso por parte de enfermeiras e auxiliares ao trato infantilizado ou paternalista nas interações com os idosos. Ainda que não estejamos perante uma conduta com relevância penal, não poderemos olvidar que os idosos, ainda que necessitem de atenção redobrada e se sintam carenciados, não são crianças³⁹. Ademais, e atendendo a possíveis degenerações gradativas de índole mental, é necessário que o intelecto dos idosos seja estimulado. Em abono da verdade, salguarde-se que, este tipo de trato é, geralmente, realizado por trabalhadores menos qualificados, que pautam a sua atuação por formas de agir análogas às utilizadas no trato aos seus filhos, em detrimento da sua formação profissional (quando esta exista)⁴⁰. Seja como for, este tipo de comportamento e interacção com o idoso atenta contra as suas necessidades psicossociais.

3. O Que Subjaz ao Abuso e o Seu Encobrimento.

Na origem dos maus-tratos praticados contra idosos em contexto institucional encontramos um conjunto de causas relacionadas com a pessoa da vítima, juntamente com razões de ordem institucional.

³⁸ Cfr. LINDA K. CHEN, *idem*, p. 86.

³⁹ Neste sentido, THOMAS Goergen, *idem*, p.19.

⁴⁰ Ainda que, *in casu*, não seja de admitir uma intervenção penal por tais práticas carecerem de dignidade e necessidade penal, lançamos aqui a questão de saber se este tipo de práticas, atentatórias da saúde mental do idoso e em geral do seu bem-estar, não poderão consubstanciar a violação de deveres laterais de conduta.

Desde logo, a maioria das vítimas encontram-se debilitadas, seja a nível físico ou mental, o que faz delas especialmente vulneráveis. Ademais, a relação entre um trabalhador do lar e um dos seus utentes não só se pauta pela dependência deste último para com aquele outro, como também é, uma relação claramente desproporcional. Thomas Goergen (2001)⁴¹ descreve esta relação como «characterized by clear cut differences in power and intricate dialects of power and powerlessness». Estudos recentes têm vindo a demonstrar que idosos debilitados e dependentes são mais propensos a serem vítimas de abuso⁴².

Assiste-se a um delinear de fatores de risco catalisadores deste tipo de condutas. Antes porém de os analisarmos, convém desmistificar o real impacto da idade como fator de risco. Ainda que sejamos levados a pressupor que a probabilidade de sofrer um qualquer tipo de abuso encontra-se na proporção direta da idade da vítima, a verdade, porém, é que tal relação não se verifica. Neste sentido, veja-se os resultados do estudo realizado por Lawrence B. Schiamberg *et al.* (2012)⁴³, segundo o qual, por cada ano adicional à idade do idoso, as probabilidades de ser vítima de abuso diminuem cerca de 49%. Será também importante referir que, quanto maior for a afetação do idoso à doença de que padece, maior será a necessidade de controlo do mesmo, o que diminui a probabilidade de ser alvo de quaisquer maltratos conquanto tratar-se-á de um utente que urge por uma atenção redobrada e que, provavelmente, terá a si alocado mais que um trabalhador do lar.

Os fatores de risco^{44/45} preponderantes, relativos às vítimas, são: a presença de deficiências cognitivas, bem como, limitações na realização das tarefas do quotidiano⁴⁶. No que ao primeiro dos fatores tange, verifica-se que a doença de *alzheimer* apresenta-se como o tipo de demência mais propenso a originar condutas abusivas por parte do *staff* da instituição. Em bom rigor, o que despoletará, frequentemente, um comportamento inadequado, ou mesmo criminoso, por parte dos cuidadores será as

⁴¹ Stress, Conflict..., p. 3.

⁴² Cfr., PRISCILLA D. Allen *et al.*, *ob. cit.*, p. 24.

⁴³ Physical Abuse of Older Adults in Nursing Homes: A Random Sample Survey of Adults With an Elderly Family Member in a Nursing Home, *Journal of Elder Abuse & Neglect*, 24:1, p. 76.

⁴⁴ Seguimos de perto LAWRENCE B. SCHIAMBERG PhD, James Oehmke PhD, Zhenmei Zhang PhD, Gia E. Barboza PhD, ROBERT J. GRIFFORE PhD, LEVENTE VON HEYDRICH MSW PhD, LORI A. Post PhD, ROBIN P. WEATHRILL PhD & TERESA MASTIN PhD (2012) Physical Abuse of Older Adults in Nursing Homes: A Random Sample Survey of Adults With an Elderly Family Member in a Nursing Home, *Journal of Elder Abuse & Neglect*, 24:1, pp. 77-78, e LAWRENCE B. SCHIAMBERG PhD, GIA G. BARBOZA PhD, JAMES OEHMKE PhD, ZHENMEI ZHANG PhD, ROBERT J. GRIFFORE PhD, ROBIN P. WEATHERILL PhD, LEVENTE VON HEYDRICH PhD, MSW & Lori A. Post PhD (2011) Elder Abuse in Nursing Homes: An Ecological Perspective, *Journal of Elder Abuse & Neglect*, 23:2, pp.198-199.

⁴⁵ Ainda que não seja escopo da presente explanação abordar o abuso entre residentes, deixamos aqui a nota que estes fatores de risco, não raras vezes, encontram-se na origem do abuso cometido entre residentes. Para uma abordagem mais completa deste assunto aconselhamos o artigo de NICHOLAS G. CASTLE PhD MHA AGSF (2012) Resident-to-Resident Abuse in Nursing Homes as Reported by Nurse Aides, *Journal of Elder Abuse & Neglect*, 24:4, 340-356.

⁴⁶ Advirta-se que estamos perante um conceito deveras amplo, consagrando tanto situações como as de idosos confinados a cadeiras de rodas, como outras em que o auxílio cinge-se ao manejo correto de aparelhos telefónicos.

manifestações comportamentais da doença. Pense-se no utente de *alzheimer* que, sem nada o prever, insulta um dos enfermeiros ou lhe cospe.

Já no que concerne às limitações na realização de tarefas do quotidiano a limitação por excelência potenciadora de situações de abuso, prende-se com a incapacidade de locomoção autónoma. Falamos aqui de situações em que as necessidades ou desejos de movimentação dos utentes não são saciadas prontamente ou em que há um hiato temporal injustificado entre o pedido e a execução. Face ao exposto, o utente começará a ficar impaciente e frustrado o que poderá levar a uma alteração quando a enfermeira ou auxiliar atender às suas pretensões.

Finalmente, um importante fator de risco é o isolamento social do idoso, quer dos restantes utentes do lar, quer da própria família. Nestes casos, parece-nos difícil que o abuso algum dia seja notado, quanto mais, denunciado.

Focando-nos agora nos fatores de risco de carácter institucional verifica-se a um claro efeito bola de neve.

Fruto do envelhecimento da população e da saturação horária, assistimos a um aumento do número de idosos e, concomitantemente, a um aumento do recurso a lares, o que, por sua vez, gera nestas instituições um aumento de trabalho. Aumento esse que não é, geralmente, acompanhado pelo respetivo e tão necessário aumento do número de trabalhadores⁴⁷, consequentemente, as condições de trabalho vão se degradando, ficando os trabalhadores cada vez mais insatisfeitos. Com o acumular da insatisfação e da frustração potenciada por longos turnos sem a respetiva contrapartida remuneratória o *stress* acumula-se, dando origem a menos tolerância por parte dos funcionários e a um maior número de situações de conflito.

Concretizando, a falta de um número adequado de funcionários é um dos fatores, mais relevante a ter em conta neste contexto⁴⁸. Associado a ele encontramos o aumento quantitativo de um trabalho, já por si, físico e mentalmente extenuante, mas sem o justo acompanhamento salarial. Os trabalhadores de lares encontram-se, frequentemente, expostos a abuso físico e mental por parte dos próprios residentes. Amiúde, a forma mais comum de violência, ainda que nem sempre dolosa, contra o *staff* de um lar são as

⁴⁷ Estão aqui presentes razões conjunturais e legislativas. As primeiras respeitam ao facto de não estarmos a falar de uma profissão particularmente apelativa e onde os salários são, em regra, baixos. Por seu turno, dum prisma meramente económico, torna-se muito mais aliciante aumentar ao número de utentes do que ao número de trabalhadores. Já no que toca à política legislativa, estabelece a Portaria n.º 67/2012 de 21 de março no seu artigo 12.º o rácio entre funcionários e pacientes. A Portaria estabelece uma regra *de minimis* impondo que o lar deverá dispor de um enfermeiro por cada 40 residentes; no que tange aos ajudantes de ação direta a proporção é de 1:8, sendo de 1:20 para os ajudantes de ação direta com vista ao reforço no período noturno. Se a instituição acolher idosos em situação de grande dependência as proporções são, respetivamente, 1:20, 1:5, 1:15. Face o explanado, pode-se dar a situação, legal, de um lar com 23 utentes empregar, no período diurno, 3 auxiliares de ação direta.

⁴⁸ Neste sentido, Lawrence B. SCHIAMBERG *et al.*, Elder Abuse in Nursing Homes...p.199; KARIN JOSEFSSON, LARS SONDE, TARJA-BRITA ROBINS WAHLIN (2006) Violence in municipal care of older people in Sweden as perceived by registered nurses, Journal of Clinical Nursing 16, p. 902 e ainda, THOMAS GOERGEN, *ob. cit.*, p.8 tabela 1.

ofensas à integridade físicas simples. A este propósito veja-se as percentagens avançadas por K. Pillemer e D. Moore (1989)⁴⁹, segundo as quais num estudo que teve como referência o ano anterior à publicação, somente 11% dos funcionários não tinham sido alvo de insultos, já no que ao abuso físico respeita, apenas 13% não tinham sido alvo de um qualquer tipo de ofensas à integridade.

Face ao exposto, não podíamos deixar de referir a oportuna observação de D. J. Crumb e K. Jennings (1998)⁵⁰ ao concluírem que a profissão de funcionário de um lar apresenta-se mais perigosa que a de eletricista, de mecânico, de construtor civil ou mesmo de mineiro. Tudo isto desemboca em elevados índices de insatisfação para com o trabalho desempenhado.

Posto isto, não será de estranhar a preponderância da síndrome de *burnout*^{51/52} em funcionários deste tipo de instituições. Associado a esta síndrome encontramos dificuldades em sentir empatia, o que se repercutirá nas relações com os utentes do lar, levando, em última instância ao desprendimento moral⁵³ do funcionário face à sua conduta, aos seus efeitos e à pessoa da vítima. Estamos perante conceitos que, no correr de um processo-crime, poderão influir na medida da culpa e, consequentemente, na determinação da pena concreta a aplicar.

Sopese ainda que, os trabalhadores dos lares terão ainda de equilibrar estes fatores com os provenientes da sua vida pessoal, entre eles, a fadiga, problemas económicos e, eventualmente, o abuso de substâncias⁵⁴.

Não obstante, os contornos factuais dos crimes praticados contra idosos em ambiente institucional, bem como, a sua assustadora incidência, não encontram reverberação a nível jurisprudencial. Tal facto deve-se aos baixos índices de denúncias associadas a este tipo de crimes e praticas.

Estamos perante verdadeiras vítimas silenciosas, seja por doença ou por receio.

Desde logo, as vítimas demonstrar-se-ão relutantes em denunciar este tipo de comportamentos por receio de retaliação alicerçado num sentimento generalizado de desespero. Este medo de retaliação estende-se aos familiares, aliado a um sentimento de culpa residual por terem colocado o idoso naquela instituição⁵⁵. Ademais, não raras vezes, a vítima poderá ter alguns problemas de comunicação, como ouvir mal, dificuldade em expressar-se ou em construir um discurso coerente e crível. Mais grave

⁴⁹ *Apud* BRIAN K. PAYNE PhD & Jonathan K. APPEL PhD (2007) Workplace Violence and Worker Injury in Elderly Care Settings, *Journal of Aggression, Maltreatment & Trauma*, 14:4, p. 47.

⁵⁰ *Apud* BRIAN K. PAYNE *et al.*, *idem*, p. 48.

⁵¹ Este síndrome de cariz depressivo deve-se a um esgotamento físico e mental intenso.

⁵² Já no âmbito doméstico é mais comumente referida a figura do *caregiver stress* ou *stress* do cuidador. Não se trata de uma tipologia clínica, mas sim de um constructo doutrinal que incorpora situações análogas às da síndrome de *burnout*.

⁵³ Referimo-nos aqui à expressão *moral disengagement* cunhada por Bandura em 1999.

⁵⁴ Neste sentido, LAWRENCE B. SCHIAMBERG *et al.*, *Elder Abuse in Nursing Homes...*, p. 199.

⁵⁵ Neste sentido, Lawrence B. SCHIAMBERG *et al.*, *Physical Abuse of Older...* p. 68.

serão aqueles casos em que a vítima sofre de uma doença de foro mental, que poderá ir desde simples lapsos de memórias aquando da repetição dos factos até à total incapacidade em entender que foi vítima de abuso⁵⁶. Tudo isto torna o testemunho do utente propenso a ser facilmente descredibilizado pelo do agente que perpetrou o abuso. Sopesa ainda que, atendendo a que a justiça portuguesa se pauta pela lentidão da lide, a vítima poderá falecer antes de ser sequer agendada audiência de discussão e julgamento.

Já no que ao encobrimento realizado pelas instituições tange, será por demais evidente que um caso de maus-tratos que extravase da órbita interna do lar irá repercutir-se negativamente na economia da instituição. Contrapondo a uma velha máxima, nem toda a publicidade é boa. Como ficou dito *supra*, os lares, não raras vezes, vêm-se com um número reduzido de trabalhadores, como tal, facilmente um abuso passará despercebido quando, por exemplo, numa determinada camarata o abusador seja o único enfermeiro ou auxiliar que lá exerça funções⁵⁷. Mesmo quando é notado, as instituições tendem a carrear um procedimento interno em busca do culpado com o fito último de proceder ao seu despedimento. Resultante deste *modus operandi*, a situação poderá nunca cognoscível por parte das forças de segurança, ou então sê-lo passados meses da prática do facto, o que poderá comprometer o inquérito⁵⁸.

4. Breve Alusão ao Furto em Ambiente Institucional.

Como Diane K. Harris e Michael L. Benson (2000)⁵⁹ o refere no título do seu artigo sobre esta temática, o furto de objetos pessoais de idosos consubstancia uma forma de maltrato ignorada. Em boa verdade, dos artigos analisados poucos reservaram mais do que algumas linhas para o tratamento desde crime em particular.

O furto em lares não é algo novo, em boa verdade, num estudo realizado por Kruzich, Clinton e Kelber (1992)⁶⁰ numa amostra de 289 pacientes, metade afirmava que alguns dos seus pertences tinham desaparecido do seu quarto.

Esta problemática encontra-se diretamente relacionada com aquela outra dos salários baixos e da insatisfação com o trabalho desempenhado, porquanto tais predicados poderão servir de catalisador para a execução de um furto, visto pelo agente, como uma forma de compensar o baixo salário que auferir. Outras razões avançadas por Diane K. Harris (1999)⁶¹ na sua meta-análise, prendem-se com a representação dos utentes como mentalmente incompetentes o que redundará na desresponsabilização moral

⁵⁶ Cfr. BRIAN K. PAYNE PhD & LAURA BURKE FLETCHER PhD (2005) Elder Abuse in Nursing Homes: Prevention and Resolution Strategies and Barriers, *Journal of Criminal Justice* 33, p. 123 e ainda ., PRISCILLA D. ALLEN *et al.*, *ob. cit.*, p. 22.

⁵⁷ Situação particularmente preocupante serão os abusos praticados nos turnos da noite, neste sentido, THOMAS GOERGEN, A Multi-Method Study on Elder..., p. 20.

⁵⁸ Cfr. LINDA K. Chen, *ob. cit.*, p. 95.

⁵⁹ Theft in Nursing Homes: An Overlooked Form of Elder Abuse, *Journal of Elder Abuse & Neglect*, 11:3, 73-90.

⁶⁰ *Apud* DIANE K. HARRIS PhD (1999) Elder Abuse in Nursing Homes: The Theft of Patients' Possessions, *Journal of Elder Abuse & Neglect*, 10:3-4, p. 143.

⁶¹ *Idem*, pp. 144-147.

dos agentes, assim como, na facilidade de acesso aos bens e na fragilidade da vítima em consubstanciar um obstáculo dissuasor, ou até com um sentimento de impunidade face a situações análogas.

Este tipo de crime é tanto ou mais nefasto, atento o facto de que, em regra, quando um idoso se muda para um lar apenas se pode acompanhar por um punhado de bens que terá como essenciais, seja porque de facto o são ou porque lhes atribuiu uma importância sentimental assinalável, pense-se por exemplo numa aliança de um amante falecido. Estes objetos servirão, ainda, como elos para uma vivência que ficou inelutavelmente para trás.

No que tange a esta temática, Rogers (1996)⁶² relata o incidente real de uma utente de 86 anos que um dia acorda e repara que alguém lhe retirou, dos dedos, o anel de diamante que havia herdado do seu pai e o anel de noivado que o marido lhe havia oferecido no correr de um passeio de canoa. Estes objetos eram as últimas lembranças físicas da vida que outrora havia levado.

Por fim, poder-se-á colocar ainda a questão de saber se este abuso patrimonial, não envergará, por vezes, a veste de abuso psicológico. A resposta terá de ser afirmativa. Desde logo, os tipos de abuso, como descrito *supra*, não são estanques, e a prática reiterada de furtos a um utente poderá nem visar a vantagem patrimonial, mas sim afetar a saúde mental do idoso. Mesmo que assim não seja, as consequências nunca serão meramente patrimoniais.

5. Conclusão – ou o Ato de Fazer Desaparecer Uma Forma Generalizada de Maus-tratos em Instituições.

O abuso de idosos não é tema recente, nem o será o abuso de idosos em ambiente institucional. O elemento inovador prende-se com a paulatina transposição destas questões do âmbito social para o jurídico.

Consubstancia facto inabalável que a população mundial, na qual forçosamente se insere a portuguesa, está a envelhecer. Paralelamente os extensos horários de trabalho mitigam a solidariedade intrafamiliar o que propicia um maior número de idosos em lares da terceira idade. Esta ida para o lar tanto pode ser da iniciativa do próprio utente como de familiares que não têm a possibilidade ou não querem dele tratar.

O abuso de idosos em ambiente institucional, não tem merecido grande atenção por parte da doutrina, salvo raras e honrosas exceções. Situação semelhante encontramos na jurisprudência nacional onde não é possível encontrar um número relevante de acórdãos de Tribunais superiores que versem sobre esta temática. Tal facto não encontrará fundamento na ausência de abuso nos lares, mas sim num elevado número de cifras negras.

⁶²Thieves prey on nursing home residents. *Miami Herald*, November 25.

O abuso de idosos em lares, independentemente da forma que assumir, seja ele, físico, psicológico, sexual, patrimonial ou através de condutas negligentes, é uma realidade latente hodierna. Falamos aqui de condutas que, no seu conjunto, poderão ser, em regra, reconduzidas à figura do crime de maus-tratos p. e p. no artigo 152.º-A do Código Penal. Casos haverão em que tais condutas analisadas atomisticamente algumas não gozarão de relevância penal em si mesmas, porém, enquadradas num contexto específico enformadas por uma conduta reiterada serão idóneas a atentar contra a saúde dos idosos. Ademais, sendo as consequências dos abusos, em regra, desproporcionais face ao ato em virtude da especial vulnerabilidade da vítima, é necessário parcimónia aquando da recondução de certas práticas ao conceito de bagatelas jurídicas. Tanto mais quando o abuso é perpetrado por pessoas em quem o idoso se vê obrigado a depositar a sua confiança.

As causas do abuso são plúrimas mas reconduzíveis a dois polos. As razões de ordem pessoal relacionadas com a pessoa da vítima, onde encontramos as doenças do foro mental como um fator de risco propiciador do abuso, a par das limitações na realização de tarefas quotidianas. Por outro lado, razões de ordem institucional, onde se contam a falta de pessoal, os baixos salários, demasiadas horas de trabalho e uma generalizada insatisfação com a função desempenhada.

Uma das perniciosas características dos crimes contra idosos, seja em ambiente institucional ou doméstico, é o seu secretismo. Por receio de retaliação, as vítimas, em regra, não denunciam as situações de abuso. Paralelamente, com o avolumar de situações deste teor, o idoso vai paulatinamente apercebendo-se de que não detém qualquer controlo, o que, por sua vez, aumenta o seu sentimento de desespero e impotência. Já a instituição procurará encobrir este tipo de situações por forma a não lesar o seu bom nome comercial. Levar a bom porto uma investigação numa destas instituições não será tarefa fácil devido à falta de testemunhas, decorrente da falta de *staff* ou de vontade de cooperar na busca da verdade material, aliado a uma vítima que nem sempre estará na plenitude das suas funções cognitivas.

Posto isto, não deixa de ser chocante a aura de imunidade de que estes agentes gozam. Mesmo sendo descobertos, dificilmente, será instaurado um processo-crime contra eles, cingindo-se a sanção a um despedimento.

Num país, como muitos outros, onde não há um registo de ofensores de idosos, será de prever que saindo de uma instituição o agente facilmente arranje emprego noutra, desempenhando funções análogas e perpetuando-se assim um ciclo de violência.

Esta explanação não estaria completa sem uma breve alusão aos furtos realizados pelos funcionários dos lares, porquanto se trata de uma temática, em regra, menosprezada. Ainda que não estejamos perante crimes de sangue, a verdade é que, as suas consequências, tais como nos restantes tipos de abuso podem ser devastadoras para as vítimas. Assim, a inserção desta temática no presente trabalho espera suscitar algum interesse e eventuais investigações futuras.

Respondendo então à questão que serve de título ao presente trabalho: dificilmente nos moldes atuais existem mecanismos cabais para por cobro a este tipo de situações, em boa verdade, nestes casos, a responsabilidade, tal como muitos destes idosos morrerá sozinha.

Referências

- A. Polisky, Robert (1995), Criminalizing Physical and Emotional Elder Abuse, 3 Elder L.J. 377.
- Allen, Priscilla D. MSW and PhD, Kellett, Kathy MA & Gruman, Cynthia MSW and PhD (2004) Elder Abuse in Connecticut's Nursing Homes, Journal of Elder Abuse & Neglect, 15:1.
- Aronovitch, L. G. (2002), Nursing homes: Many shortcomings exist in efforts to protect residents from abuse. (GAO Report No. 02-448T, 1-15). Washington, DC: U.S. General Accounting Office.
- Brandl, Bonnie & Meuer, Tess (2000), Domestic Abuse in Later Life, 8 Elder L.J. 297.
- Castle, Nicholas G. PhD MHA AGSF (2012) Resident-to-Resident Abuse in Nursing Homes as Reported by Nurse Aides, Journal of Elder Abuse & Neglect, 24:4, 340-356.
- Chen, Linda K. (2012), "Eradicating Elder Abuse In California Nursing Homes, 52 Santa Clara L. Rev. 213.
- Fulmer, T. (1991). Elder mistreatment: Progress in community detection and intervention. Family & Community Health, 14(2), 26-34.
- Goergen, Thomas PhD (2001) Stress, Conflict, Elder Abuse and Neglect in German Nursing Homes: A Pilot Study Among Professional Caregivers, Journal of Elder Abuse & Neglect, 13:1, 1-26.
- Goergen, Thomas (2004), A Multi-Method Study on Elder Abuse and Neglect in Nursing Homes, The Journal of Adult Protection, Vol. 6 Iss 3 pp. 15-25.
- Harris, Diane K. PhD (1999) Elder Abuse in Nursing Homes: The Theft of Patients' Possessions, Journal of Elder Abuse & Neglect, 10:3-4, 141-151.
- Harris, Diana K. PhD & Benson, Michael L. PhD (2000) Theft in Nursing Homes: An Overlooked Form of Elder Abuse, Journal of Elder Abuse & Neglect, 11:3, 73-90.
- Josefsson, Karin, Sonde, Lars, Wahlin, Tarja-Brita Robins (2006) Violence in municipal care of older people in Sweden as perceived by registered nurses, Journal of Clinical Nursing 16, 900-910.
- Malmedal, Wenche, Ingebrigtsen, Oddbjørn e Saveman, Britt-Inger (2009) Inadequate care in Norwegian nursing homes – as reported by nursing staff, Scand J Caring

Sci; 2009; 23; 231–24.

Oliveira, Barros de (2008) *Psicologia do Envelhecimento e do Idoso*, 3.^a ed., Livpsic.

Payne, Brian K. PhD & Fletcher, Laura Burke PhD (2005) Elder Abuse in Nursing Homes: Prevention and Resolution Strategies and Barriers, *Journal of Criminal Justice* 33, 119-125.

Payne, Brian K. PhD & Appel, Jonathan K. PhD (2007) Workplace Violence and Worker Injury in Elderly Care Settings, *Journal of Aggression, Maltreatment & Trauma*, 14:4, 43-56.

Ribeiro de Faria, Maria Paula (2015) *Os Crimes Praticados Contra Idosos*, Universidade Católica, Porto.

Rogers, P. (1996). Thieves prey on nursing home residents. *Miami Herald*, November 25.

Schiamberg, Lawrence B. PhD, *at alii* (2011) Elder Abuse in Nursing Homes: An Ecological Perspective, *Journal of Elder Abuse & Neglect*, 23:2, 190-211.

Schiamberg, Lawrence B. PhD, *at alii* (2012) Physical Abuse of Older Adults in Nursing Homes: A Random Sample Survey of Adults With an Elderly Family Member in a Nursing Home, *Journal of Elder Abuse & Neglect*, 24:1, 65-83.

Wilber, K. H., & Nielsen, E. K. (2002). Elder abuse: New approaches to an age-old problem. *The Public Policy and Aging Report*, 12(2), 1, 24-27.

O CASO SCHREMS CONTRA FACEBOOK E O CONTRATO DE CONSUMO INTERNACIONAL

Anabela Susana de Sousa Gonçalves¹

1. O caso *Schrems* contra *Facebook*

A decisão do TJUE (Tribunal de Justiça da União Europeia) em análise opõe *Maximilian Schrems* à rede social *Facebook*². *Schrems* era utilizador do *Facebook* desde 2008, utilizando-o para fins privados, publicando fotografias, conteúdos, utilizando-o para conversas, tendo cerca de 250 amigos naquela rede social. Em 2011, abre uma nova conta de *Facebook* para divulgar as suas atividades contra o *Facebook Ireland*, que incluíam as conferências, a participação em debates, presenças nos meios de comunicação social, campanhas de angariação de fundos e publicidade dos seus livros.

A batalha de *Schrems* contra o *Facebook* inicia-se em 2011, tendo este apresentado vinte e três queixas na Comissão Irlandesa para a Proteção de Dados contra aquela rede social. Uma dessas queixas esteve na base de um pedido de decisão prejudicial para o TJUE, em que se colocou a questão de determinar se Comissão Irlandesa para a Proteção de Dados poderia investigar a transferência de dados pessoais dos utilizadores pelo *Facebook Ireland* para os Estados Unidos e a conservação dos mesmos em servidores situados neste país³. Além disso, *Schrems* publicou livros denunciando o que considerava configurarem violações de direitos de proteção de dados, proferiu conferências sobre o tema (algumas pagas), registou *blogs*, petições em linha e páginas de internet para financiar as ações contra o *Facebook*. Simultaneamente, constituiu uma associação cujo objeto era promover o respeito do direito à proteção de dados, apoiando financeiramente processos modelo de interesse geral contra empresas, financiando despesas, recolhendo, gerindo e aplicando donativos. Neste âmbito, *Schrems* obteve a cessação de direitos de mais de 25 000 pessoas de todo o mundo, para os exercer nos processos que moveu contra o *Facebook*.

No processo que agora comentamos *Schrems*, invocando os seus direitos e os direitos de sete consumidores e residentes na Áustria, Alemanha e Índia, cocontratantes do *Facebook* e que lhe cederam os seus direitos, propôs no Tribunal Regional Cível de Viena uma ação contra o *Facebook Ireland*. Nessa ação pediu: a declaração do Facebook como prestador de serviços e à sujeição deste às instruções dadas ou à sua qualidade de mandante, quando o tratamento é efetuado em proveito próprio, e a invalidade de cláusulas contratuais relativas às condições de utilização; a cessação da utilização para fins próprios ou de terceiros dos seus dados; a prestação de informações sobre a utilização dos mesmos dados; a prestação de contas e de execução relativamente ao

¹ Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho

² TJUE, *Maximilian Schrems c. Facebook Ireland Limited*, Processo C-498/16, de 25 de janeiro de 2018, ECLI:EU:C:2018:37.

³ Tendo o TJUE decidido afirmativamente: *Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner e Digital Rights Ireland Ltd*, Processo C-362/14, de 6 de outubro de 2015, ECLI:EU:C:2015:650.

ajustamento das condições contratuais, reparação dos danos e enriquecimento sem causa. *Schrems* fundamentou a propositura da ação no Tribunal de Viena invocando a sua qualidade de consumidor e, conseqüentemente, o art. 16º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (Bruxelas I), atualmente substituído pelo Regulamento n.º 1215/2012 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (Bruxelas I bis). Foi precisamente a natureza de consumidor de *Schrems* e a decorrente competência internacional do tribunal vienense que o *Facebook Ireland* contestou.

Ora, na primeira instância, o Tribunal Regional Cível de Viena decidiu pela improcedência da ação, considerando que *Schrems* não era consumidor, porque utilizava o *Facebook* também para fins profissionais, não podendo invocar, por isso, o foro que visa proteger o consumidor. Decidiu, ainda, este tribunal que, havendo cessão de direitos, o foro que se estabelece em função da pessoa (*ratione personae*) do cedente não se transmite ao cessionário. Esta decisão foi objeto de recurso até ao Supremo Tribunal austríaco que colocou ao TJUE as duas questões: a primeira, no sentido de saber se nas circunstâncias elencadas no caso poderemos ainda invocar o conceito de consumidor para efeitos do regime de proteção estabelecido no Regulamento Bruxelas I; a segunda, se um consumidor residente num Estado-Membro, em resultado de uma cessão de direitos de outros consumidores, pode invocar no foro estabelecido a seu favor direitos próprios e direitos de outros consumidores, residentes no mesmo Estado-Membro, em outros Estados-Membros ou Estados terceiros.

2. O contrato de consumo internacional

O contrato de consumo é regulado de acordo com o princípio da proteção da parte mais fraca. A autonomia privada, princípio estruturante de direito privado, baseia-se na igualdade jurídica dos contraentes, que permite que os contraentes tenham a liberdade de decidir a celebração (ou não) de um contrato e o seu conteúdo. Todavia, por vezes, certos fatores naturais, jurídicos, sociais, económicos introduzem distorções na relação jurídica que se traduzem por um poder negocial anormal de uma das partes em relação à outra, que as ordens jurídicas eticamente não podem tolerar. Nestes casos, o legislador intervém para reequilibrar a relação jurídica através de critérios materiais com vista a proteger a parte negocialmente mais débil⁴, para garantir a igualdade material.

Assim acontece no contrato de consumo, em que o consumidor é considerado a parte mais fraca, a parte juridicamente menos experiente⁵, por não estar no comércio por profissão, faltando-lhe a organização comercial e visão profissional do comerciante. Adiciona-se o facto de o consumidor ter geralmente reduzida influência na negociação

⁴ Neste sentido, v. HÖRSTER (1992), p. 55; CORDEIRO (2011), p. 396.

⁵ Assim foi caracterizado por diversas vezes pelo TJUE, *Johann Gruber contra Bay Wa AG*, Proc. C-464/01, de 20.01.2005, CJ 2005, pp. I-00439, §34; *idem*, *Peter Pammer contra Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG* (C-585/08) e *Hotel Alpenhof GesmbH contra Olivier Heller* (C-144/09), Proc. Apensos C-585/08 e C-144/09, de 7.12.2010, CJ 2010, pp. I-12527, §58.

do contrato, sujeitando-se por vezes a contratos de adesão⁶. Por esta razão, o consumidor goza de proteção constitucional no art. 60º da Constituição da República Portuguesa que impõe ao legislador ordinário a obrigatoriedade de garantir ao consumidor um conjunto de direitos, como o direito à qualidade dos bens e dos serviços, o direito à formação, o direito à informação, o direito à proteção da sua saúde e da sua segurança e o direito à proteção dos interesses económicos⁷.

Se esta é a realidade nas relações privadas internas, nas relações privadas internacionais a posição de fragilidade do consumidor é maior, assim como aumenta a posição de superioridade do comerciante, face às características do comércio internacional. Desenvolver uma atividade profissional no comércio internacional implica um maior grau de preparação, de organização e de informação, para reduzir os riscos de atuar num mercado mais alargado e maximizar o lucro. Por sua vez, o consumidor terá dificuldades acrescidas em determinar qual a lei aplicável a um contrato de consumo internacional que celebre; caso se aplique uma lei estrangeira, qual o seu conteúdo; em caso de litígio, determinar a que foro de deve dirigir; e, caso tenha de litigar em país estrangeiro, acrescem as dificuldades e os custos inerentes que muitas vezes inviabilizam o exercício dos seus direitos.

Nos contratos de consumo celebrados através da internet, a debilidade negocial do consumidor aumenta pelas características da internet como um meio de alcance mundial, em que os seus utilizadores estão deslocalizados, dando uma natureza de internacionalidade às atividades que aí se processam. Esta facilidade de comunicação favorece o estabelecimento de ligações contratuais entre empresas e entre estas e os consumidores estabelecidos em países diferentes. Na perspetiva do consumidor, o imediatismo que resulta da celebração de contratos eletrónicos empurra-os frequentemente para a celebração de contratos de adesão, por exemplo através de técnicas de *click and wrap*, que ainda tornam a celebração destes contratos mais rápida⁸.

A regulamentação do contrato de consumo internacional tem em conta a necessidade de estabelecer critérios materiais para reequilibrar a posição do consumidor enquanto parte mais fraca na relação jurídica. Encontramos a regulamentação destes contratos relativamente à lei aplicável: na Convenção de Roma de 19 de junho de 1980 Sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Convenção de Roma) e no Regulamento n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (denominado de Roma I). Já quanto à competência internacional e ao reconhecimento de decisões estrangeiras, temos de recorrer ao

⁶ Neste sentido, enunciando os fundamentos gerais de proteção do consumidor, CORDEIRO (2011), pp. 202-216.

⁷ Sobre a proteção constitucional do consumidor, v. com maior desenvolvimento MIRANDA/ MEDEIROS (2010), pp. 1169-1178.

⁸ Com uma visão sobre a posição de acentuada fragilidade que o consumidor assume no contrato de consumo internacional, v. GONÇALVES (2013), pp. 5-32; GONÇALVES (2014a), pp. 55-64; GONÇALVES (2014b), pp. 709-731; GONÇALVES (2015), pp. 5-20; OLIVEIRA (2002), pp. 23-30; RAMOS (1995), pp. 238-239.

Regulamento Bruxelas I *bis*, que veio substituir o Regulamento 44/2001 (Bruxelas I)⁹, nos termos do art. 80^o¹⁰. Ora, é precisamente sobre a questão da competência internacional do tribunal de Viena que o caso *Schrems* gravita e, consequentemente, sobre o regime previsto no Regulamento Bruxelas I *bis* e que, por essa razão, passaremos em seguida a analisar.

3. O regulamento Bruxelas I *bis*

O Regulamento Bruxelas I *bis* é um dos instrumentos legais de referência no âmbito da política de cooperação judiciária em matéria civil da União Europeia (UE)¹¹, e unifica as regras de conflitos de jurisdições (do art. 4^o ao art. 35^o), as normas de reconhecimento de decisões proferidas pelos tribunais dos Estados-Membros e de reconhecimento dos atos autênticos exarados ou registados num Estado-Membro e transações judiciais provenientes de um Estado-Membro (art. 36^o e art. 60^o).

O Regulamento Bruxelas I *bis* regula as matérias civis e comerciais, segundo o disposto no n.º 1 do art. 1^o, estando excluídas do seu âmbito, aquelas matérias elencadas no n.º 2 da mesma disposição legal, como: o estado e a capacidade das pessoas singulares; os regimes matrimoniais e de relações equiparáveis; as obrigações de alimentos, resultantes de parentesco, casamento ou afinidade; os testamentos e as sucessões; as falências; a segurança social; a arbitragem; as matérias fiscais, aduaneiras e administrativas. Adicionalmente, a aplicação do Regulamento Bruxelas I *bis* exige que a situação em litígio contenha elementos de estraneidade, uma vez que o Regulamento não se aplica a situações puramente internas¹².

Quanto ao âmbito de aplicação espacial, as regras de competência internacional do regulamento Bruxelas I *bis* têm aplicação naquelas situações em que o requerido tem domicílio num Estado-Membro, de acordo com o princípio do domicílio do réu (art. 4^o, n.º 1). Caso contrário, serão aplicáveis as regras de competência nacionais dos Estados-Membros, ressalvando, porém, o art. 6^o, n.º 1, as situações previstas no art. 18^o, n.º 1 (contrato de consumo), no art. 21^o, n.º 2 (contrato de trabalho), no art. 24^o (competências exclusivas) e no art. 25^o (pactos de jurisdição). Nos casos descritos pode existir competência dos tribunais dos Estados-Membros, independentemente do

⁹ O Regulamento n.º 44/2001, por sua vez, entrou em vigor em 1 de Março de 2002, de acordo com o seu art. 76^o, sendo determinado, no art. 66^o, n.º 1, que o disposto neste regulamento era aplicável às ações judiciais intentadas ou aos atos autênticos exarados após a sua entrada em vigor, e veio substituir entre os Estados-Membros a Convenção de Bruxelas, adotando a sua estrutura e, em grande medida, o seu texto.

¹⁰ Sobre as principais alterações introduzidas pelo Regulamento Bruxelas I *bis* face ao texto anterior, v. GONÇALVES (2014C), pp. 39-59.

¹¹ Sobre a política de cooperação judiciária em matéria civil, v. GONÇALVES (2016), pp. 339-391.

¹² Condição afirmada no relatório no Relatório Jenard e no Relatório Schlosser, assim como em variada jurisprudência do TJUE: JENARD (1979), p. 8; SCHLOSSER (1979), p. 81; TJUE, *Andrew Owusu contra N. B. Jackson, agindo sob o nome comercial «Villa Holidays Bal-Inn Villas»*, Processo C-281/02, de 1.3.2005, § 25, ainda relativamente à Convenção de Bruxelas, entre outros.

domicílio do réu. Por sua vez, as regras de reconhecimento aplicam-se às decisões proferidas pelos tribunais dos Estados-Membros que se integrem no âmbito de aplicação material de Bruxelas I *bis*, de acordo com o art. 36º do Regulamento. O Regulamento também regula a exequibilidade nos Estados-Membros de actos autênticos exarados ou registados em outro Estado-Membro e que também nele tenham força executiva dentro do seu âmbito de aplicação material e das transacções judiciais que tenham valor executivo no Estado-Membro de origem, de acordo com o art. 58º.

4. Jurisdição internacional e a proteção do consumidor

O Regulamento Bruxelas I *bis* estabelece uma regra de competência geral que prevê o princípio *actor sequitur forum rei* (art. 4º, n.º 1) – o tribunal competente será o do domicílio do réu. Prevê, também, regras de competência especial que fixam foros alternativos em relação à regra geral e que foram pensadas em função da proximidade do litígio com o tribunal (artigos. 7º a 9º), como em matéria contratual e extracontratual, que são norteadas pelo princípio de proximidade e que visam salvaguardar as legítimas expectativas das partes e promover uma boa administração da justiça¹³. Todavia, sobre estas normas têm prioridade as normas de competência internacional previstas no Regulamento que visam a proteção da parte negocialmente mais débil.

O Regulamento Bruxelas I *bis* tem um conjunto de normas de competência internacional que visam a proteção da parte mais fraca na relação jurídica, que se caracterizam por aumentarem o número de foros a que a parte mais fraca pode recorrer, em comparação com a contraparte que fica limitada praticamente ao tribunal do domicílio do réu, estabelecendo algumas normas inclusive um *forum actoris* e requisitos mais rigorosos para a celebração válida de pactos de jurisdição. Constam deste elenco, as normas de competência relativas ao contrato de seguro (do art. 10º ao art. 16º), ao contrato de consumo (do art. 17º ao art. 19º) e ao contrato de trabalho (do art. 20º ao art. 23º)¹⁴.

Especificamente, em relação ao contrato de consumo, a secção 4 do capítulo II do Regulamento Bruxelas II *bis* contém regras especiais que derrogam as normas gerais previstas no Regulamento, com vista à proteção do consumidor enquanto parte mais fraca. Para esse efeito, o legislador delimita o tipo de contratos de consumo objeto de proteção, no art. 17º n.º 1. Fazem parte do elenco estabelecido na norma os contratos de compra e venda, a prestações, de bens móveis corpóreos (a); os contratos de empréstimo reembolsáveis em prestações, ou outra forma de crédito concedido para financiamento da venda de tais bens (b); ou os contratos celebrados com uma pessoa com atividade comercial ou profissional no Estado-Membro do domicílio do consumidor ou que dirija

¹³ Sobre as regras de competência especial e a justificação dos foros em causa, v., *v.g.*, CARBONE (2002), pp. 81 e segs; REAL (1986), pp. 287 e segs; DROZ (1971), pp. 71 e segs; GAUDEMET-TALLON (2015), pp. 195-340; SALERNO (2006), pp. 154-155; SOUSA/VICENTE (1994), pp. 93-94.

¹⁴ Sobre estas regras que visam a proteção da parte mais fraca, v., *v.g.*, HEISS (2012), pp. 331-362; NIELSON (2012), pp. 363-391; ESPLUGUES MOTA/PALAO MORENO (2012), pp. 391-412; PINHEIRO (2012), pp. 136-164; STONE (2008) pp. 113-132.

essa atividade, por quaisquer meios, a esse Estado-Membro ou a vários Estados incluindo esse Estado-Membro, desde que o contrato seja abrangido por essa atividade (c). A última parte da al. c), do art. 17º, é vocacionado especialmente para os contratos de consumo celebrados no âmbito do comércio eletrónico, existindo várias decisões do TJUE que ajudam a concretizar o conceito do agente económico dirigir a sua atividade profissional, por quaisquer meios, para o Estado-Membro do domicílio do consumidor¹⁵.

Perante um destes contratos de consumo, o consumidor pode recorrer os tribunais do domicílio do seu cocontratante, agente económico, ou ao tribunal do lugar do seu próprio domicílio, independentemente do lugar onde está domiciliado a outra parte (art. 18º, n.º 1). Na última versão do Regulamento Bruxelas I, de 2012, verifica-se um aperfeiçoamento da proteção do consumidor, enquanto parte negocialmente mais débil, garantindo-se a manutenção da competência dos tribunais dos Estados-Membros, ao prever-se uma extensão de competência que permite ao consumidor propor a ação no tribunal do lugar do seu domicílio, independentemente do domicílio do requerido. Por sua vez, o cocontratante do consumidor só pode propor a ação no país do domicílio do consumidor.

Verifica-se nestes artigos um objetivo de proteção da parte mais fraca na relação jurídica (o consumidor), privilegiando-se o foro mais próximo da parte que se quer proteger, fazendo recair sobre o cocontratante do consumidor o ónus e o custo de litigar em país estrangeiro. Não só porque este, geralmente, se encontra em melhor situação económica, mas porque este possui a suportá-lo uma organização empresarial e a experiência da sua profissão. Há, consequentemente, um desvio à regra geral *actor sequitur forum rei*, a favor da jurisdição do domicílio do consumidor, estabelecendo-se *um forum actoris*. Desta forma, o consumidor poderá com maior facilidade e com menos gastos invocar os seus direitos perante os tribunais do seu país de domicílio.

Simultaneamente, verifica-se uma tentativa de conciliação *forum/ius*, pois nos termos do art. 6º do Regulamento (Roma I) a lei subsidiariamente aplicável ao contrato de consumo internacional na ausência de escolha de lei é a lei da residência habitual do consumidor. Mesmo perante uma *electio iuris*, a lei da residência habitual do consumidor assume a importante função de padrão de proteção do consumidor, pois as disposições imperativas desta lei que sejam mais protetoras do consumidor, em comparação com as disposições da lei escolhida pelas partes, serão aplicáveis. Há também no plano da lei aplicável, uma opção de política legislativa por uma lei mais próxima da parte que se quer proteger, conseguindo o legislador da União um importante objetivo: a aplicação dos padrões imperativos de proteção da lei da residência habitual do consumidor nos contratos de consumo internacional, o que no caso dos consumidores residentes na União Europeia será a lei de um Estado-Membro. Ora, como grande parte das legislações dos Estados-Membros no domínio do direito de consumo é de fonte da

¹⁵ V. com mais desenvolvimentos sobre este conceito e a sua aplicação aos contratos de consumo celebrados com recurso a meios eletrónicos, v. GONÇALVES (2013), pp. 5-32; GONÇALVES (2014a), pp. 55-64; GONÇALVES (2013b), pp. 709-731; GONÇALVES (2015), pp. 5-20.

União Europeia, os consumidores residentes num Estado-Membro ficam protegidos pelos *standards* de proteção mínima do direito de consumo da União¹⁶.

Esta coincidência *forum/ius* tem importantes vantagens no plano processual, pois facilita a boa administração da justiça, já que o julgador que apreciar estes litígios irá aplicar direito nacional, com importantes benefícios no apuramento do conteúdo deste direito e na aplicação do mesmo, já que tem um maior domínio sobre o seu direito nacional, em comparação com uma lei estrangeira. Daqui resultam também importantes vantagens no plano da celeridade da resolução de um eventual litígio.

Assim sendo, podemos afirmar que a previsão do foro do domicílio do consumidor foi pensado em função da proximidade com a parte que se tentou proteger – o consumidor. Ora, é com base no art. 18º, n.º 1, que *Schrems* propôs a acção que moveu contra o *Facebook Ireland* no Tribunal Regional Cível de Viena, tribunal do seu domicílio. Tendo em consideração a especificidade da atividade de *Schrems* coloca-se a questão, no caso que estamos a comentar, se este poderia ser considerado um consumidor, e assim gozar do regime protetor do Regulamento Bruxelas I *bis*, recorrendo ao tribunal do seu domicílio. Logo, convém analisar o conceito de consumidor para efeitos do Regulamento Bruxelas I *bis*.

5. O conceito de consumidor

O TJUE tem repetidamente afirmado que a interpretação dos conceitos utilizados inicialmente na Convenção de Bruxelas e, posteriormente, nos regulamentos Bruxelas I deve adotar um conteúdo autónomo face àquele que lhe é dado pelas ordens jurídicas nacionais, com o objetivo de se promover uma aplicação uniforme destes instrumentos legislativos. Esta interpretação autónoma deve ser construída tendo em conta o espírito, objetivos, o sistema e os princípios inicialmente da Convenção de Bruxelas¹⁷ e, posteriormente, dos regulamentos Bruxelas I¹⁸.

¹⁶ V. com mais pormenor, *idem, ibidem*.

¹⁷ Para efeitos da Convenção de Bruxelas, v. *v.g.*, a jurisprudência do TJUE neste sentido: *LTU Lufttransportunternehmen GmbH & Co KG c. Eurocontrol*, Processo 29/76, de 14 de outubro de 1976, *CJ* 1976, pp. 629 e segs; *idem, État néerlandais c. Reinhold Rüffer*, Processo 814/76, de 16 de dezembro de 1980, *CJ* 1980, pp. 3807 e segs; *idem, Francesco Benincasa c. Dentalkit Srl*, Processo C-269/95, de 3 de junho de 1997, *CJ* 1997, pp. I-3767 e segs; *idem, Roche Nederland BV e o. c. Frederick Primus e Milton Goldenberg*, Processo C-539/03, de 13 de junho 2003, *CJ* 2003, pp. I-6535 e segs; *idem, Gesellschaft für Antriebs-technik mbH & Co. KG c. Lamellen und Kupplungsbau Beteiligungs KG*, Processo C-4/03, de 13 de julho de 2006, *CJ* 2006, pp. I-6509; *idem, Falco Privatstiftung e Thomas Rabitsch c. Gisela Weller-Lindhorst*, Processo C-533/07, *CJ* 2009, pp. I-03327.

¹⁸ Afirmando a continuidade interpretativa entre a Convenção de Bruxelas e os regulamentos Bruxelas e a necessidade da manutenção de uma interpretação autónoma dos conceitos presentes nestes instrumentos legais, v. as decisões do TJUE, entre outros, *Reisch Montage AG c. Kiesel Baumaschinen Handels GmbH*, Cit., pp. I-6827 e segs; *idem, Falco Privatstiftung e Thomas Rabitsch c. Gisela Weller-Lindhorst*, Cit., pp. I-03327; *idem, Peter Pammer c. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG (C-585/08)* e *Hotel Alpenhof GesmbH c. Olivier Heller (C-144/09)*, Cit.

Esta interpretação autónoma dos conceitos presentes na Convenção de Bruxelas permitiu uma aplicação uniforme da mesma. Posteriormente, o TJUE afirmou que o Regulamento Bruxelas I é uma atualização da Convenção de Bruxelas, devendo existir uma continuidade interpretativa entre os dois instrumentos, mantendo-se a interpretação autónoma dos seus conceitos tendo em conta o sistema e os objectivos daquele Regulamento¹⁹.

O conceito de consumidor para efeitos do Regulamento Bruxelas I *bis* tem por base o disposto no art. 17º, n.º 1, que define o consumidor como a pessoa que celebra um contrato para uma finalidade que possa ser estranha à sua atividade comercial ou profissional.

Resulta desta norma vários elementos. Desde logo, que estão em causa contratos celebrados entre um consumidor e um profissional, devendo a noção de profissional ser entendida como a “pessoa que age no exercício da sua actividade ou atividades profissionais”, de acordo com a noção que consta no art. 6º do Regulamento n.º 593/2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)²⁰ e que também resulta da jurisprudência do TJUE²¹.

É ainda exigido que o objetivo do contrato não seja destinado ao comércio ou à atividade profissional do consumidor. Segundo o TJUE, o conceito de consumidor deve ser interpretado restritamente, sendo certo que o elemento que identifica um consumidor num contrato não é a situação subjetiva da pessoa, mas a sua posição no contrato e a natureza e o objetivo do mesmo²². Por conseguinte, apenas os contratos celebrados com o objetivo de satisfazer as necessidades próprias de um indivíduo em termos de consumo privado são abrangidos pelas disposições destinadas a proteger o consumidor como a parte considerada económica e juridicamente mais fraca²³. Se a finalidade do contrato é a atividade comercial ou profissional da pessoa, mesmo que seja uma atividade futura, a proteção da norma não se aplica.

¹⁹ V., entre outros, TJUE, *Reisch Montage AG c. Kiesel Baumaschinen Handels GmbH*, Cit., pp. I-6827 e segs; *idem*, *Falco Privatstiftung e Thomas Rabitsch c. Gisela Weller-Lindhorst*, Cit., pp. I-03327; *idem*, *Peter Pammer c. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG (C-585/08)* e *Hotel Alpenhof GesmbH c. Olivier Heller (C-144/09)*, Cit.

²⁰ A complementaridade que existe entre as normas de conflitos, as normas de competência internacional e as normas de reconhecimento na regulamentação das questões privadas internacionais determina uma interpretação articulada do Regulamento Bruxelas I *bis* e do Regulamento Roma I. Desta forma, o considerando 7 do Regulamento Roma I enfatiza a necessidade de aplicar as normas previstas naquele Regulamento de harmonia com as regras do Regulamento Bruxelas I. O TJUE também já afirmou por diversas vezes a necessidade de uma interpretação articulada dos dois instrumentos: TJUE, *Heiko Koelzsch contra État du Grão-Ducado do Luxemburgo*, Cit.; *idem*, *Peter Pammer c. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG (C-585/08)* e *Hotel Alpenhof GesmbH c. Olivier Heller (C-144/09)*, Cit. V. com mais pormenor, GONÇALVES (2016), pp. 361-364.

²¹ TJUE, *Harald Kolassa c. Barclays Bank plc.*, Processo C-375/13, de 28 de janeiro de 2015, ECLI:EU:C:2015:37, § 32.

²² TJUE, *Francesco Benincasa c. Dentalkit Srl.*, Processo C-269/95, 03.07.1997, ECR 1997, p. I-03767, §16. Cfr. sobre o conceito de consumidor: TJUE, *Shearson Lehmann Hutton Inc. c. TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH.*, Processo C-89/91, 10.01.1991, ECR 1993, p. I-00139, § 24.

²³ TJUE, *Francesco Benincasa c. Dentalkit Srl.*, Cit., §17.

Caso o contrato tenha um duplo objetivo, segundo o TJUE, a proteção da secção 4 do capítulo II do Regulamento Bruxelas I *bis* não pode ser invocada pela pessoa que contrata tendo parcialmente em vista a sua atividade profissional, exceto «(...) se o nexo do referido contrato com a atividade profissional do interessado fosse tão ténue que se tornaria marginal e, por isso, teria um papel despiciendo no contexto da operação a propósito da qual o contrato foi celebrado, considerada globalmente»²⁴. Nessa análise, o tribunal deve levar em conta a natureza, o conteúdo e a finalidade do contrato e outras circunstâncias objetivas existentes no momento de sua conclusão²⁵.

Ora, no acórdão que agora comentamos, o TJUE reafirmou as características que delimitam a figura do consumidor e que já resultavam da jurisprudência deste tribunal²⁶. Olhando para as características da situação a decidir, o TJUE admitiu que tendo em conta a natureza dos serviços subjacentes à utilização de uma rede social é natural que exista uma evolução ao longo do tempo da utilização dos serviços da rede²⁷. Todavia, o utilizador apenas pode invocar a qualidade de consumidor se a utilização que fizer da rede for essencialmente não profissional, não o podendo fazer se com o passar do tempo essa utilização tiver adquirido um carácter essencialmente profissional²⁸.

Ainda assim, a qualidade de consumidor é estabelecido independentemente dos conhecimentos concretos e informações específicas que a pessoa tem ou da experiência da pessoa no domínio dos serviços que lhe são prestados pelo profissional, não lhe retirando essa qualidade, no caso a apreciar, o compromisso da pessoa no âmbito da representação dos direitos de outros utilizadores do serviço²⁹. Esta interpretação de consumidor para efeitos do Regulamento Bruxelas I *bis* está de acordo com a interpretação feita pelo mesmo tribunal no âmbito do art. 2.º, al. b), da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, no acórdão *Costea*³⁰, promovendo a interpretação coerente do direito da União Europeia. Esta é também a interpretação que promove a proteção efetiva do consumidor, caso contrário este tipo de pessoas com conhecimentos específicos na área do serviço que contrataram ou de bem que compraram nunca seriam protegidos como consumidores ainda que a utilização que fizessem fosse essencialmente não profissional. Consequentemente e de forma coerente com a jurisprudência anterior, decidiu o TJUE que uma pessoa que publica livros, gere sítios, recolhe donativos no âmbito da proteção de dados pessoais não perde a sua qualidade de consumidor quando utiliza uma conta privada do *Facebook*.

²⁴ TJUE, *Johann Gruber c. Bay Wa AG*, Processo C-464/01, 20.01.2005, ECR 2005, p. I-00439, § 39.

²⁵ *Idem, ibidem*, § 47.

²⁶ TJUE, *Maximilian Schrems c. Facebook Ireland Limited*, Cit., §29-32.

²⁷ *Idem, ibidem*, §37.

²⁸ *Idem, ibidem*, §38.

²⁹ *Idem, ibidem*, §39.

³⁰ TJUE, *Horațiu Ovidiu Costea contra SC Volksbank România SA*, processo C-110/14, de 3 de setembro de 2015, § 21.

6. A cessão de direitos

A última questão apreciada diz respeito aos direitos cedidos pelos outros consumidores a *Schrem*, estando estes domiciliados no mesmo Estado-Membro, em outros Estados-Membros ou em Estados terceiros: será que estes direitos poderiam ser exercidos no foro do domicílio de *Schrem*, cessionário dos mesmos, enquanto consumidor, ao abrigo do regime especial do Regulamento Bruxelas I *bis*?

Como vimos supra, o TJUE opta por uma interpretação restrita do conceito de consumidor, uma vez que o regime estabelecido neste tipo de contratos é um regime excecional, em relação à regra geral do art. 4º e às regras de competência especial do art. 7º, que visa a proteção do consumidor enquanto parte negocialmente mais débil. Além disso, este regime visa o contrato de consumo, que implica a celebração de um contrato entre um consumidor e um profissional, o que permite também ao profissional a previsibilidade do foro que irá resolver eventuais litígios ao celebrar um contrato de consumo com determinado consumidor, aceitando que, de acordo com o art. 18º, será o do domicílio do consumidor.

Ora, a cessão de direitos, como já tinha afirmado o TJUE³¹, não pode ter influência na determinação do tribunal competente, caso contrário através da concentração de direitos na esfera jurídica do concessionário, o tribunal deixaria de ser previsível para o profissional, com prejuízo para a certeza e segurança jurídica. Efetivamente, no momento da celebração de um contrato de consumo internacional o profissional conforma-se com o facto de, em caso de litígio, ter de se dirigir ou defender no tribunal do domicílio do consumidor, assumindo o risco de, eventualmente, litigar no estrangeiro e especificamente no tribunal do Estado-Membro do domicílio do consumidor, e fazendo uma previsão de custos e de benefícios.

A previsibilidade do foro é um dos grandes objetivos do Regulamento Bruxelas I³², tendo o legislador optado por foros com uma proximidade com o objeto do litígio ou com a parte a proteger (no caso do contrato de consumo). Se esta regra pudesse ser alterada através de uma cessão de direitos a favor de outro consumidor, tal significaria que o profissional poderia ser demandado nos tribunais de qualquer Estado-Membro em resultado da cessão, tornando o foro imprevisível e o risco e os custos de celebrar um contrato de consumo internacional difíceis de calcular. Daqui poderia resultar um foro sem qualquer ligação ao objeto do litígio ou às partes que celebraram o contrato de consumo.

Consequentemente e de forma coerente com a jurisprudência anterior e os objetivos do Regulamento, o TJUE decidiu que o consumidor não pode invocar o seu

³¹ TJUE, *ÖFAB, Östergötlands Fastigheter AB c. Frank Koot, Evergreen Investments BV*, Processo C-147/12, 18 de julho de 2013, ECLI:EU:C:2013:490, § 58; *idem*, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA c. Akzo Nobel NV, Solvay SA/NV, Kemira Oyj, FMC Foret SA*, sendo intervenientes: *Evonik Degussa GmbH, Chemoxal SA, Edison SpA*, Processo C-352/13, de 21 de maio de 2015, ECLI:EU:C:2015:335, § 35.

³² O que tem sido reafirmado pelo TJUE: v., v.g., *ÖFAB, Östergötlands Fastigheter AB c. Frank Koot, Evergreen Investments BV*, Cit., § 58.

domicílio para fundamentar o foro competente quando a ação visa o exercício de direitos que lhe foram cedidos por outros consumidores que estejam domiciliados no mesmo Estado ou em outros Estados³³. Assim se consegue um equilíbrio entre os objetivos de proteção da parte mais fraca, que levaram o legislador a optar por um foro *ratione personae*, e a necessidade de previsibilidade do foro competente.

7. Conclusão

No caso *Schrems contra Facebook* o TJUE volta a debruçar-se sobre a proteção do consumidor no Regulamento Bruxelas I. Sendo o consumidor a parte económica e juridicamente mais débil na relação jurídica, o Regulamento estabelece um foro em função da proximidade com a parte que se quer proteger. Assim, o tribunal do domicílio do consumidor será competente para julgar um litígio emergente de um contrato de consumo internacional, colocando sobre o cocontratante do consumidor o ónus e o custo de litigar num país estrangeiro. Além disso, consegue-se uma coincidência *forum/ius* com evidentes vantagens no processual.

O próprio Regulamento estabelece o conceito de consumidor e de contratos de consumo a que se aplica este regime, e é sobre este conceito que o TJUE se debruça novamente no caso *Schrems contra Facebook*.

Por um lado, é necessário que o contrato seja celebrado para uma finalidade que possa ser considerada estranha à sua atividade profissional. Quanto a esta noção, o TJUE já se tinha pronunciado no sentido de considerar que não estaria em causa a situação subjetiva da pessoa no contrato, mas sim a sua situação objetiva: ou seja, o objetivo da celebração do contrato deveria consistir em satisfazer essencialmente necessidades próprias do indivíduo, o que deveria ser inferido da natureza, do conteúdo, da finalidade do contrato e de outras circunstâncias objetivas existentes no momento da celebração do contrato. No caso *Schrems*, o TJUE reitera esta posição considerando também que a qualidade de consumidor é estabelecida independentemente dos conhecimentos concretos e informações específicas que a pessoa tem ou da experiência da pessoa no domínio dos serviços que lhe são prestados pelo profissional. Esta interpretação promove a proteção efetiva do consumidor, caso contrário o consumidor com conhecimentos especializados na área em que contratou nunca teria a proteção de consumidor.

Por outro lado, o contrato alvo de proteção no Regulamento Bruxelas I *bis* é aquele que é celebrado entre consumidor e o profissional, o que permite ao profissional alguma previsibilidade do foro que irá resolver eventuais litígios resultantes daquele contrato. No caso *Schrems*, o TJUE reitera a posição já assumida anteriormente, no sentido de a cessão de direitos não ter influência sobre a determinação do tribunal competente, caso contrário poderíamos ter um foro sem ligação ao objeto do litígio ou às

³³ TJUE, *Maximilian Schrems c. Facebook Ireland Limited*, Cit., §49.

partes e, por isso, imprevisível para o profissional, contrariando um dos fins do Regulamento Bruxelas I *bis*.

Assim, concluímos que no caso *Schrems contra Facebook*, o TJUE reitera posições já anteriormente assumidas em relação ao conceito de consumidor e de contrato de consumo, para efeitos do Regulamento Bruxelas I *bis*. O grande alcance deste acórdão é o facto de, pela primeira vez, o TJUE considerar que o contrato que liga o utilizador do *Facebook* a esta rede social é um contrato de consumo internacional, com todas as consequências que daí podem advir. Estas consequências situam-se, não só no plano da jurisdição internacional e do reconhecimento e execução de decisões dentro da União Europeia, mas também no plano da lei aplicável, abrindo-se, com esta decisão, uma porta privilegiada para a aplicação a estes contratos do direito de consumo de fonte da União.

Bibliografia

- Carbone, Sérgio, 2002, *Il nouvo sapazio giudiziario dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento CE 44/2001*, Ed. 4^a, G. Giappichelli Editore, Torino.
- Cordeiro, António Menezes, 2011, *Tratado de Direito Civil Português*, Parte geral, tomo I, Almedina, Coimbra.
- Droz, Georges A. L., 1971, *La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la communauté économique européenne selon la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Université de Droit, d'Economie et des Sciences Sociales Oaris II, Paris.
- Esplugues Mota, Carlos, Palao Moreno, Guillermo, 2012 «Jurisdiction over individual contracts of employment» in *Brussels I Regulation*, Ulrich Magnus – Peter Mankowski (Coord.), 2^a Ed., Sellier European Law Publishers, Munich.
- Gonçalves, Anabela Susana de Sousa, 2013, «Evolução da regulamentação europeia dos contratos de consumo internacionais celebrados por via electrónica», *Scientia Iuridica*, 2013, n.º 331, pp. 5-32.
- Gonçalves, Anabela Susana de Sousa, 2014a, «O Contrato de Consumo Internacional Celebrado com Recurso a Meios Electrónicos no Regulamento Bruxelas I», in *FODERTICS: Estudios sobre Nuevas Tecnologías y Justicia 3.0*, Federico Bueno de Mata (coord.), Comares, Granada, pp. 55-64.
- Gonçalves, Anabela Susana de Sousa, 2014b, «E-commerce and the protection of the consumer in international contracts by the European Union law» in *Los servicios en el Derecho Internacional Privado, Jornadas de la ASADIP 2014*, Coord. José António Moreno Rodríguez – Cláudia Lima Marques, Grafia e Editora RJR, Porto Alegre/Asunción, pp. 709-731.
- Gonçalves, Anabela Susana de Sousa, 2014c, «A Revisão do Regulamento Bruxelas I Relativo à Competência Judiciária, ao Reconhecimento e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial» in *Estudos em Comemoração dos 20 Anos da*

- Escola de Direito da Universidade do Minho*, Mário Monte *et al.* (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 39-59.
- Gonçalves, Anabela Susana de Sousa, 2015, «The E-Commerce International Consumer Contract in the European Union», *Masaryk University Journal of Law and Technology*, Vol. 9, Number 1, summer 2015, pp. 5-20.
- Gonçalves, Anabela Susana de Sousa, 2016, «Cooperação Judiciária em Matéria Civil» in *Direito da União Europeia, Elementos de Direito e Política da União*, Alessandra Silveira, Mariana Canotilho, Pedro Madeira Froufe (coord.), Almedina, Coimbra, pp. 339-391.
- Gaudemet-Tallon, Hélène, 2015, *Compétence et Exécution des Jugements en Europe, Matières Civiles et commerciale*, 5^a Ed., L.G.D.J., Issy-les-Moulineaux.
- Heiss, Helmut, 2012, «Jurisdiction in matters relating to insurance» in *Brussels I Regulation*, Ulrich Magnus, Peter Mankowski (coord.), 2^a Ed., Sellier European Law Publishers, Munich.
- Hörster, Heinrich Ewald, 1992, *A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra.
- Jenard, Paul, 1979, «Relatório sobre a Convenção, de 27 de Setembro de 1968, relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial», *JO C 59*, pp. 1-69.
- Miranda, Jorge, Medeiros, Rui, 2010, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2^a ed., com a colaboração Maria da Glória Garcia *et alii.*, Coimbra Editora, Coimbra.
- Nielson, Peter Arnt, 2012, «Jurisdiction over consumer contracts» in *Brussels I Regulation*, Ulrich Magnus – Peter Mankowski (Coord.), 2^a Ed., Sellier European Law Publishers, Munich.
- Oliveira, Elsa Dias, 2002, *A Protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados Através da Internet*, Almedina, Coimbra.
- Pinheiro, Luís de Lima, 2012, *Direito Internacional Privado, Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, Vol. III, 2^a Ed., Almedina, Coimbra.
- REAL, Manuel Desantes, 1986, *La Competencia Judicial en la Comunidad Europea*, Bosch, Barcelona.
- Ramos, Rui Manuel Gens de Moura Ramos, 1995, «La protection de la Partie Contractuellement Plus Faible en Droit International Privé Portugais» in *Das Relações privadas Internacionais, Estudos de Direito Internacional Privado*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 197-242.
- SALERNO, Francesco, 2006, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001 (La revisione della Convenzione di Bruxelles del*

1968), 3^a Ed., Cedam.

Schlosser, Peter, 1979, «Relatório sobre a Convenção relativa à adesão do Reino da Dinamarca, da Irlanda e do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte à Convenção relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial, bem como ao Protocolo relativo à sua interpretação pelo Tribunal de Justiça», *JO C* 59, pp. 71-152.

Sousa, Miguel Teixeira de, Vicente, Dário Moura, 1994, *Comentário à Convenção de Bruxelas*, Lex, Lisboa, 1994.

Stone, Peter, 2008, *EU Private International Law, Harmonization of Laws*, Edward Elgar, Cheltenham – UK.

NATIONAL COUNCIL OF THE JUDICIARY IN POLAND. A FEW COMMENTS ON THE CONTROVERSIAL REFORM AND ITS FUTURE

Beata Stepień-Załucka, PhD¹

1. Introduction

The idea of establishing the National Council of the Judiciary in Poland arose at the stage of the Round Table Meetings and related political transformations aimed at making Poland independent from the USSR. It was then that, on the basis of the model of the Supreme Judicial Council, which had functioned in France since 1946, the first body guarding judicial independence and the independence of judges was introduced² into the Constitution of the People's Republic of Poland of 1989³ and the 1989 Act⁴ which specified it⁵.

Before that date, in the political model of the People's Republic of Poland, a strongly connected with the aegis of the USSR, there was no institution defending the independence of the judiciary or the independence of judges. However, it was already proposed at that time that it should be introduced. Nevertheless, at that time, for obvious reasons, it was impossible to argue with this political model. It was only the transformation of the Round Table that made it possible to introduce in Poland the principle of a democratic state, the rule of law, and with them the triple division of powers and the introduction of guarantees to ensure their assurances⁶.

As regards the judiciary, one of the most important concerns has been, and continues to be, to ensure the independence of the judiciary, and with it the non-removability and non-impact on the judicial decision of the judiciary and the independence of the judges. Why these guarantees are so important explains their definition. Judicial independence does not allow any manifestation of external

¹ *University of Rzeszów, Poland*

² See: PIASECKI, Krzysztof, 2005, *Organizacja wymiaru sprawiedliwości w Polsce*, Zakamycze, Kraków, p. 192; LEŚNIAK, Nina, MICHALSKA, Justyna, 2013, „Krajowa Rada Sądownictwa jako pozajudyczny organ władzy sądowniczej”, in *Konstytucyjny model władzy sądowniczej w Polsce – wybrane problemy*, Mariusz Jabłoński, Sylwia Jarosz-Żukowska (eds.), Wrocław, p. 57; CHMIELEWSKA Monika, 2015, „Kompetencje Krajowej Rady Sądownictwa i ich wpływ na realizację zasady niezawisłości sędziów oraz niezależności sądów. Prolegomena”, *Krytyka Prawa*, number 7, pp. 77-78.

³ Constitution of the Republic of Poland, 1997, *Journal of Laws*, number 78, position 483.

⁴ Act of 20 December 1989 r. On the National Council of Judiciary, *Journal of Laws*, number 73, position 435.

⁵ By the way, the institution of the Supreme Judicial Council was incorporated from France into other legal systems, including Italy in 1948, Colombia in 1955, Turkey in 1961 and a number of South American countries, where the Council is also responsible for appointments to judicial posts, managerial positions in courts, opinions on the transfer of a judge, opinions on changes in the structure and organisation of courts, financing of the judiciary, and sometimes also rulings on disciplinary matters of judges.

⁶ Cf. Banaszak, Bogusław, 2012, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa, p. 890.

interference, direct or indirect pressure on the judge as to the final decision of the case⁷. Therefore, in a positive sense, it consists in taking a decision in a case solely on the basis of convictions independent of the judge's subjective judgement, on the basis of the law and within its limits, and in accordance with the judge's internal conviction. In a negative sense, it means releasing the judge from external pressure, which is done mainly by providing the judge with instruments in the trial that will protect him against external pressure⁸. On the other hand, the independence of the judiciary consists in the organisational separation of the judiciary from the other authorities, so that those authorities are not in a position to interfere in the jurisdictional activities of the courts, thereby influencing the exercise of justice by the courts⁹. The implementation of these principles is important because it is the courts that decide on the cases of individuals, and in order to do so properly - according to the law - they must be characterised by independence and the judges who are to decide on them must be independent¹⁰. So there are these principles of values which are fundamental in a democratic state governed by the rule of law, and which ensure that the courts remain free from dependencies, agreements or pressures and rule only on the basis of the law, life experience and the body of evidence they have gathered in a case¹¹.

This has been recognised in Poland and, since its establishment, the National Council of the Judiciary has become an integral part of the system of the Republic of Poland, playing a key role in supporting the judiciary. Therefore, when the Constitution of 2 April 1997¹², which is still in force today, was adopted, it became clear that this body would find its place in it.

Recently, however, the National Council of the Judiciary has divided Polish legal doctrine and society. The amendments proposed by the Polish legislator introduced controversial rules for electing members of the Council. An authority which had an important place in the Polish legal system was shaken. The public and lawyers have divided themselves into supporters of new solutions as well as staunch opponents of the changes introduced. Therefore, in this statement, on the basis of the essence of the

⁷ Cf. DUSZKA-JAKIMKO Hanna, Haczowska Monika, 2017, „Niezależność władzy sądowniczej – realna czy iluzoryczna? Rozważania teoretyczno-prawne”, in *Idea wolności i niezależności w państwie demokratycznym – perspektywa praw jednostki. Księga jubileuszowa dedykowana profesor Halinie Ziębie-Zaluckiej w czterdziestą rocznicę pracy naukowej*, Małgorzata Grzesik-Kulesza, Grzegorz Pastuszko (eds.), Rzeszów, pp. 51-72.

⁸ WILIŃSKI, Paweł, KARLIK, Piotr, 2016, „Komentarz do art. 178” in *Konstytucja RP, Tom II*, Marek Safjan, Leszek Bosek (eds.), C.H. Beck, Warszawa, p. 1.

⁹ GÓRECKI, Dariusz, 2009, *Polskie prawo konstytucyjne*, Warszawa, p. 201.

¹⁰ GONERA, Katarzyna, 2009, „Niezależność i niezawisłość sędziowska jako podstawa państwa prawa. Wewnętrzna (intelektualna) niezależność sędziego”, in *Niezależność sądownictwa i zawodów prawniczych jako fundamenty państwa prawa. Wyzwania współczesności*, Tomasz Wardyński, Magdalena Niziołek (eds.), Warszawa, pp. 87-102.

¹¹ Michalska, Justyna, 2017, „Status sędziego w demokratycznym państwie prawnym”, in *Idea wolności i niezależności w państwie demokratycznym – perspektywa praw jednostki. Księga jubileuszowa dedykowana profesor Halinie Ziębie-Zaluckiej w czterdziestą rocznicę pracy naukowej*, Małgorzata Grzesik-Kulesza, Grzegorz Pastuszko (eds.), Rzeszów, p. 121.

¹² Constitution of the Republic of Poland, 1997, *Journal of Laws*, number 78, position 483.

controversy and the amended regulations, let me present and respond to the arguments of both sides.

2. Constitutional position of the National Council of the Judiciary in Poland

I must start by reminding that the provision of Article 179 of the Constitution states: “Judges shall be appointed by the President of the Republic, upon a motion of the National Council of the Judiciary, for an indefinite period of time”. Article 186 of the Constitution states that “(1) The National Council of the Judiciary shall safeguard the independence of the courts and of the judiciary. (2) The National Judicial Council may request the Constitutional Court to declare normative acts compatible with the Constitution as far as judicial independence and the independence of the judiciary are concerned”. The provision of Article 187 of the Constitution indicates that: “(1) The National Council of the Judiciary shall consist of: 1) First President of the Supreme Court, Minister of Justice, President of the Supreme Administrative Court and a person appointed by the President of the Republic of Poland, 2) fifteen members elected from among the judges of the Supreme Court, common courts, administrative courts and military courts, 3) four members elected by the Sejm¹³ from among its deputies and two members elected by the Senate¹⁴ from among senators. (2) The National Judicial Council shall elect a President and two Vice-Presidents from among its members. (3) The term of office of the elected members of the National Council of the Judiciary shall be four years. (4) The structure, scope of activities and working procedures of the National Council of the Judiciary and the manner in which its members are to be elected shall be laid down in an act”.

The detailed rules of operation of the National Council of the Judiciary were defined by the statutes since 1989 and presently are set out in the Act of 12 May 2011 on the National Council of the Judiciary¹⁵. Despite relatively clear regulations, the political character of the National Council of the Judiciary has been controversial since the beginning. Today, in spite of the twenty years of the Constitution's application, this issue still raises considerable questions, particularly as regards the place of this body in the triple division of powers. Some representatives of science see it among the bodies of judicial self-government, others see it primarily as a body of state administration, or a mixed body having on the one hand the competence of administrative and on the other hand also self-government, while others consider it as a body of judicial authority, the highest non-developmental body of judicial authority, or the supreme body of state functionally connected with the judicial authority¹⁶. There are also authors who, on the

¹³ Sejm is a lower house of the Polish parliament.

¹⁴ Senate is a upper house of the Polish parliament.

¹⁵ Act on the National Council of the Judiciary, 2011, Journal of Laws, number 126, position 714 as amended.

¹⁶ ZIELIŃSKI, Andrzej, 1993, „O statusie prawnym Krajowej Rady Sądownictwa”, *Państwo*

basis of the composition and competences of the Council, believe that it is a sui generis body operating in the sphere of public administration in the broadest sense of the word¹⁷. This corresponds to the line of jurisprudence adopted by the Polish Constitutional Tribunal, which determined that "the NCJ is a specific, independent, central state body whose functions are related to the judiciary"¹⁸.

The above positions allow me personally to put forward the thesis that the National Council of the Judiciary is a collegial body of a special character. It is a body placed between the legislature, the executive and the judiciary, which is a direct result of its powers. On the one hand, this competence assists the executive and the legislature in decisions concerning the judiciary and, on the other hand, it aims to safeguard the independence of the judiciary which, as one of the author writes¹⁹, allow the Council to be located 'in close proximity to the judicial authorities'²⁰. The Polish Supreme Court also presents an interesting point of view on this issue. In its resolution of 23 July 1992, it placed the Council among the administrative authorities as the body with a number of powers which were competent for bodies such as professional self-government²¹.

However, it should also be noted that the determination of the NCJ's constitutional position is not simplified by its composition, which includes representatives of all three authorities. This sometimes confuses the National Council of the Judiciary with the role of a mere judge's self-government. Nevertheless, it should be noted that it includes not only persons who are judges but also those who do not represent the judicial authorities. Therefore, it is undoubtedly difficult to create the National Council of the Judiciary "in its pure form" as a judicial self-government body, which does not change the fact that to some extent it fulfils certain tasks and competencies appropriate for judicial self-government.

3. Composition of the National Council of the Judiciary in Poland

As I have already pointed out, the National Council of the Judiciary is a collegial body made up of representatives of all three authorities, i.e. the legislature, the executive and the judiciary. It currently has 25 members: First President of the Supreme Court, President of the Supreme Administrative Court and Minister of Justice (listed are

i Prawo, number 6, pp. 84 i et seq.; ERECIŃSKI, Tadeusz, 1994, „Rola rady w państwie demokratycznym”, *Przegląd Sądowy*, number 11-12, p. 24; CIAPAŁA, Jerzy, *Samorządy osób wykonujących zawody prawnicze w kontekście postanowień art. 17 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.*, Referat wygłoszony na LV Zjeździe Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego w Toruniu w dniach 16 – 18 maja 2013 r., Toruń, pp. 18-19.

¹⁷ NALEZIŃSKI, Bogumił, 2013, „Organy władzy” in *Prawo konstytucyjne*, Paweł Sarnecki (ed.), C.H. Beck, Warszawa, p. 398.

¹⁸ Judgement of Polish Constitutional Court of 15.12.1999, P 6/99, *OTK ZU*, 1999, number 7.

¹⁹ Cf. GARLICKI, Lech, 2007, *Polskie prawo konstytucyjne*, Warszawa, p. 10 et seq.

²⁰ GRANAT, Mirosław, 2010, *Prawo konstytucyjne w pytaniach i odpowiedziach*, Warszawa, p. 299.

²¹ Judgement of Polish Supreme Court of 23.07.1992, III AZP 9/92, *OSNAPiUS* 1994, number 7.

members of the Council ex officio, which means that they are members of the Council for the period of performing these functions),¹ 1 person appointed by the President of the Republic of Poland, 4 members elected by the Sejm from among its deputies for a period of four years, 2 members elected by the Senate from among senators for a period of four years and 15 members elected by the Sejm from among the judges of the Supreme Court, common courts, administrative courts and military courts for a joint term of four years²²²³. The last members were elected on 6 March 2018, after the entry into force of the new regulations, which are controversial.

4. The new Provisions, the Debate and the Allegations

The changes in the functioning of the Council were introduced by the Act of 8 December 2017 amending the Act on the National Council of the Judiciary and certain acts²⁴. The changes terminated the terms of office of some NCJ members and introduced, first of all, a new procedure for the election of its new members.

In the light of the new provisions, the election of 15 members of the National Council of the Judiciary - judges - for a joint term of four years by the Sejm was introduced²⁵. So far they have been chosen by the judicial communities. In the procedure of their election, some other quite controversial solutions were also introduced, such as, for example, the designation by each parliamentary club of no more than 9 possible candidates or their election by the Sejm by a majority of 3/5 votes - by voting for the list of 15 candidates established by the Sejm committee, which must include at least one candidate indicated by each club. If, on the other hand, it is impossible to elect a candidate from the list by a 3/5 majority, the election shall be decided by an absolute majority of the votes cast²⁶.

However, not only the substantial aspect, but also the way in which the changes are implemented, is questionable within the framework of the amended regulations. The fact that some provisions - such as transitional provisions - of the Act entered into force on 3 January, i.e. just one day after their publication, is of particular concern to the judiciary. In the light of their content, the proposals for candidates for members of the Council should have been submitted to the Speaker of the Sejm within 21 days of the date of the announcement in the "Polish Monitor"²⁷. The announcement on the commencement of the procedure of submitting candidates for the NCJ members was published on 4 January, which in fact meant a relatively short time for the clubs to select

²² See Art. 7-9a of the Act of 12 May 2011 on the National Council of the Judiciary.

²³ It should be added that a judge, a member of the NCJ, may not serve more than two terms.

²⁴ *Journal of Laws*, 2018, position 3, volume 1.

²⁵ See Article 1. 3 Act of 8 December 2017 amending the Act on the National Council of the Judiciary and certain acts

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ It is a diary used for the official publication of internally binding legal acts issued by the authorities.

the judges who could be put forward. The entities entitled to propose candidates are groups of 25 judges and groups of at least two thousand citizens. However, the most controversial is the fact that on 3 January also the provision stating that the mandate of the current judges - members of the NCJ - lasts until the day preceding the beginning of the term of office of the new members of the Council, "not longer, however, than 90 days" from the date of entry into force of the amendment. Most of the regulations on the NCJ came into force on 17 January. These include, among others, other provisions governing the election of judges - members of the Council.

Under the remaining provisions of the amendment, the *de facto* process of proceedings of the NCJ was accelerated, which is to be facilitated by the provision on the possibility of taking decisions in a circular manner, and the transmission of NCJ debates via the Internet was introduced, which is to contribute to building up and increasing public confidence in the work of this body²⁸. The latter change has been very positively received by the legal community. The spokesman for the NCJ himself commented that "transparency will not harm the NCJ's proceedings", but the issue of transmission will undoubtedly be a novelty, "but I myself was in favour of this. This is to show that we have nothing to hide, and that is the only solution in this law that I would like to sign up to"²⁹.

The amendment has been the subject of a number of complaints. The deepest doubts of the judges are raised on the one hand by the concern about the politicisation of the procedure for selecting judges and their dependence on other authorities, which directly undermines the independence of the judiciary, and on the other hand by the issue of shortening the term of office of the members of the NCJ specified in the Constitution of the Republic of Poland. The shortening of the term of office of the constitutional body by means of an ordinary law seems doubtful³⁰.

There were many negative comments on the new provisions. The Association of Polish Judges IUSTITIA, among others, expressed its opinion on this issue in a resolution³¹. It stated that the amendment violated the provisions of the Constitution (Article 187 (1) (2) and (3)) through the election by the Sejm of 15 members of the Council, as the Sejm may only elect 4 members from among its deputies. The changes

²⁸ Art. 1 p.4 p.6)

²⁹ Portal wPolityce.pl (2018), *Weszła w życie nowelizacja ustawy o KRS. Przed zmianami próbuje bronić się "nadzwyczajna kasta"*, available at <https://wpolityce.pl/polityka/376895-weszla-w-zycie-nowelizacja-ustawy-o-krs-przed-zmianami-probuje-bronic-sie-nadzwyczajna-kasta> (25.04.2018).

³⁰ BALICKI, Ryszard, 2017, „Tak umarła nadzieja tysięcy. Prezydent pogrzebał wolne sądy”, *Magazyn TVN24.pl*, available at <http://www.tvn24.pl> (20.09.2017); STRZEMBOSZ, Adam (2017, „Gdy demokracja zastępuje państwo policyjne”, *Magazyn TVN24.pl* in <http://www.tvn24.pl> (16.12.2017).

³¹ Association of Polish Judges "IUSTITIA"’s position regarding the Act of 12/04/2018 on the amendment to the Law on the System of Common Courts, the Act on the National Council of the Judiciary and the Supreme Court Act (Sejm Print no 2389), available at <https://www.iustitia.pl/informacje/2213-association-of-polish-judges-iustitia-s-position-regarding-the-act-of-12-04-2018-on-the-amendment-to-the-law-on-the-system-of-common-courts-the-act-on-the-national-council-of-the-judiciary-and-the-supreme-court-act-sejm-print-no-2389-and-the-act-of-12-04> (25.04.2018).

introduced, as underlined by the judges, violate the existing interpretation of constitutional provisions and, what is important, also do not respect the existing case-law of the Constitutional Tribunal (judgement K25/2007), in which the Tribunal unequivocally stated that judges - members of the NCJ - elect judges.

Moreover, as raised in the resolution of the Association, the amendment also violates the provisions of the European Charter on the Statute for Judges. In this Act, principle 1.3 states that "in respect of every decision affecting the selection, recruitment, appointment, career progress or termination of office of a judge, the statute envisages the intervention of an authority independent of the executive and legislative powers within which at least one half of those who sit are judges elected by their peers following methods guaranteeing the widest representation of the judiciary"³².

Other allegations from other circles also confirmed the opinion of the Association. Even the president of the NCJ announced he was resigning "as a sign of protest" over the governing party's controversial reform³³.

On the other hand, the president of Poland and the government indicated that this was part of the repair of the judiciary. In this assessment, the new law is not in conflict with the Constitution and the election of new members of the council, which has already been made, is correct³⁴.

5. Attempt to clarify the allegations

In responding to the above mentioned allegations, it is impossible not to overlook them. There are several justifications for this position. Firstly, in the light of the current system of sources of law, the supreme law of the Republic of Poland is the Constitution, which means that all other acts of law must be consistent with it. Article 187(1) thereof. 3. provides that 'The term of office of the elected members of the National Council of the Judiciary shall be four years', so that it is inconsistent with this to shorten the current term of office by an ordinary law.

Secondly, in my opinion, concerns about the rules changing the way in which judges - members of the Council - are elected are also fully justified. The selection of the Council's members by the judiciary ensured in a certain way that this position would be taken by judges who were knowledgeable, respectful of their environment, familiar with the problems of the judiciary, and at the same time able to resist the zeal of the legislative or executive power by, for example, expressing their opinion on a project which, in their opinion, would compromise the independence of the courts or the independence of judges. On the basis of this, the election of judges - members of the Council by parliamentarians whose legislative ideas, among other things, are shared by the same

³² The Charter is available at <https://rm.coe.int/16807473ef> (25.04.2018).

³³ Communication from the spokesperson of the National Judicial Council of 12 January 2018.

³⁴ These views have been expressed in several places, through the media.

judges - members of the Council would later necessarily raise questions about the democracy and objectivity of such a solution.

However, in real terms, only time will show to what extent the changes made to the Act on the National Council of the Judiciary will bring benefits, and to what extent they will cause damage to the system and society. However, it is clear so far that they have intensified the discussions on this body, which is positive in itself.

6. Some Conclusions

The NCJ is an essential element of constitutional order. Separating this body from politicians is a careful achievement of democracy. The changes in Poland, which interfere with the independence of this body, seem to be doubtful. Doubts relate in particular to the issue of shortening the term of office of the old council and the election of new members of the council. Time will tell whether and to what extent the activities of the new council will be political. Even if the actions of the new council were correct, the law should not be changed in the same way as it was done in the Polish case. This is not for the development of democratic institutions. This example should be a warning to other legislators, if they had the will to tinkering with the rules that apply to such important issues as the independence of the judiciary and the independence of judges.

Bibliography

- Balicki, Ryszard, 2017, „Tak umarła nadzieja tysięcy. Prezydent pogrzebał wolne sądy”, *Magazyn TVN24.pl*, in <http://www.tvn24.pl> (20.09.2017).
- Banaszak, Bogusław, 2012, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa.
- Chmielewska, Monika, 2015, „Kompetencje Krajowej Rady Sądownictwa i ich wpływ na realizację zasady niezawisłości sędziów oraz niezależności sądów. Prolegomena”, *Krytyka Prawa*, number 7.
- Ciapała, Jerzy, 2013, *Samorządy osób wykonujących zawody prawnicze w kontekście postanowień art. 17 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r., Referat wygłoszony na LV Zjeździe Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego w Toruniu w dniach 16 – 18 maja 2013 r.*, Toruń.
- Duszka-Jakimko, Hanna, Haczowska Monika, 2017, „Niezależność władzy sądowniczej – realna czy iluzoryczna? Rozważania teoretycznoo-prawne”, in *Idea wolności i niezależności w państwie demokratycznym – perspektywa praw jednostki*.

Księga jubileuszowa dedykowana profesor Halinie Ziębie-Załuckiej w czterdziestą rocznicę pracy naukowej, Małgorzata Grzesik-Kulesza, Grzegorz Pastuszko (eds.), Rzeszów.

Ereciński, Tadeusz, 1994, „Rola rady w państwie demokratycznym”, *Przegląd Sądowy*, number 11-12.

Garlicki, Lech, 2007, *Polskie prawo konstytucyjne*, Warszawa.

GONERA, Katarzyna, 2009, „Niezależność i niezawisłość sędziowska jako podstawa państwa prawa. Wewnętrzna (intelektualna) niezależność sędziego”, in *Niezależność sądownictwa i zawodów prawniczych jako fundamenty państwa prawa. Wyzwania współczesności*, Tomasz Wardyński, Magdalena Niziołek (eds.), Warszawa.

Górecki, Dariusz, 2009, *Polskie prawo konstytucyjne*, Warszawa.

Granat, Mirosław, 2010, *Prawo konstytucyjne w pytaniach i odpowiedziach*, Warszawa.

Leśniak, Nina, Michalska, Justyna, 2013, „Krajowa Rada Sądownictwa jako pozajudykacyjny organ władzy sądowniczej”, in *Konstytucyjny model władzy sądowniczej w Polsce – wybrane problemy*, Mariusz Jabłoński, Sylwia Jarosz-Żukowska, Wrocław.

Michalska, Justyna, 2017, „Status sędziego w demokratycznym państwie prawnym”, in *Idea wolności i niezależności w państwie demokratycznym – perspektywa praw jednostki. Księga jubileuszowa dedykowana profesor Halinie Ziębie-Załuckiej w czterdziestą rocznicę pracy naukowej*, Małgorzata Grzesik-Kulesza, Grzegorz Pastuszko, Rzeszów.

Naleziński, Bogumił, 2013, „Organy władzy” in *Prawo konstytucyjne*, Paweł Sarnecki (ed.), C.H. Beck, Warszawa

Piasecki, Krzysztof, 2005, *Organizacja wymiaru sprawiedliwości w Polsce*, Zakamycze, Kraków.

Strzembosz, Adam (2017, „Gdy demokracja zastępuje państwo policyjne”, *Magazyn TVN24.pl* in <http://www.tvn24.pl> (16.12.2017).

Wiliński, Paweł, Karlik, Piotr, 2016, „Komentarz do art. 178” in *Konstytucja RP, Tom.II*, Marek Safjan, Leszek Bosek (ed.), C.H. Beck, Warszawa

Zieliński, Andrzej, 1993, „O statusie prawnym Krajowej Rady Sądownictwa”, *Państwo i Prawo*, number 6.

THE FUTURE OF SUCCESSION LAW IN THE EU. A PROPOSAL

Mariusz Załucki, PhD¹

1. Introduction

Europe is changing. Recent years have seen a period of increased migration, accompanied by the acquisition of property abroad. We are becoming more courageous not only to travel, but also to move more frequently from one country to another. In fact, a certain regularity can be observed today, and changes in the place of residence are becoming more and more popular close to the “autumn of life”. We choose countries where we are looking for a better climate, more efficient healthcare or simply want to change our environment. This also changes the way we look at the law of succession. As is well known, succession law is the domain of national law in Europe. This must mean that the law of succession varies from one European State to another. The differences in terms of statutory successions, testamentary successions, protection of persons close to the deceased, and liability for the inheritance debts give rise in practice to numerous doubts. These doubts are hindering the functioning of the common market, the free movement of people and capital. It is therefore necessary to amend the law on succession in Europe.

These problems, at least in part, seem to be recognised by the European legislator. The last dozen or so years have been devoted to the successful development of the European succession regulation. The Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession², was passed and we apply it to successions concerning deceased persons from 17 August 2015. However, the Regulation is not solving all the problems of European succession law. It is only a private international law solution. However, by solving some problems of this area of law, it creates new ones of no less significance. This includes the fact that the Regulation introduces as a rule the application of the law of the habitual residence of the deceased in matters of succession at the time of his death, thereby breaking the link with the national law of the deceased.

Is there, then, a 'golden mean' for Europe in this regard? Whether and how to change the law of succession, or maybe not to deal with this matter. These are questions that are already *prima facie* emerging. The purpose of this statement is therefore to look at some of the problems in this area and to answer the question of the future of succession law in the EU.

¹ Head of the Institute of Private Law, *AFM Krakow University, Poland*

² Official Journal of 27.07.2012, No. L 201/107.

2. EU and the law of succession

The European integration is a complex and multifaceted issue. The development of the European Union is running in stages³. The integration has two faces: negative and positive. This first face is related to the removal of restrictions in trade between the Member States and it assumes the movement freedom of goods, services, capitals, and workers. The second face consists in a high-level coordination and harmonization of the national policies⁴. The increasing of this process, known as the deepening of the integration, is to elevate the amounts of the spheres regulated by the authorities of the transnational nature⁵. This leads, amongst others, to standardization of provisions regarding various spheres of the economy.

As once I have explained⁶, the budgetary, fiscal, technical, and other cooperation have consequently led to the elimination of many barriers resulting, among others, in the increased migration of the European communities⁷. The times when Poles lived only in Poland, Germans in Germany, the French in France or the English in England, and only a small part of them migrated, are gone forever and the fusion of the economies of the individual EU states into a single economic organism seems only a matter of time⁸. Today - for example - several million Polish citizens are living in other EU countries. There are also such countries as, e.g. Luxembourg, where currently more than 20% of the population is foreigners⁹. It has raised a number of questions related to the area of succession law. After all, when abroad, people often settle down without changing their citizenship; they acquire property abroad; they get married there and finally they die. Differences of the succession law regulations in the countries belonging to the European Union are therefore a practical problem. After all, determination what law (the law of what country) is governing a given inheritance case is the task exceeding the knowledge of a statistical citizen, not to mention the issues of jurisdiction and enforcement of foreign courts judgments¹⁰.

The divergence problem of the national regulations in the area of the civil law relations was recognized in the European Union long ago. To harmonize the binding regulations of the national legislations various attempts have been made at various levels for changing the *status quo*. This process referred to as the approximation, harmonization

³ DINAN, Desmond, 2008, "Fifty Years of European Integration: a Remarkable Achievement", *Fordham International Law Journal*, number 31, pp. 1118 et seq.

⁴ EMMERT, Frank, 1996, *Europarecht*, München, *passim*.

⁵ DEUBNER, Christian, 2007, *How Can European Integration Advance in the 21st Century? Key Policies, Methods and Coalitions for the Deepening of EU Integration*, Brussels, *passim*.

⁶ ZAŁUCKI, Mariusz, 2015, *Uniform European Inheritance Law. Myth, Dream or Reality of the Future*, AFM Publishing House, Kraków.

⁷ MAUDOS, Joaquin, PASTOR, Jose, SERANNO, Lorenzo, 1999, "Economic Integration, Efficiency and Economic Growth: the European Union Experience", *Applied Economics Letters*, number 6, pp. 389-392.

⁸ Paradoxically, Brexit can speed up the process.

⁹ Cf. DÖRNER, Heinrich, LAGARDE, Paul, 2002, *Etude de droit comparé sur les règles de conflit de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union Européenne*, Würzburg, p. 12.

¹⁰ Cf. VAN ERP, Sjef, 2006, "New Developments in Succession Law", *Electronic Journal of Comparative Law*, number 2, p. 3.

and adaptation of laws (in the doctrine of individual countries this process is called differently) was started some time ago and is well advanced. However, this does not apply to the law of succession. Until recently even the area of international inheritance law has been considered by many scholars as irrelevant, as after all, there were not many problems of inheritance law of cross-border character, since property was rarely purchased abroad. Even in 2009, R. Zimmermann called this area the "virgin territory", which has been neglected by modern scholarship¹¹.

As I believe and have already said¹², today the situation has changed radically and some significant practical problems have begun to appear. The differences between the national laws arising according to the general position from distinct values underlying them, in particular due to the distinct cultural, social, or economic values, seem to be an area that needs to be addressed¹³. Not without any reason, at its meeting in Brussels on 10-11 December 2009, the European Council adopted a new multiannual program called "The Stockholm Programme - An Open and Secure Europe Serving and Protecting Citizens"¹⁴, resulting in the position that the European Council considered that the mutual recognition should be extended to the areas not covered by it yet, and being basic to everyday life, such as inheritance and wills. As it was stated in the Preamble to Regulation No. 650/2012, the proper functioning of the internal market should be facilitated by removing obstacles to the free movement of persons who currently face difficulties in exercising their rights in terms of inheritance matters of cross-border implications. In the European area of justice, the citizens must be able to organize their inheritance matters in advance. The rights of heirs and other persons close to the deceased, and the creditors of the inheritance must be effectively guaranteed. The current state, where there are differences between specific rules of national laws, cannot guarantee them, especially in the area of statutory succession, testamentary inheritance, the protection of the persons close to the deceased and the liability for inheritance debts. Therefore, it must be considered whether at the level of the European Union there is a possibility of further institutional harmonization of succession law¹⁵.

The answer to this question is to be found in primary EU law. Treaty on the Functioning of the European Union clearly indicates that the bodies of the European Union may adopt measures for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States which have as their object the establishment and functioning of the internal market (Art. 114 of TFEU), which - as one may think - should also refer to substantive succession law. Moreover, some differences in substantive succession law, due to the possibility of applying foreign law in the relations governed by

¹¹ ZIMMERMANN, Reinhard, 2009, "The Present State of European Private Law", *American Journal of Comparative Law*, number 2, p. 504.

¹² ZAŁUCKI, Mariusz, *supra* note 6.

¹³ JOERGES, Christian, 2014, "The Challenges of Europeanization in the Realm of Private Law: A Plea for a New Legal Discipline", *EUI Working Paper Law*, number 12, pp. 5-48.

¹⁴ Official Journal C 115 of 4.5.2010.

¹⁵ Cf. RATH – BOȘCA, Laura-Dumitrana, BARMOȘ, Loredana Mirela, STĂNESCU, Ioana Andreea (Mihale), 2016, "The need to harmonize the laws of the European Union regarding the succession law", *Agora International Journal of Economical Sciences*, vol. 10, pp. 35-39.

inheritance law, may lead to the adoption of the position that some EU citizens are discriminated, which is known to be incompatible with the EU law (compare, e.g. Judgment of the ECJ in the cases *Hubbard*¹⁶ or *Barbier*¹⁷, which are, after all, some guidelines for the legislators in the matters related to inheritance). According to the European Court of Justice, inheritance falls under Heading XI of Annex I to Directive 88/361, entitled "Personal Capital Movements" and is a capital movement within the meaning of Art. 63 TFEU, except the cases in which the occurrence of its constituent elements is confined to a single Member State. Thus, the provisions of the TFEU on the free movement of capital may be applicable in the area of succession law¹⁸, which should also be one of the institutional harmonization stimulants. The EU can therefore be considered competent to harmonise legislation in this area.

3. Divergence of national succession laws

The characteristic feature of private law in Europe is that it is not uniform across particular countries. In the past, European private law was developed in the shadow of different historical, social, cultural or economic circumstances.¹⁹ Despite the fact that many applied solutions in subsequent legislation are based on the ancient Roman law, the private law is not a monolith.²⁰ The Roman traditions are obviously still visible, but over time, the legislators have been moving away from the Roman template and moving towards regulations that reflect their national customs and needs.²¹ In this sense, the differences in the specific legal regulations of European countries is not unique to succession law.

Differences in national succession laws are a problem. Different legal systems have different approaches to, among others, statutory successions, testamentary successions, protection of persons close to the deceased and liability for inheritance debts.

The circle of statutory heirs is different in different EU countries. Some people are in the circle of statutory heirs almost always, some are very rare. Such an example is, for example, the inheritance of a stepchild in Polish law. This is probably the only regulation in Europe where statutory succession goes so far. It is, after all, a regulation that is subject to a certain amount of criticism. However, this does not change the fact that in Polish law stepchildren belong to the circle of the statutory heirs (Art. 934 of the Polish Civil Code), and in German law, for example, they do not. If, therefore, the succession case were to be settled under Polish law because the German national had his habitual residence in Poland at the time of death, the circle of heirs would be wider than if the succession had been based

¹⁶ Official Journal C 326 of 26.10.2012.

¹⁷ C-364/01.

¹⁸ C-25/10, item 16.

¹⁹ *Id.*

²⁰ See PINTENS, Walter L. J., 2012, *Towards A Ius Commune In European Family And Succession Law? A Plea for More Harmonisation Through Comparative Law*, Intersentia, Cambridge-Antwerpen, pp. 24–34.

²¹ For example, the protection of relatives of the testator has evolved significantly. See PUELINCKX-COENE, Mieke, 2004, "La Protection des Différents Membres de la Famille par le Droit Familial Patrimonial en Europe", *European Review of Private Law*, number 12, p. 143..

on German law. Conversely, if the inheritance had taken place under German law, the circle of heirs would have been narrower, the stepchildren would not have benefited from the inheritance. Such a solution is controversial²².

With regard to the question of testamentary succession, in Europe, there is, above all, a different approach by legislators to the question of the form in which a will must be made. Although the provisions of the Convention of 5 October 1961 on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions²³ alleviate these discrepancies slightly, they do not remove all doubts. Similarly, the EU Succession Regulation No. 650/2012 does not solve the problems (saying that the formal validity of dispositions of property upon death made orally shall be excluded from the scope of this Regulation – Art. 1.2 (f)). Thus, a will made under the laws of one country will not always be valid under the laws of another. The problems relate in particular to wills drawn up under extra-ordinary conditions, where there are often doubts as to the testator's ability to test, his willingness to test or the content of a particular disposition of property upon death. These discrepancies are unsatisfactory.

It is no different when it comes to the issues of protection of persons close to the deceased. It must be reminded that the concept of protecting the persons closest to the deceased is not provided in every EU country. Differences may prove to be substantial in practice. For example, Article 991 of the Polish Civil Code assumes that the descendants, the spouse and the parents of the testator, which would be named heirs by statute, are entitled – if the entitled person is permanently unable to work or if the entitled descendant is of minor age – to two thirds of the inheritance, which would fall to them by statutory succession, and in other cases to half of the share (legitim). If the entitled person fails to receive the legitim vesting in them, either in the form of donation by the testator, or in the form of naming a heir, or in the form of a will, the person may to claim against the heir the payment of an amount needed for the coverage of the legitim or supplementation of the legitim. The regulation is based on the indisputable axiom that the testator cannot, by virtue of their disposition, exclude or limit that protection. But if the place of habitual residence of the testator is the Netherlands, in the light of the Dutch regulation, entitled to the legitim are only the descendants of the testator (Article 4:63.2 of the Dutch Civil Code). If the law applicable to succession will be the Dutch law, then other persons entitled to legitim pursuant to the Polish law will not get the legitim. This obviously refers also to the citizens of other EU countries, as many of them are residing or working in countries other than their mother countries²⁴.

The same applies to liability for inheritance debts. In the EU countries we can distinguish three main models of the liability for the inheritance debts: 1) the unlimited liability (the liability related to the entire property), 2) the liability limited to a particular

²² Cf. ZAŁUCKI, Mariusz, 2017, „Impact of the EU Succession Regulation on Statutory Inheritance”, *Comparative Law Review*, number 23, pp. 223-239.

²³ The text of the Convention is available at: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=40> (25.04.2018).

²⁴ Cf. ZAŁUCKI, Mariusz, 2017, „Disinheritance Against the EU Regulation on Succession (No. 650/2012). Polish Law Perspective”, *European Journal of Economics, Law and Politics*, number 2, pp. 16-33.

asset (*cum viribus patrimonii*, *cum viribus hereditatis*), and 3) the liability limited to a specified value (*pro viribus patrimonii*, *pro viribus hereditatis*)²⁵. Each approach means different principles of responsibility. It may therefore be that the same person is liable for debts under the laws of one country and no longer for debts under the laws of another. This does not seem to be a desirable solution.

In this light, where only selected examples of national regulation are given, there is a major problem. Succession law has ceased to be a stable branch, which is unquestionable. It has become a place of controversy, disputes, difficulties of interpretation, inconsistent positions or simply a place of so-called forum shopping, seeking the most advantageous legislation in a given situation. This should not be the case. This requires changes.

4. What can be done?

Changes in European succession law are desirable. It can occur in several ways. One of them is spontaneous harmonisation, based on observation of changes taking place in other countries and adaptation of their own laws to them. It is often the result of doctrinal harmonisation, observation of the deliberations of representatives of science, search for common models, solutions that can respond to emerging social needs. However, institutional harmonisation seems more desirable. In the future, it may be possible to meet the increasingly courageous demands from many sectors regarding the need to harmonise legislation in this area at EU level. Obviously, it is a long way to the single European inheritance law, but even today, it is a feasible dream.

Certainly, we should start a wide-ranging discussion in this matter. The scientific discourse has repeatedly stood behind the legislative changes and it must be the case this time as well. As I believe, an excellent idea, would therefore be the establishment of a European institution modelled on the *Commission on European Family Law*, fulfilling similar tasks, but for the succession law²⁶. As I have already explained, the main objective of this organization would be to launch a pioneering theoretical and practical exercise in relation to the harmonization of the inheritance law in Europe. This could be achieved through surveying the current state of comparative research on the harmonization of the succession law in the European countries and searching for the common core for the solution of several legal problems based on comparing the different solutions provided by the succession laws of the various European jurisdictions²⁷. One of the main challenges of such a body should be the development in the future of the Principles of the European Succession Law that will be thought to be the most suitable for the harmonization of the succession law within Europe. Today, as I believe, the most appropriate way to achieve the

²⁵ Cf. MACIERZYŃSKA-Franaszczyk, Elwira, 2014, *Odpowiedzialność za długi spadkowe*, LexisNexis, Warszawa, pp. 64 et seq.

²⁶ This idea was already presented by me in the book *Uniform European Inheritance Law. Myth, Dream or Reality of the Future* (2015). Such a body should be composed of some representatives (experts) of the Member States of the European Union and be essentially academic in nature. The work of this body should be cyclic

²⁷ The tasks would be the same as the CEFL tasks. See: <http://www.ceflonline.net/history/> (25.04.2018).

uniform succession law in the EU is the work of an international team of scientists. Are we ready for this kind of cooperation?

Bibliography

- Cf. Van Erp, Sjef, 2006, "New Developments in Succession Law", *Electronic Journal of Comparative Law*, number 2.
- Deubner, Christian, 2007, *How Can European Integration Advance in the 21st Century? Key Policies, Methods and Coalitions for the Deepening of EU Integration*, Brussels.
- Dinan, Desmond, 2008, "Fifty Years of European Integration: a Remarkable Achievement", *Fordham International Law Journal*, number 31.
- Dörner, Heinrich, Lagarde, Paul, 2002, *Etude de droit comparé sur les règles de conflit de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union Européenne*, Würzburg.
- Emmert, Frank, 1996, *Europarecht*, München.
- Joerges, Christian, 2014, "The Challenges of Europeanization in the Realm of Private Law: A Plea for a New Legal Discipline", *EUI Working Paper Law*, number 12.
- Macierzyńska-Franaszczyk, Elwira, 2014, *Odpowiedzialność za długi spadkowe*, LexisNexis, Warszawa
- Maudos, Joaquin, Pastor, Jose, Seranno, Lorenzo, 1999, "Economic Integration, Efficiency and Economic Growth: the European Union Experience", *Applied Economics Letters*, number 6.
- Pintens, Walter L. J., 2012, *Towards A Ius Commune In European Family And Succession Law? A Plea for More Harmonisation Through Comparative Law*, Intersentia, Cambridge-Antwerpen.
- Puelinckx-Coene, Mieke, 2004, "La Protection des Differents Membres de la Famille par le Droit Familial Patrimonial en Europe", *European Review of Private Law*, number 12.
- Rath – Boşca, Laura-Dumitrana, Barmos, Loredana Mirela, Stănescu, Ioana Andreea (Mihale), 2016, "The need to harmonize the laws of the European Union regarding the succession law", *Agora International Journal of Economical Sciences*, vol. 10.
- Załucki, Mariusz, 2015, *Uniform European Inheritance Law. Myth, Dream or Reality of the Future*, AFM Publishing House, Kraków.
- Załucki, Mariusz, 2017, "Disinheritance Against the EU Regulation on Succession (No. 650/2012). Polish Law Perspective", *European Journal of Economics, Law and Politics*, number 2.

Załucki, Mariusz, 2017, „Impact of the EU Succession Regulation on Statutory Inheritance”, *Comparative Law Review*, number 23.

Zimmermann, Reinhard, 2009, “The Present State of European Private Law”, *American Journal of Comparative Law*, number 2.

O LIBRETO OPERÍSTICO COMO METÁFORA DA DECISÃO JURÍDICA: INDETERMINAÇÃO JURÍDICA EM SCALIA/GINSBURG

Marcílio Toscano Franca Filho¹

Hiago Pereira Silva Moura²

1. À Guisa da Introdução

Significar a topologia da decisão, aprofundar nos pressupostos justificadores do dissenso no modos de interpretar o direito. Em íntimo compreender o que transcende a ópera, o libreto, a decisão. Em Scalia/Ginsburg referir a busca pela indeterminação, no contexto da Suprema Corte dos Estados Unidos da América esculpir a política jurídica condicionante dos limites hermenêuticos.

O libreto refundado em sua manifestação interpretativa, accidental do texto no para além da norma, para metaforicamente emprestar sentido à decisão hermeneuticamente adequada. Derick Wang contrapõe a indeterminação jurídica entre o dissenso e a inovação institucional, em um recitativo cambiante na tradição musical.

Contrapor a ciência, a técnica, assumir a seriedade do debate entre o textualismo e ativismo judicial, na determinante amizade entre expoentes do pensamento jurídico americano, os Justices Antonin Scalia e Ruth Baden Ginsburg. O operístico cômico se desenvolve no sentido de apresentar as condicionantes que identificam cada um dos juízes mencionados em sua trajetória pública frente a casos de importante relevo social e político dos Estados Unidos da América.

A este estudo, importa, em máxima observação, não somente sua afirmação histórica, mas no traço composicional da ópera vislumbra-lo participe, metáfora de sua decisão, a emprestar sentidos e caminhos ao compositor e interprete. Posto que `` a ópera enquanto gênero depende inevitavelmente do estilo grandioso, do gesto e da elocução retumbante´´³, possível somente à manifestação livre e grandiosa da linguagem poética em sua expansividade lírica, tomada pelo amplo vigor narrativo.

Não por outro motivo a obra em estudo assenta em sua referência composicional em Haendel, Mozart, Verdi, Bach e Wagner. Antever a ondulação formal de Mozart, o contraponto bachiano no cenário do drama vigoroso de Verdi, provoca o irresistível senso

¹ Pós-Doutorado pelo European University Institute - Calouste Gulbenkian Post-Doctoral Fellow (Firenze, Itália) e Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra (Portugal). Professor dos Programas de PósGraduação em Direito da Universidade Federal da Paraíba – UFPB (Brasil) e da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE (Brasil). Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado da Paraíba (Brasil). Membro da International Association of Constitutional Law, da International Society of Public Law e do Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Association. Email: mfilho@tce.gov.br

² Graduando em Direito pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB/Brasil. Pesquisador Bolsista do CNPq (PIBIC/CNPq). Monitor de Direito Civil II do CCJ/UFPB. Membro Titular do Conselho Superior de Ensino, Pesquisa e Extensão da UFPB/Brasil. E-mail: hiagomoura@hotmail.com

³ Schmidgall, 1977, p.370

de teatralidade que se extrai de libretistas importantes como Zeno, Metastasio, Da Ponte e Romani.

Cumprido ao presente trabalho configurar a partir da transparente análise proposta, o sistema filosófico e estético sobre o qual Antonin Scalia, Ruth Ginsburg e John Ely se apoiam a inenarrável força da história na cultura americana. Desenhar sobre os olhos agitados da pós modernidade a tradição musical e libretística em sua interferência sobre a política e o direito. Compor, ainda que em trechos compassados de uma introdução temática, a cena desenvolvida pelo recitativo, o caminho dos personagens, seu clímax e fim.

Importa superar a proporção gestual, predisposição da análise acadêmica, para imiscuir na profundidade que guarda a relação entre palavra, som e poder. A complexa tensão entre Estado, Direito e Política, mediada pela estética da arte dirigida ao sentimento. Transparecer na trama do texto os muitos argumentos definidores de sentido, traduções exatas do que se pretende refletir, para perscrutar a questão da decisão.

Não sem resultados hostis, confrontar a pretensa neutralidade do Direito a partir de uma corrente axiológica, frontalmente apoiada pela ideia de espírito do povo, conduz o Direito ao agudizamento de suas questões de justificação resvalando no ativismo judicial. A absorção do ideal absolutizador da cultura, pela mão da estética, encontra na jurisprudência, decisionismo e voluntarismo jurídico, sob a face do realismo político e hermenêutica axiológica.

O presente estudo, portanto, pretende alinhar o contexto sobre o qual se desenha o paradigma interpretativo da Suprema Corte dos EUA, como consequência exática da retórica entre originalismo e não-originalismo e a incorporação da arte como aporte a justificação filosófica do direito,

2. O libreto como metáfora da decisão: *prima la musica, dopo le parole*.

O libreto, a atravessar o tempo, prestigiando a palavra, imaterialidade que na música dá forma a operística. Emerge da Camerata Fiorentina no final do *cinquecento* sob o absoluto preceito aristotélico de imitação da natureza e apreciação do belo pela arte, mormente literatura e música, surge a ópera italiana. De linha melódico-textual, a monodia é sua representação primeira, a música acompanha o texto, extraído da poesia a sonoridade dos instrumentos.

Poeta e compositor, o libretista ocupou no primeiro século da ópera italiana o mais importante espaço no drama musical. De Tasso e Guarini os séculos posteriores extraíram a riqueza linguística da interpretação mitológica. Não demorou para que a ópera tomasse grande importância nas cortes europeias, entre burgueses, tornando-se de fácil acesso à população veneziana com a instalação do Teatro San Cassiano em 1637. O impacto das companhias operísticas, itinerantes, suplantou a comédia falada, adequando a boa poesia ao entretenimento frívolo do baixo público.

Uma vez estando os teatros da Itália reservados aos atores, que não acreditam

poder conseguir a satisfação dos ouvintes se não a estimulam com palavras pouco honestas, ou estando a tragédia e a comédia – por assim dizer – efeminadas pelo uso abusivo da música, não poderão jamais chegar a sua perfeição. E, na verdade, tanto a criação quanto os versos estão atualmente sujeitos à música, quando se deveria fazer o contrário. (DELLA SETA, 1987, p.245)

Diluídos pela expansão, os ideais da Camerata Fiorentina encontravam-se perdidos no rarefeito da ópera como espetáculo em que a música elide o texto numa sucessão de cadências exageradas de exibição vocal, o libreto, legado à mera forma restava inexplorado. No settecento a simplicidade clássica, apartada da grandiosidade barroca, impõe o culto ao modelo clássico aristotélico, sob o lema de cortar o inútil, os excessos da música e do espetáculo, primando pelo caráter moralizante da arte.

De Zeno a Cesáreo, a *Accademia dell'Arcadia* representou um sonoro dissenso entre estudiosos e público, compositores e libretistas atrelados ao uso de ideias gregas em oposição a excessos. O *dramma per musica* mantinha longos recitativos sucedidos por árias de saída, entre monólogos e diálogos ricos em prosa poética e repletos de reflexões intelectuais, não havia preocupação com a música. O libreto como obra completa, poderia ser apresentado ao público, falado, excluindo-se as árias.

Se de Zeno se extrai a qualidade poética, de Metastasio⁴ o entendimento sobre música ilustra a força de um libretista sobre compositores e interpretes. A irromper na história o surgimento de um grande poeta inteiramente dedicado ao teatro musical, em que musicar libretos é manter a eloquência dos seus versos. Da Camerata Fiorentina às tragédias musicáveis dos libretos metastasianos, no settecento o libreto, mais que participe, é principal elemento da tradição operística.

Importa ver em Mozart o príncipe racional de uma virtude moral eternamente recompensada. Poetas adestrados pela ópera a ``sujeitar a si mesmos e renunciar a suas próprias vontades´´<sup>5</sup>, sem perceber, no entanto que ``a música (...) não expressa o fenômeno em si, mas apenas a natureza intrínseca de todos os fenômenos (...). As palavras, porém, dão nome as emoções´´⁶.

Do esplendor de Pietro Metastasio, maior libretista do *settecento*, segundo aponta Smith (1970, p. 99), o dissenso entre compositores, interpretes e libretista provoca o enfraquecimento desde último. Nesse contexto emerge Lorenzo da Ponte, principal libretista de Amadeus Mozart, afeito a forma metastasiana, ainda que alheio a atividade criadora, apresentou a Mozart a essencial participação de seu ofício na produção da ópera, devendo o libretista ser um ``mediador´´ neutro entre compositor e plateia:

O adaptador [i.e., o libretista] por certo não é neutro, no sentido de ele precisar adicionar algo de seu; e em muitos casos ele não é neutro porque efetivamente destrói as qualidades do original sem colocar, no lugar, nada que se compare a elas. A contribuição de Da Ponte foi demonstrar o poder do adaptador, não só em

⁴ Pietro Trapassi é o seu nome de batismo, o apelido Metastasio foi-lhe conferido por Gravina, um dos fundadores da Arcadia.

⁵ Piero, Weiss, Opera: A History in Documents. Nova York: 2002. Pp. 98-99

⁶ Schopenhauer, Weisstein, 1961, p. 18

organizar o trabalho para o palco operístico, mas também em preservar o máximo possível do original na adaptação, assim apagando a si próprio em benefício do escritor original e do compositor. É o que o libretista *não* fez, mais do que ele fez, que afeta o resultado, e nesse resultado o autor original deve figurar como co-libretista (SMITH, 1970, p. 174).

De Metastasio a decomposição entre recitativo e ária tornou necessária a reforma, uma crítica ao método desenvolvido por Zeno em seu *dramma per musica* se instalou na ópera alemã e francesa, Calzabigi apresentou libretos fluidos e contínuos, o recitativo livre de profundas reflexões e ornamentos retóricos marcaram a fluidez dramática.

Da penumbra à luz, o libreto como frivolidade, subjugado à música, não caracteriza seu nascimento, a mutabilidade e expansão de Florença a outras partes da Europa, rendeu ao recitativo ares de espetáculo, tudo é música, som e palco. Do renascimento italiano, iluminados nobres, aos mais baixos extratos sociais, a ópera encontrou sua idade das trevas entre acenos e flertes dos espectadores ensimesmados por cantos pastoris.

De sensualidade vocal ao elevado plano moral, reivindicar a pureza e abstração musical proporcionaram a ópera a natureza de alegoria social. Willibald Gluck responsável por revolucionar a forma e o conteúdo, o fervor neoclássico limitado pela repressão aos excessos, a metafísica cerne do drama musical infalivelmente marcada por libretos metastasianos. Recitativos elaborados a ceder espaço a arias formais.

``Considerar o libretista meramente poeta é denegrir sua função na criação da ópera, pois na imensa maioria dos casos o libretista suplantou a força motriz original para a composição da ópera e criou o nó dramático em torno do qual o trabalho foi construído´´⁷ O libretista, nesse contexto, deveria pensar não só o drama, mas a musicalidade dos versos. Não se admite, a partir do fim do século XVIII, que este seja meramente base para criação do espetáculo operístico. Trata-se de dialogar o processo de criação do recitativo.

Esse enfraquecimento da figura do libretista diante a obra operística legou não só o segundo plano, mas o desprezo por poetas e literatos, relacionando-os a atividade meramente formal e, portanto, menor.

A avaliação que Hofmannsthal faz de seus libretos recorda a imagem romântica preferida para a relação entre poesia e música: o leito no qual o compositor derrama a água revigorante de suas melodias. Goethe, que idolatrava Mozart e Cherubini, mandava seu libretista “seguir a poesia como um riacho segue os interstícios, as saliências e os declives das rochas”. Mas enquanto a teoria operística está centrada na alegação de que a poesia chega perto de ela própria ser música, Goethe “romanticamente” acredita na subordinação da poesia. Para ele, como para Mozart, “a palavra deve ser a serva obediente da música”`. (WEISSTEIN, 1961, p. 20).

Do espírito de liberdade emerge o nacionalismo romântico a emprestar à ópera sentidos da mitologia. Contrapor a ciência, a técnica, assumir a seriedade da metafísica como caminho adequado à melodia da existência. A poesia começa onde cessa a filosofia, nitidamente este foi o percurso adotado por Wagner ao apresentar um supremo acabamento

⁷ Smith, 1970, p.10

da formação do homem.

A ópera adota a expressão máxima do eu, de amores intensos à grandiloquência desejanse do absoluto hegeliano que vê na poesia a manifestação do espírito da história. Da música à palavra, o libreto emerge como condição essencial da tópica da decisão. um fino ato interpretativo imiscuindo no espírito do povo italiano, alemão e francês. Politicamente a ópera empreende uma adoração exática para um povo em crise.

Da catarse teatral e retidão emocional aos excessos e frivolidades do recitativo, a simbiose entre música e poesia é a tônica do virtuosístico empreendimento estudado, em que ornamentos musicais contrapõe a moralidade perdida. Eis que dá mutabilidade da ópera, em seus muitos ornamentos, o libreto, este incompreendido, se apresenta no dissenso entre servo e senhor do sentidos do som.

3. Scalia/Ginsburg: o direito em proporções operísticas

Interpretar, no indeterminado dos conceitos constitucionais, sob o dissenso público de personagens reais do constitucionalismo americano, a integridade na tolerância. Antonin Scalia e Ruth Baden Ginsburg referenciam o máximo aporte da conduta pública nos anos em que conviveram *justices* da Suprema Corte dos EUA. De forte amizade o traço do dissenso representou a cada um a manifestação do compromisso constitucional e ético para com a constituição.

Haendel precede a questão fundamental, da ária, os juízes são cegos, Scalia apresenta o fundamento do recitativo. Mutáveis, como se não conhecessem a lei, eclipsados pela cegueira de interpretar no silêncio. O texto, este elemento fundamental, ao qual se deve rigor original, na manutenção da estabilidade vitalícia e extraordinária dos que precederam e criaram.

Do metafísico Commentador, alheio à existência, como se espera da consciência universal, sobressalta o cerne que embala a peça. Dissidente, originalista, de escrita imperiosa, Scalia é representado no confronto consigo, com colegas, com a metafísica. Da impossibilidade da fuga, posto que seladas as passagens para câmara escura do julgamento histórico de Scalia, emerge, como se em uma representação da escatologia wagneriana estivesse, Justice Ruth Baden Ginsburg.

Ginsburg é esta intuição sensível, de larga tradição feminista, vê na interpretação a vivacidade do texto adaptando-se à história e ao tempo. Scalia, questionado pelo ente Commentador, recusa a flexibilidade liberal ao acusar de ativismo os sobrevoos no para além dos limites interpretativos sobre da constitucional. Do trágico ao cômico, uma peça dentro da peça, a obra se espraia por entre os interstícios da história recente, amigos e opositores teóricos Scalia e Ginsburg, debatem os limites de ação no concreto de suas posições.

De Verdi a cadência curta à epistemologia da hermenêutica judicial em correlata comparação e superação da tradição em que se ancoram os posicionamentos imperativos

textualistas. Do espírito da nação emerge o reconhecimento que ao tempo legislativo não foi possível e experiencial. O julgamento procede, Scalia e Ginsburg representam a intuição da integridade da corte, ainda que no dissenso, condenado pelo espírito histórico é salvo por sua fiel amiga, não pela amizade que lhe é cara, mas pela contradição que alimenta a unidade da decisão.

A peça sustenta na profundidade de seus argumentos, um ente metafísico imiscuindo para o espaço de julgador, na posição de avaliar o dissenso do personagem que interpreta segundo o texto. Condenado a recensão espiritual, Ginsburg vai ao encontro do sublime em resgate ao amigo julgador, a metafísica se desfaz na unidade da corte que no contraponto sustenta sua validade argumentativa. É da natureza do direito, argumenta Ginsburg, ser dissidente, sob o contraponto compor a sucessão labiríntica que na memória constrói identidade e reconhecimento.

O pensamento jurídico não pode ocupar-se em matéria arborescente, outrossim é multiplicidade rizomática a teoria da interpretação aqui apresentada pelos personagens operísticos. A compor o recitativo, a escolha musical reflete o ímpeto de caracterizar momento a momento árias, solos e duetos. A Scalia legar Mozart e Bizet, compor no formalismo musical a ondulação métrica do apego a partitura, no libreto metastasiano a superioridade textual sobre a intuição musical totalizante. Em Ginsburg, Wagner se faz presente, delirante e mítico, a sustentar a mediada do reconhecimento dos povos antes esquecidos, vê no recitativo a música e intenção superar a brancura e o silêncio, no libreto a costureira licença poética de ideias musicais que no direito predeterminam na discursividade melódica inefável precedente.

Quer-se referir ao libreto enquanto metáfora da decisão, buscar na objetividade da norma o caminho, a formula para a decisão. Importa, no entanto, compreender o viés teórico que se apresenta enquanto anteparo à compreensão e aplicação. Apresentar o antagonismo entre o originalismo e não-originalismo passa a ser questão central na fundação do presente estudo.

Há na linha imagética que separa as palavras e as coisas o contingente pensar sobre a natureza daquilo que se procura no conceito de direito. Um excesso metafórico que não é capaz de dizer coisa alguma, senão o ponto de vista daquele que interage com a teoria de onde emerge o conceito em compreensão. Quer-se tratar da particularidade romântica que em Hegel faz da subjetividade corolário da objetividade. Não se trata, pois, da compreensibilidade material, posto que na contradição está a face fundamental da compreensão, mas da verdade da decisão em fazer-se reconhecer por meio da linguagem.

Da compreensibilidade emerge a interpretação linguística, uma vez que esta não se limita a mero instrumento, posto que o entendimento é por si a totalidade dentro do qual o Dasein se localiza e age. O posicionamento ontológico historial lega a decisão a função de complementação produtiva, afastada da subjetividade arbitrária e imprevisível.

É, pois, correlata a coerência metafórica a axiologia fundamental no que tange ao aporte principiológico na resolução dos casos concretos. Contrapor a essência do ato interpretativo na identificação do sentido original e verdadeiro do texto constitucional, a

vontade fundante dos *founding fathers* a constituir limite objetivo a sua aplicação, na contrapontística do interpretação contextual alçada a caráter de adequação.

Da linguística à antropologia, instrumentos de profusão ascética para o correto entendimento da normativa literal embasam a interpretação no respeito a mera possibilidade da adequação formal por via legislativa, dada a rigidez do artigo quatorze da Constituição Federal, argumento textualista amparado no querer democrático primeiro do Estado. Da literalidade do texto à vontade do legislador e à tradição, se faz de modo declarado, tão somente no aparato retórico, já bastante limitado pela demarcação do significado das normas.

É fundamental, no entanto, com Jack Balkin perceber da multiplicidade de sentidos que guarda a posição original do texto constitucional ao ser perguntado das possíveis soluções ao leitor/interprete:

São utilizadas normas fixas quando os existe a vontade de delimitar-se na discricionariedade; são utilizados parâmetros ou os princípios quando existe a vontade de construir canais políticos através de certos conceitos chave, que, por sua vez delegam os detalhes as futuras gerações. Quando a constituição usa princípios abstratos como ``liberdade de expressão'' ou ``igualdade de proteção'', nós devemos aplica-los de acordo com as circunstancias de nosso tempo. (BALKIN; SIEGEL, 2010. p, 12)

De Robert Bork a Antonin Scalia, concretizar a interpretação coaduna com o claro e efusivo impedimento da atividade criadora do direito a partir das decisões judiciais. Quer-se evitar uma juristocracia, limitar o entendimento jurisprudencial em respeito ao acordo original, no estático, permanente e imutável espírito democrático. Não se apresenta, no entanto, busca inexorável à intenção do legislador, posto que derivam de condicionantes históricas diversas singulares, a lei ``deve ser interpretada razoavelmente, a fim de conter tudo aquilo que moderadamente puder significar'' (SCALIA, 1989. p, 23).

Para a exegese textualista importam a semântica e topografia dos termos, por se tratar da ``intenção razoável objetivada a partir do texto da lei'' (SCALIA, 1998. p,17), afastada, portanto da intenção subjetiva do interprete alheio a ativismos e ponderações pessoais. Tal manifestação encontra, no entanto, considerável oposição a partir do caso *Gomillion vs. Lightfoot*, em que a invalidação das ações do estado do Alabama por seus atos originariamente legais terem se convertido em ilegalidades dada a contaminação pelo interesse finalista da ação (ELY, 1997. p. 172).

Transpor o contexto da literalidade da lei uma vez que frente a indeterminação jurídica apoiar o consequencialismo da literalidade resvala na paradoxal ilegalidade da lei promulgada sob o manto democrático original. Ora, ``é difícil ou impossível a qualquer Corte determinar a motivação única ou predominante de que anima as opções de um grupo de legisladores. Mais ainda, há um elemento de futilidade no intento judicial de invalidade uma lei devido aos maus motivos de seus proponentes'' (ELY, 1997, p. 170).

Tomando pois a argumentação originalista que sustenta defender em sua singularidade do Estado Democrático de Direito, cabe referenciar na jurisprudência da

eminente corte, desde há muito a dissidência da posição total em *Bradwell vs. Illinois* (1892) ou *Plessy vs. Ferguson* (1896), por antever na transcendência dos limites axiológicos e nas discussões concretas que apreciam controle de constitucionalidade, poderes implícitos, relações de raças, direito ao silêncio, política do *laissez-faire*, liberdade religiosa e de expressão, aborto e ativismo judicial.

Está assentado no originalismo a recorrer à literalidade concreta do texto, em um esquema formal de validação da tradição. Questiona-se, no entanto, a razoabilidade do argumento profundamente tradicional atrelado à vontade originária do legislador, sob o intento de perceber que os posicionamentos jurídicos não podem se dar de fonte exclusiva e menos ainda valer-se de fontes excludentes interpretativas, posto que no para além do texto importa a compreensibilidade verbal no tempo, na identidade social que se apresenta perante o caso, uma vez que o direito se manifesta no ``devir da totalidade fragmentária e fragmentada do mundo multidimensional e aberto`` (DELEUZE, 2002, p. 108)

Da validade atemporal da norma se extrai o positivo em um anátema, que denuncia e desvela, por trás dos racionalistas, o esgotamento da busca de sentidos no texto, a potência negadora de significados. A força da negação, essência em oposição à mera técnica interpretativa apartada da compreensão hermenêutico-fenomenológica, é fundamental ao jogo democrático, posto que da rigidez varre as coordenadas éticas, conferindo à comunidade moral ares de coesão automática.

Antever a argumentação para além da linha significa, em fiel aproximação aos posicionamentos historicamente exarados por Ruth Ginsburg, a manutenção do espaço público a partir do condicionamento interpretativo pela mutação constitucional.

4. Indeterminação Jurídica: entre a metáfora e a poesia

Extravagante, a *festa teatral* emerge da música para a dança e recitativo. Como ária espraia-se da tragédia grega para em diletante e excelência proclamar Florença o seu *revival*. Entre pontos de parada e pitorescos movimentos musicais, encapsular a natureza da ópera é restringi-la. De recitativos elaborados a árias formais, de ornamentos em cascata e linhas melódicas consideradas vulgares, a ópera se mantém uma sublime intuição.

Da coabitação entre narrativa e ópera, a compreensibilidade verbal se dá na expressão do libreto. Na literatura um espaço pluridimensional que aprofunda o abismo entre ser e dever-ser, entre fato e direito, a pretensão representativa das condições de validade, legitimidade e reconhecimento. Interpretar é desde Heidegger, compreender. Ao imiscuir no absoluto dos sentidos formais do texto, como quer representar a interpretação originalista, não se vislumbram os sentidos do acontecer historial, mas algo que não acontece ou que não acontece no que se vê. Há, portanto, um não saber que se situa entre o visível e o enunciável, o lisível ou o dizível.

Superar a dimensão formalista do direito na performatividade dos atos de linguagem, na condição de extravasamento da realidade aparente contaminada pelo mito do dado, assim, revolver o chão linguístico da metafísica ocidental (STRECK, 2011). Ao imbricar no libreto, se faz presente na metafórica da decisão a condição de revelação e ressignificação histórica de significados instituídos. A condição simbólica aqui examinada se manifesta no âmago da interpretação judicial e musical, tomando a decisão prolatada pela Suprema Corte ou o libreto apresentado ao público o pronunciamento do ser do direito e da ópera, segundo o artifício da linguagem.

A princípio o direito é declamado, é cantado. ``Antes dos doutores, os rapsodos'', escreveu um jurista romântico do século XIX, cansado do racionalismo exacerbado de sua época, do culto da lei e da adoração dos códigos. ``O maior dos poetas é ainda o primeiro dos jurisconsultos'', acrescenta ele, sem referar seu próprio lirismo. Antes de ser escrito, o direito é recitado. Apresenta-se sob a forma de máximas, de provérbios ou de adágios elaborados de modo que fiquem gravados nas memórias, que passem facilmente ``de boca em boca, de século em século'', que expressem a medida das coisas, sendo construídos como o compasso musical da expressão verbal. O ritmo, a assonância, a aliteração, a harmonia imitativa, a concordância fônica proporcionam às sentenças um caráter normativo antes mesmo de se considerar o sentido das palavras que a compõem (ASSIER-ANDRIEU, 2000, p. 153)

A percepção musical dá a linguagem os conceitos e a poética, ao direito, a percepção transcendente do texto constitucional transborda na consciência historial da aplicação transposta em decisão. A ``existência da literatura não é a sobrevivência morta de um ser alienado, que se desse simultaneamente à realidade vivencial de uma época posterior. A literatura é, antes, uma função de preservação e de transmissão espiritual e traz, por isso, a cada situação presente, a história que nele se oculta'' (GADAMER, 1997, p. 258).

Compreender os proclives que levam a sustentação da atividade interpretativa em contraposição à mera subsunção legal é a efetiva manifestação da proposta metafórica da decisão atrelada ao percurso composicional da ópera e de seu libreto. Constituição e decisão irmanam sentidos entre palavras e coisas que não estão limitadas ao fechamento do intencionalismo originário ou transbordante na subjetividade pluripotencial do interprete.

Trata-se da dialética reconstrutiva do direito, privilegiada por François Ost (2005), no ímpeto de encontrar respostas adequadas aos problemas do direito, as dinâmicas sócias que animam a atividade interpretativa do juiz. Uma vez que:

(...) mediante a escrita de seu conteúdo, o direito adquire a faculdade de escapar tanto ao cunho social de suas condições de elaboração quanto à marcação particular devida ao contexto de sua aplicação. Quando um enunciado é posto por escrito, pode ser examinado com muito mais detalhe, tomado como um todo ou decomposto em elementos, manipulado em todos os sentidos, extraído ou não de seu contexto, entregue à análise, à exegese e a todas as técnicas de interpretação especialmente aperfeiçoadas para assegurar seu desígnio normativo. Pode, enfim, isso é o essencial, ir além de sua época, permanecer ao longo dos séculos e produzir consequências absolutamente não premeditadas por seus autores. A letra da lei sobrevive admiravelmente ao espírito de seu autor. (ASSIER-ANDRIEU, 2000, p.

Nesse desiderato, transborda ao direito na abstratidade da relação entre conceitos e coisas o discursivo, inteiramente indeterminado no interior de sua esfera, determinado somente aos seus próprios limites, acessível e apreensível pelos que perguntam pelo conceito de direito e suas manifestações, possível pela razão comunicacional através da palavra, sem ulterior mediação que não a brancura axiológica da constituição e da música. A este imperativo axiológico, fundante, posto que ora é texto e ora indeterminação ou inexistência, é decomposta na multiplicidade dos procedimentos ilocucionários e performativos em virtude da forma espacial e temporal da apreensão fenomênica do caso em estudo.

Cabendo a necessária ponderação acerca do discurso da vontade originária manifestada pelo legislador, posto que na apreensão fluida da pós modernidade disruptiva, equivale, não raras vezes a substitutivo postulatorio. Sendo, portanto, premente a caracterização metafórica da decisão judicial.

5. Considerações Finais

O presente trabalho pautou em o libreto operístico Scalia/Ginsburg, ópera de Derick Wang, estreitar a relação entre música, literatura e direito, tomando a Suprema Corte dos Estados Unidos da América na relação entre os justices Antonin Scalia e Ruth Baden Ginsburg, pressupostos de validade discursiva para ancorar a crítica ao positivismo jurídico de manifestação originalista, de forma a conduzir as teorias jurídicas ao reexame do caráter argumentativo ancorado na hermenêutica jurídica.

Partindo da descrição da Suprema Corte, as contradições e o caráter condicionante da experiência literária e musical, Wang alimenta o desejo da iluminação verbal do ser, transpondo em sua obra e a cultura jurídica americana o problema da indeterminação jurídica para ancorar uma crítica a pretensão de consenso e respostas unívocas, tomando o dissenso e pluralidade argumentativa efusivos ganhos democráticos.

À guisa do que foi exposto, ponderado e severamente refletido por críticos e teóricos, ocupa o caloroso debate acerca do ativismo judicial, plano de fundo dos paradigmas interpretativos. A estrita vinculação interpretativa do caráter metafórico da decisão em comparação a prática libretística se apresenta como cerne da indiscindibilidade entre texto e decisão judicial.

Se trata, portanto, de revisitar conceitos, na mutabilidade do originalmente concebido no conteúdo histórico dos *Founding Fathers*, para readequação na fluidez do mundo pós moderno. O libreto, nesse sentido, empresta significado metafórico à decisão frente ao indeterminado.

Ao dissenso, marca da contraposição teórica de maior relevo, importa notar não a superação e consequente obliteração da tese precedente, mas coerência e integridade em um sistema democrático pautado na confiabilidade do uso público do esclarecimento.

Referências

- ASSIER-ANDRIEU, Louis. O direito nas sociedades humanas. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000
- BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva (Org.). Constitution in 2020. Cambridge: Harvard University Press. 2011
- DELEUZE, Gilles. Espinosa. Filosofia Prática. Trad. Daniel Lins e Fabien Pascal Lins. São Paulo: Escuta, 2002
- DELLA SETA, F. Il librettista. In: BIANCONI, L. e PESTELLI, G. (orgs.) Storia dell'Opera Italiana, v. IV, Il sistema produttivo e le sue competenze. Florença: Olschki, 1987, p. 233- 291.
- ELY, John Hart. Democracia y Desconfianza. Santa Fé de Bogotá: Universidade de los Andes, 1997
- GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997
- OST, François. O tempo do direito. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.
- SCALIA, Antonin. Originalismo y no originalismo em la interpretación de la Constitución de los EE.UU. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Montevideo, 1989. p. 21-28
- SCALIA, Antonin. A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1998
- SCHMIDGALL, G. Literature as opera. Nova York: Oxford University Press, 1977.
- SMITH, P. J. The Tenth Muse: a Historical Study of the Opera Libretto. Nova York: Schirmer Books, 1970.
- STRECK, Lenio. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

WEISS, Piero, Opera: A History in Documents. Nova York: 2002

WEISSTEIN, U. The libretto as literature. In Books Abroad, XXXV, 1961, p. 16-22.

DIREITO AO DESENVOLVIMENTO NA CULTURA MAINSTREAM: UM POSSÍVEL MODELO DE INTEGRAÇÃO DAS MINORIAS CULTURAIS.

Jadgleison Rocha Alves¹
Luziana Ramalho Ribeiro²

1. Uma aproximação introdutória

Cada vez mais torna-se presente as relações entre cultura, economia e desenvolvimento no reconhecimento de identidades culturais no mundo contemporâneo, surgindo dessas relações um “empenho do Terceiro Mundo de elaborar uma identidade cultural própria, propondo direitos de identidade cultural coletiva, como o direito ao desenvolvimento”³.

Considerando a importância do direito ao desenvolvimento, a Assembleia Geral da ONU, em 1986, aprovou a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, como símbolo de um Direito Humano inalienável, sendo a partir desse pressuposto, que o presente trabalho busca discorrer sobre as apropriações e hibridizações culturais advindas da indústria do entretenimento que manifestam fluxos culturais de escala global, compondo-se, através desses fluxos, uma forma de desenvolvimento cultural das minorias. O objetivo desse trajeto foi, portanto, analisar o futuro do desenvolvimento cultural das minorias, quando a partir de uma afirmação identitária regional busca-se uma excepcional capacidade de atração do mundo inteiro através de suas performances e do uso que fazem de sua cultura.

A metodologia adotada para o desenvolvimento do presente trabalho foi a análise teórica, que se baseou na pesquisa bibliográfica, especialmente em obras literárias, artigos, dissertações e teses, com inspiração na perspectiva teórica de relevantes estudiosos como: Frédéric Martel (2013), Michel Foucault (2010) e George Yúdice (2008), que sugerem, respectivamente, interfaces com teorias específicas: Cultura Mainstream, Indústrias Culturais, Performatividade do “cuidado de si”, Economia Cultural.

2. Direito ao Desenvolvimento e a cultura mainstream como uma nova estratégia de legitimação ao desenvolvimento de minorias culturais

¹Mestrando em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas, pela Universidade Federal da Paraíba –UFPB, Membro do Grupo de Estudos sobre Violência e Segurança Pública-GEVSP/UFPB, Membro da Comissão de Direito, Arte e Cultura da OAB/PB e Membro Associado da European Outsider ArtAssociation – EOA. jadgleison@gmail.com

²Doutora em Sociologia pela Universidade Federal da Paraíba UFPB (Brasil). Professora do Programa de Pós Graduação em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas da Universidade Federal da Paraíba – NCDH/UFPB (Brasil). Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Serviço Social da UFPB (Brasil). Pesquisadora Líder do Grupo de Estudos Sobre Violência, Segurança Pública e Gênero – GEVSP, link para visualização: <http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/6611636830174110>.

³ LAFER, Celso. Ordem, poder e consenso: caminhos da constitucionalização do direito internacional. In: As tendências atuais do direito público. Estudos em homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

A primeira abordagem do conceito que introduziu o direito ao desenvolvimento como direito humano surge em países de minorias culturais, como o Senegal e Argélia. No Senegal pelo então ministro da corte suprema do Senegal Keba Mbaye⁴ em 1972, quando destaca ao ministrar a aula inaugural no Instituto Internacional de Direitos do Homem, “à necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana através de uma perspectiva integral do sujeito.” Tal pensamento contribui para formalizar no âmbito da Comissão dos Direitos do Homem das Nações Unidas, em 1977 o reconhecimento do sobredito direito. (BONAVIDES, 1999). Na Argélia, o Cardeal Etienne Duval, então arcebispo da capital Argel, proclama através da mensagem de ano novo em 1969, dirigida ao povo da cidade, um direito ao desenvolvimento dos países de Terceiro Mundo.

Neste cenário internacional, de reconstrução de uma nova ordem mundial, com base em um protagonismo internacional de países em desenvolvimento, em 4 de dezembro de 1986, é adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, consagrando tal direito de forma definitiva no ordenamento jurídico internacional com adesão de 146 Estados, oito abstenções e um voto contrário – Estados Unidos, dando ao termo desenvolvimento um valor jurídico enquanto direito fundamental, como um direito humano inalienável, fazendo jus a uma participação de todos os indivíduos e povos, na construção de um processo de desenvolvimento cultural, social e econômico em vista da efetivação dos direitos humanos.

Em meio a esse quadro de reestruturação do cenário internacional a Declaração torna-se responsável na identificação do desenvolvimento a partir de múltiplas nuances, em que importa destacar o seu art. 1º que nos diz

Artigo 1º

§1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

§2. O direito humano ao desenvolvimento também implica a plena realização do direito dos povos à autodeterminação que inclui, sujeito às disposições relevantes de ambos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, o exercício de seu direito inalienável à soberania plena sobre todas as suas riquezas e recursos naturais.

Considera-se o sujeito a partir de uma concepção integral como tendo direitos e deveres na participação de seu desenvolvimento humano, social, cultural, ambiental político e econômico.

Para, Flávia Piovesan (2010) a Declaração sobre o Direito ao 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

⁴ BEDJAOUI, Mohammed. The right to Development, BEDJAOUI, Mohammed (org.) *International Law: Achievements and Prospects*. Paris: Martinus Nijhoff Publisher e UNESCO, 1991, p.177.

sua ativa, livre e significativa participação neste processo, orientado pela justa distribuição dos benefícios dele resultantes”. (PIOVESAN, 2010, p. 102).

Nesse sentido, a análise realizada por Arjun Kumar Sengupta (2002) - especialista independente para o Direito ao Desenvolvimento das Nações Unidas na época, elenca ser o direito humano ao desenvolvimento um direito –

(...) inalienável, em que (...) há um processo de desenvolvimento econômico, social, cultural e político, e nesse sentido - (...) todos os direitos humanos e liberdades fundamentais podem ser plenamente realizados. Para o referido autor, o direito ao desenvolvimento é um direito humano com fulcro no qual cada ser humano e os povos têm –o direito de participar, contribuir e gozar ‘desse processo de desenvolvimento. (SENGUPTA, 2002, p. 66).

Nessa linha de pensamento, uma política de desenvolvimento econômico local baseadas em indústrias de produtos culturais e suas relações internas e externas com o direito ao desenvolvimento de minorias culturais são consideradas.

O crescimento e a disseminação de aglomerações de produção localizadas baseadas em indústrias de produtos culturais estão levando não à uniformidade cultural, mas a uma diversidade muito maior em nível global. É possível verificar que a indústria cinematográfica, é uma indústria do entretenimento de grande e rápido crescimento econômico, expandindo a partir de interações com os setores tecnológicos de computadores, eletrônicos e software. Embora a indústria cinematográfica esteja concentrada no Estados Unidos, outros países - principalmente a Índia - estão tentando atrair a atenção do mundo por meio de suas produções locais no desenvolvimento e visibilidade de temas inerentes a sua cultura, bem como, na construção de vínculos com as indústrias baseadas no entretenimento, gerando oportunidades fora dos grandes centros para uma promoção de minorias culturais.

Até mesmo no grande cenário americano, a indústria cinematográfica não mais se dirige a um público nacional, abrindo-se para um mercado cada vez mais diversificado culturalmente. A história econômica dessa trans-nacionalização é uma importante pista para a contribuição que a cultura mainstream fornece para a visibilidade de minorias culturais.

A União Africana (OUA) pela primeira vez, em sua estratégia de desenvolvimento regional, reconhece a cultura como parte integrante desse desenvolvimento regional no documento intitulado *Nepad – Nova Parceria para o Desenvolvimento da África, de 2001*. Vejamos:

A cultura é uma parte integrante dos esforços de desenvolvimento do continente. Consequentemente, ela é essencial na proteção e no uso efetivo do conhecimento nativo, o que representa uma grande dimensão da cultura do continente, e no compartilhamento desse conhecimento em prol da humanidade. A Nova Parceria para o Desenvolvimento da África dará atenção especial à proteção e ao cultivo do conhecimento nativo, o que inclui a alfabetização com base nas tradições, obras artísticas e científicas, invenções, descobertas científicas, design, marcas, nomes e símbolos, informações não reveladas e todas as outras inovações e criações com

base nas tradições, resultantes da atividade intelectual nos campos industrial, científico, literário ou artístico. O termo também inclui recursos genéticos e conhecimento vinculado. (União Africana, 2001)

A vice-ministra sul-africana das Artes e Cultura, N.G.W. Botha, em discurso realizado em outubro de 2006, também declara que:

A África do Sul está se tornando, cada vez mais, consciente da importância econômica e social do setor criativo. No mundo todo, os governos estão começando a reconhecer as indústrias criativas como um veículo importante para a promoção do desenvolvimento econômico local, do turismo cultural e de uma identidade nacional com toda sua diversidade. Precisamos compreender melhor a plena contribuição econômica da criatividade para a economia do nosso país. Sabemos que as indústrias criativas são um setor da nossa economia, mas ainda não fizemos um estudo abrangente para determinar o quanto as indústrias criativas contribuem para o PIB. (Discurso da sra. N. G. W. Botha no 6º Festival de Cinema Apollo, 2006)

É de extrema importância perceber esses fluxos globais de movimentos culturais originados nesses territórios africanos reforçando e reafirmando múltiplas formatações que se auto afirmam como povos em busca de um desenvolvimento global.

Especificamente em âmbito brasileiro esse fenômeno de visibilidade das minorias a partir da indústria do entretenimento tem como exemplo conteúdos associados às culturas indígenas encontrando diferentes formas de expressão. Como exemplo dessa performatividade⁵ temos no estado do Acre a participação de indígenas e não-indígenas, na criação de um jogo de videogame que conta uma antiga história da comunidade Huni Kuin. Já no estado do Mato Grosso do Sul, próximo a cidade de Dourados um grupo de adolescentes indígenas, formaram o “Brô MC’s”, grupo musical que canta raps na língua guarani, trazendo em suas letras temas da vida em aldeia, já tendo o seu segundo disco pronto. E ainda no estado do Pará, um concurso de audiovisual realizado pela TV Cultura local, possibilitou contar a história de animação vivida por quatro indígenas superpoderosas, misturando a cultura do Norte do país a partir da lenda icamiabas⁶ com a figura de heroínas com sotaques e termos regionais.

Estas estratégias, programas e projetos são aspectos-chave para o reconhecimento da cultura mainstream como catalisadora de esforços na revitalização da comunidade local e podem fazer a diferença no desenvolvimento destas minorias. Os projetos e as atividades culturais têm um impacto no desenvolvimento desses povos proporcionando uma base de capital humano e diversidade cultural.

⁶ Amazonas que viviam em uma comunidade sem homens.

3. Bollywood e Hong Kong: Semelhanças Produtivas e Diferenças Culturais

Bollywood é a maior indústria cinematográfica da Índia e a quarta maior indústria cinematográfica do mundo em termos de número de produção por ano, possuindo grande popularidade na Índia, sul da Ásia, mundo árabe, Caribe e vários países da África; recebe esse nome devido a junção do nome Hollywood com Bombaim (o nome britânico de Mumbai) onde os filmes são produzidos, localizada no estado de Maharastra, na Índia.

A indústria cinematográfica de Bollywood ainda é um tópico inexplorado na economia, apesar de sua crescente importância econômica em termos de produção, emprego e audiência, tendo estreado no mundo do cinema no ano de 1913, lançando seu primeiro filme mudo "*Raja Harishchandra*", e depois seu primeiro *talkie* (filmes com som) lançado em 1931 intitulado "*Alam Ara*". Na época a indústria cinematográfica de Bollywood não recebeu ajuda financeira do governo de Maharastra ou do governo central e foi considerada uma indústria informal até o final dos anos noventa, recebendo seu status formal de indústria em 1998, principalmente pela iniciativa da então Ministra da Cultura Sushama Swaraj. O Banco de Desenvolvimento Industrial da Índia (IDBI) começou a fornecer empréstimos para a produção de filmes a partir do ano 2000 e com o tempo, um grupo diversificado de indústrias tornou-se interessado em investir dinheiro em filmes de Bollywood.

A mudança na estrutura da dinâmica de gênero na sociedade indiana tornou-se um tema importante crescente nos filmes de Bollywood, produzindo filmes como *Damini* (Lightning, 1993) que documenta o protesto de uma mulher contra sua família e marido, para levar justiça a uma vítima de estupro, sendo considerado um dos melhores filmes voltados para mulheres já feitos em Bollywood. Além de ser aclamado pela crítica, o filme se tornou a sexta maior arrecadação do ano e foi declarado um "sucesso" na bilheteria indiana.

Dentre outros filmes que abordam a dinâmica de gênero na sociedade indiana estão, *Mrityudand* (Death Penalty, 1997) que discute sobre a cooperação entre mulheres e protestos contra a corrupção social; *Agni Sakshi* (Promessa Eterna, 1996) e *Daman: Uma Vítima de Violência Conjugal* (Supressão, 2001) ambos lidam com a violência doméstica contra as mulheres; *Matrubhoomi: Uma nação sem mulheres* (Motherland, 2003) baseia-se na questão do aborto seletivo pelo sexo, sendo o primeiro filme em Bollywood que retrata a gravidade da desigualdade da natalidade na Índia. *Chak De! Índia* (Come On, Índia, 2007) argumenta contra a discriminação de gênero no local de trabalho. *Anuradha de Hrishikesh Mukherjee* (Love of Anuradha, 1960) aborda sobre o direito da independência econômica das mulheres; *Nikaah* (Marriage, 1982), retrata a posição social das mulheres e a liberdade na comunidade muçulmana educada na Índia. *Sadak* (Raod, 1991) sobre o tráfico de seres humanos e abuso de mulheres.

No entanto, outras temáticas relacionadas as minorias são produzidas pela indústria cinematográfica de Bollywood, como os filmes produzidos pelos Diretores Bimal Roy, Raj Kapoor, Guru Dutt e Hrishikesh Mukherjee que abordaram vários problemas rurais e

urbanos da Índia. Por exemplo, o filme *Do Bigha Zamin*, de 1953, de Bimal Roy, tratou da injustiça legal e do sofrimento de pequenos agricultores e da migração urbana rural de trabalhadores não qualificados. Já o filme de 1959 de Roy, *Sujata* (Sujata), argumentou contra o tabu do sistema de castas e intocabilidade. Equanto que o filme de 1955 de Raj Kapoor, *Shree 420* (Mr. 420), foi baseado em desemprego, pobreza urbana e corrupção.

A globalização do mercado e como esse processo está moldando as características culturais das pessoas em todo o mundo é, sem dúvida, a questão mais crítica no surgimento de uma cultura de consumo global.

Desde os anos 80, a China reorganizou ativamente sua indústria cinematográfica, passando de um sistema de mercado socialista para um semi-capitalista. Algumas empresas ocidentais, foram autorizadas a participar deste círculo de cinema antes totalmente fechado, e no ano de 1989, a China abandonou o monopólio da distribuição cinematográfica do Film Bureau e permitiu o estabelecimento de empresas de distribuição privadas. Os próximos dez anos foram um período de consolidação. No final dos anos 90, todas as três fases do cinema - produção, distribuição e exibição - haviam se aberto muito ao investimento privado. Esse processo também prefigurou parcialmente a entrada da China na Organização Mundial do Comércio (OMC), considerada vital para a participação da China no capitalismo mundial.

Depois de anos de negociações ferozes, especialmente com os Estados Unidos, cuja aprovação ou veto foi decisiva em todo o processo, em dezembro de 2001 a China ingressou na OMC. O forte desejo da China de entrar na OMC não foi desacompanhado por cétricos dentro da própria China, inclusive da comunidade cinematográfica, que enfrentava dificuldades econômicas. Os recibos de bilheteria caíram de 23,6 bilhões de yuans em 1991 (1 U \$ aprox = 7,8 yuans) para os 8,4 bilhões de yuans em 2001, uma queda de mais de três vezes em dez anos. Além disso, apenas 35% da receita durante esse tempo veio de filmes feitos na China, os 65% restantes derivados de Hollywood ou outros filmes importados. Enquanto isso, a produção cinematográfica também caiu ao longo dos anos 90, de 167 filmes em 1992 para 80 filmes em 2001.

Alguns estudiosos do cinema na China culpam a queda dos números na mudança para um sistema capitalista e duvidaram que a China pudesse se adaptar à pressão do mercado aberto. Sem dúvida, a mudança do sistema afetou a produção de filmes. Por exemplo, o sistema mais aberto trouxe filmes populares de outros cinemas, como Hong Kong e Hollywood, que se mostraram altamente competitivos no mercado local. Também gerou um grande mercado de DVDs, parte do qual dependia de práticas de pirataria que prejudicam seriamente a indústria cinematográfica. No entanto, também se pode argumentar que parte da dor que a indústria cinematográfica chinesa sofreu durante esses anos foi em parte autoinfligida pela censura interna.

Enquanto a China estava lutando para mudar, Hollywood, que estava apenas na periferia do cinema chinês antes de meados dos anos 90, já havia garantido seu domínio global. A bem-sucedida Global Hollywood de Toby Miller descreve a situação em detalhes. Em 1980, 30% das receitas cinematográficas de Hollywood eram geradas através da

exportação, mas em 2000, 50% da renda total de Hollywood veio do exterior. Apenas um único filme, o *Titanic*, em 1998, gerou 1,8 bilhão de dólares através da distribuição global. Atualmente, os filmes de Hollywood ocupam 80% do mercado europeu, mais de 80% do mercado da América Central e do Norte, e 50% do mercado japonês. Mas dentro dos Estados Unidos, os filmes estrangeiros constituem apenas cerca de 3% do mercado interno total.

Esse desequilíbrio se repetiu no comércio de cinema dos EUA e da China desde o lançamento do primeiro filme de Hollywood, *The Fugitive*, no cinema tradicional da China, em 1993. Durante os próximos anos, vários best-sellers de Hollywood foram importados, incluindo *True Lies*, *Forrest Gump* e *The Lion King*. Entre 1995 e 2001, a China importou 134 filmes de Hollywood, com exibições garantidas em grandes cadeias de cinema na China. Mas durante o mesmo período, os principais distribuidores dos EUA distribuíram zero filmes feitos na China continental.

Uma série de filmes de qualidade foi feita, incluindo *In the Heat of the Sun* (dir. Jian Wen, 1995), que capitalizou o pano de fundo histórico da Revolução Cultural; *Cereja Vermelha* (Hong Ying Tao dir. Ye Ying, 1995) que usou a Segunda Guerra Mundial como pano de fundo épico; e o thriller de gângsteres *Shanghai Triad*, (dir. Zhang Yimou, 1995), que representou um gênero primeiramente reimportado de Hong Kong nos anos 80. Outro grupo de filmes que obteve algum sucesso no combate a Hollywood foi a comédia social realista de “pequeno vagabundo”, mais notavelmente por dois diretores - *Feng Xiaogang* (*Be There ou Be Square*, 1999), e *Huang Jianxin* (*Signal Left Turn Right*, 1996). O ex-diretor misturou histórias urbanas chinesas com truques de Hollywood, enquanto o último era mais sofisticado em estilo e perspicaz na crítica aos problemas sociais. Alguns de seus filmes venderam bem e puderam oferecer resistência momentânea à influência de Hollywood.

4. Considerações finais

O método convencional de usar países como unidade cultural de análise ou como base para a segmentação de mercado é cada vez mais imprudente, dado que a maioria dos países do mundo já é multicultural e cresce cada vez mais, e mesmo dentro de nações relativamente homogêneas, indivíduos variam substancialmente na medida em que se identificam, aderem e praticam normas culturais.

Os breves exemplos de apropriações e hibridizações mencionados acima mostram que se trata de um processo bastante diversificado, que envolve diversas possibilidades e estratégias, e que nesse nível, a cultura não é considerada apenas um instrumento para a criação de riqueza, mas, sim, a estrutura, a fundação e um grande objetivo em si do processo de desenvolvimento humano sustentável por completo.

A concepção de “cultura como recurso” tomada por YÚDICE (2002, p.133) supõe discutir, no passo das transformações contemporâneas e seguindo uma orientação fundada em Foucault, as noções de agenciamento e empoderamento, a performatividade do “cuidado de si”, o imperativo social do desempenho, os movimentos culturais e a positivação

legal dos processos identitários dessas minorias locais frente às agências globais, além das correspondências fabricadas entre a inovação como alavanca do capital e a cultura.

O direito ao desenvolvimento a partir das indústrias culturais nos permitirá desenvolver outros dois aspectos do direito das minorias, que são exatamente o direito ao reconhecimento, e o direito à identidade cultural, de ser reconhecido como diferente e ter direito à diferença.

E para além de uma representação da modernidade oferecida como tecnologia, tornando opaca a essência das coisas, em Yúdice, a tecnologia não se reduz a seu caráter instrumental, mas se apresenta como um apelo que agrupa e ordena, revelando uma verdade que bloqueia outras verdades. Daí que a reflexão sobre a tecnologia deve considerar, simultaneamente, a familiaridade com a sua essência e a diferença em relação à mesma, como na arte, tratando-se menos de instrumentalidade e mais de performatividade, que emerge como uma quarta episteme (no sentido foucaultiano, depois de semelhança, representação e historicidade) na forma como, além da instrumentalidade, pratica o social. Essa performatividade baseada no questionamento das normas supõe que os agentes realizam uma prática reflexiva do autogerenciamento.

Assim, no interior do campo de forças performativas emergem interpretações rivais que buscam desconstruir o modelo totalizador, onde os atores agenciam sua autonomia e legitimidade em modalidades alternativas de poder, enquadrando interpretações que canalizam a significação dos seus discursos e atos. E esse recurso à cultura como fundamento das produções e manifestações locais, abrem um espaço para lutar pelos seus direitos que assumem diversas linguagens em sua localização, não deixando de ser uma produção discursiva de identidades.

Nesse sentido, encontramos em Yúdice um cenário de vastas possibilidades ao antropólogo, sobretudo àquele que investiga e interpreta a produção discursiva das culturas, as narrativas identitárias dos atores culturais e as mediações tecnológicas hoje operantes nesses processos. Importa, para tanto, compreender que esses gerenciamentos culturais contemporâneos, ao rivalizar com a fantasia preponderante de uma sociedade, problematizam o imaginário social normalizado nos processos de globalização e se tornam referenciais importantes para o estudo da diferenciação cultural, alcançando uma visibilidade.

Esta é a grande dificuldade e, ao mesmo tempo, o grande desafio: somos todos iguais, sendo diferentes; somos todos diferentes, mas essencialmente iguais em dignidade e direito. É evidente que a produção cinematográfica neste lugares pode ser utilizada para mitigar a pobreza e estimular o desenvolvimento dessas minorias culturais.

Referências

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1999.

CABRAL, Cristiane Helena de Paula Lima. **Reconhecimento e subsidiariedade: caminhos para o direito ao desenvolvimento na América do Sul**. Revista

- Pensar Direito: Belo Horizonte, 2014.
- CAMPOS, T. L. C. Desenvolvimento, Desigualdades e Relações Internacionais: uma introdução ao debate. In: TaianeLas Casas Campos. (Org.). **Desenvolvimento, Desigualdades e Relações Internacionais**. Belo Horizonte: Pucminas, 2005.
- CARDIA, Fernando Antônio Amaral. **Uma breve introdução à questão do desenvolvimento como tema de direito internacional**. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto (Org.). Direito internacional e desenvolvimento. Barueri: Manole, 2005.
- DELAPLACE, Domitille. **Políticas Públicas na Perspectiva de Direitos Humanos: Um Campo em Construção**. SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo: 2011.
- DELGADO, Ana Paula Teixeira. **O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização: paradoxos e desafios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- LAFER, Celso. Ordem, poder e consenso: caminhos da constitucionalização do direito internacional. In: **As tendências atuais do direito público**. Estudos em homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- MARTEL, Frédéric. **Mainstream: a guerra global das mídias e das culturas**. São Paulo, RJ: 2012, Civilização Brasileira.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos: e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- PRONER, Carol. **Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do sistema americano de proteção**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002. ROSAS, Allan. The right to Development. In: EIDE, Asbjorn; **Economic, Social and Cultural Rights**. Dordrecht: M. Nijhoff Publishers, 1995.
- SALOMON, M. E. Legal Cosmopolitanism and the normative contribution of the Right to Development. In: In: MARKS, STEPHEN. **Implementing the Right to Development. The role of International Law**. Genebra: FES, 2008.
- SALLES, Marcus Maures de. **O “novo” direito internacional do desenvolvimento: conceitos e fundamentos contemporâneos**. CadernosProlam/USP: São Paulo, 2013.
- SANCHEZ, Nicolás Ângulo. **El derecho humano al desarrollo frente a la mundialización del mercado**. Madri: Lepala, 2005.
- SENGUPTA, Arjun. **O Direito ao desenvolvimento como um Direito Humano**. Revista da Social Democracia Brasileira. Nº 68. Março de 2002.

- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. _____. **O desenvolvimento como expansão de capacidades**. Lua Nova. São Paulo: 1993.
- SCHEDLER, A. Conceptualizing accountability. In: SCHEDLER, A.; DIAMOND, L.; PLATTNER, M. F. (Ed.) **The self-restraining state: power and accountability in new democracies**. London: Lynne Rienner, 1999.
- SILVA, André Luiz Olivier da. **Os direitos humanos enquanto exigências e reivindicações mútuas**. Novos Estudos Jurídicos, v. 19, n. 3, nov. 2014.
- SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini. **Direito e Desenvolvimento no Brasil do Século XXI: uma análise da normatização internacional e da Constituição brasileira**. Brasília: CONPEDI/IPEA, 2013.
- YÚDICE, George. **El recurso de la cultura. Usos de la cultura en la era global**. Editorial Gedisa: 2002, Barcelona.

LEGISLAÇÃO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: QUAL O IMPACTO NA MEDICINA? - A VISÃO DE UM JURISTA...

João Proença Xavier¹

Conforme indicado pelo autor González Moran no seu livro de 2006 “Da Bioética ao Biodireito...”: Chama-se maternidade subrogada ou de substituição, “aquela que se origina por gestação de um ser humano no útero de uma mulher, em nome e por comissão ou encargo de outra mulher a quem se entregará o|a recém nascido|a como mãe própria”²

Sobre esta problemática³ em 2014, a Estimada Vera Lúcia Raposo na sua fenomenal Tese de Doutoramento: “O Direito à Imortalidade – O Exercício de Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto do Embrião *in Vitro*”, escreve cit.:

” Outra questão que se coloca relativamente ao conteúdo do direito à reprodução é saber se é exigível, que o sujeito que o reivindica utilize o seu próprio material genético (o que implica colocar o acento tónico num qualquer vínculo biológico), ainda que porventura venha posteriormente a prescindir da criança e a entrega-la a terceiras pessoas (...) ” como é o caso da maternidade por substituição,” (...) (poderão estas mulheres actuar nesse papel invocando os seus direitos reprodutivos?); ou seja se basta que esteja envolvido o material genético do respectivo cônjuge ou companheiro, associado aqui o direito reprodutivo à protecção da unidade familiar (o que nos recorda particularmente o caso do elemento feminino do casal contraente, num contrato de maternidade de substituição gestacional e genética, em que o esperma pertence ao elemento masculino); ou se, pelo contrário, se nada disto é exigível, bastando que o sujeito pretenda trazer ao mundo uma criança para a educar e criar (o que apenas faz relevar o aspecto social, afectivo e legal da filiação) e, por conseguinte, para com ela estabelecer laços jurídicos (como é o caso dos contraentes num contrato com qualquer material biológico). Mesmo autores que se revelam bastante pródigos no momento de traçar contornos aos direitos reprodutivos parecem exigir qualquer

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. Professor Doutorado pela Universidade de Salamanca Especialista em Direitos Humanos / Direito Comparado/ Medicina da Reprodução e Direito Biomédico. Instituições: UNIVERSIDADE DE SALAMANCA - Espanha - joao.proenca.xavier@usal.es - Membro do Instituto Jurídico Portucalense – IJP da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto – Portugal; Investigador FCT Integrado no **CEIS 20 Centro de Estudos Interdisciplinares do Século XX** – UNIVERSIDADE DE COIMBRA – Portugal - Jurisconsulto em parceria 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 Insígnia do Ilustre Colégio de Abogados de Salamanca – Espanha. Membro da SPMR - Sociedade Portuguesa de Medicina da Reprodução e Membro Fundador da ACONSULTIIP – Associação de Consultores de Investimento e Inovação de Portugal.

² Tradução nossa: Cit.González Morán L. “De la Bioética al Bioderecho...” pág. 672.

³ Ver: Artigo 8º nº2 da Lei Portuguesa de PMA - 32/2006 (...) «maternidade de substituição» 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 próprios da maternidade”(...

tipo de conexão genética.”⁴

Joan Bestard Camps, Professor da Universidade de Barcelona, explica a este propósito o significado de ter “*uma descendência própria*”, defendendo que “**próprio**” significa várias coisas, sendo que o contexto do tratamento define o significado desta relação: 1- Relacionado geneticamente, 2- Tê-lo dado à luz, 3- Tê-lo gestado durante a gravidez.

Para este Antropólogo, próprio significa principalmente uma relação biológica de algum tipo. Portanto, defende, que na nossa cultura de autoconhecimento é fundamental para o desenvolvimento da identidade, na qual se inclui o conhecimento sobre as origens genéticas e sobre a paternidade biológica. Esta intenção comprova-se com a representação de diagramas e árvores genealógicas e pela ideia de continuação da descendência familiar. Para Bestard Camps: “A relação básica é uma relação biológica, as outras são uma metáfora entre elas (os padrinhos, os filhos adoptados, os padrastos). No entanto, dadas as possibilidades de doações (dações) de gametas nas técnicas de reprodução assistida se incluem novas ficções e novos significados para o próprio.”⁵

Para este autor (onde a cultura tem a sua própria natureza), o processo reprodutivo réplica no microcosmos do indivíduo esta cosmologia moderna da natureza (onde): os pais têm os seus próprios filhos...

”E estes parecem-se com os seus pais e durante o processo da infância desenvolvem alguns aspectos da sua natureza que os tornam diferentes e individuais. Para isso, é fundamental a interacção, ou melhor, a relação que se estabelece entre pais e filhos, a relação do dia-a-dia de que falam os nossos estudiosos, uma relação não só baseada na natureza, mas também na “criança”.⁶

No mesmo sentido, como Vera Lúcia, entendemos que falamos aqui do direito a ter filhos e não da obrigação de os ter, diferentemente das teorias italianas do período da II Guerra Mundial de Mussolini, que cobrava impostos a todos os que não queriam ter filhos, argumentando que o crescimento populacional enriquecia a Pátria e era dever imperativo Nacional de todo o cidadão. De acordo com a Professora de Coimbra destacada em Macau, “*também não nos solidarizamos*” com a doutrina oficial da Igreja que considera que a procriação é um dever conjugal, elevado a ser o motivo principal e primeiro do casamento

⁴ Raposo, V. L. in, “*Direito à imortalidade...*” pág. 162 in fine: “*Segundo cremos, a figura do direito reprodutivo implica, cumulativamente, a intenção de transmitir material genético e de estabelecer com a criança um laço jurídico de filiação, de forma a assumir os respectivos encargos. Quando exista apenas a primeira dimensão estamos em presença do direito de dispor do próprio corpo e do respectivo código genético; caso só exista a segunda estamos em presença do direito a constituir família. Nenhum deles se confunde com o direito reprodutivo, embora este seja uma das múltiplas dimensões do direito a constituir família.*” Ver também Raposo, V. L. op. cit.: (Robertson, J. “Genetic Selection of Offspring Characteristics”, B.U Law review, 76, 1996, pág. 438) “*É o caso de Robertson que, ao discutir se a clonagem deve ou não ser inserida no contexto do direito reprodutivos, restringe a sua aceitação aos casos em que a pessoa que se quer reproduzir réplica os seus próprios genes.*”

⁵ Cit.: Bestard Camps, J. “*Tras la Biología – La moralidad del parentesco y las nuevas tecnologías de reproducción*”, Ediciones de Universidad de Barcelona, Barcelona 2004, pág. 30 y 31.

⁶ Bestard Camps, J. “*Tras la Biología –...*”, pág. 32.

católico...

Luis González Morán, chama a atenção para a pluralidade terminológica utilizada para denominar esta figura: “maternidade subrogada”, “maternidade por substituição”, “gestação subrogada”, “gestação de substituição”, “mãe de aluguer” o “madre portadora” “chegando a chamar-se “barriga ou ventre de aluguer”...

No artigo 10 das Leis Espanholas 35/1988 e 14/2006, determina-se que: “será nulo el contrato...”, ver: (Artículo 10.) Gestación por sustitución “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación...” (e na Lei Espanhola Actual da PMA),⁷ no mesmo sentido da Lei Portuguesa de PMA (Lei 32/2006), vejamos o :

Artigo 8.º (Maternidade de substituição):

“1— São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição. 2— Entende-se por «maternidade de substituição» 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 próprios da maternidade. 3— A mulher que suporta uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer.”⁸

Em Inglaterra na Acta de Acordos ou Disposições de Sub-rogação de 1985 não se proíbe a maternidade de substituição, no entanto condena-se a negociação de tais acordos com o fim lucrativo. A Lei inglesa (Human Fertilisation and Embryology Bill) de 1 de Novembro de 1990 (Act) Meaning of “mother”.

“(1)The woman, who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child.(2)Subsection (1) above does not apply to any child to the extent that the child is treated by virtue of adoption as not being the [F1woman’s child]F1.(3)Subsection (1) above applies whether the woman was in the United Kingdom or elsewhere at the time of the placing in her of the embryo or the sperm and eggs^{9 10}”.

⁷ Ver: Art. 10 de La Ley 14/2006.

⁸Ver: Sobre este assunto a opinião de González Moran, “*De la Bioética al Bioderecho...*”cit. pág. 672 Y 674 in fine: “*quiere ponerse en evidencia que, si a pesar de la calificación jurídica de dicho contrato, éste se realiza al menos en su aspecto material, no tendría efectos: es decir, que los comitentes no estarían obligados a entregar a la gestante el precio convenido, si lo hubiere habido, ni la gestante estará obligada a entregar al hijo nacido. De ahí que la filiación será determinada...*” Para este autor: “*Así firmada la nulidad de este contrato, entiendo que no tiene mayor trascendencia encasillarlo dentro de los negocios tipificados en nuestro Ordenamiento, como hacen con diversa fortuna los autores, que suelen calificarlo jurídicamente o como un contrato de arrendamiento de obra entre el médico, la mujer, la madre y la madre gestante, o un contrato de arrendamiento de servicios o un contrato de alquiler en el que lo que se alquila es el vientre la gestante.*”

⁹ Versão: “Latest available” (Revised) 2008.

¹⁰ Sobre este assunto a opinião de González Moran “*De la Bioética al Bioderecho...*”cit. pág.674 in fine: “*presunción legal de maternidad*” (...) “*y en el art. 30.1 y b (dista ley inglesa) prevé la posibilidad de que un tribunal pueda determinar la paternidad legal del matrimonio o de la pareja que hayan recurrido a esta técnica reproductiva. Y en artículo 36 (de la misma ley) modifica la Ley de acuerdos de Subrogación de 1985: “Ningún acuerdo de subrogación podrá ser ejecutado coactivamente por o contra ninguna de las personas participantes.”*

Na Alemanha, a Lei alemã de 13 de Dezembro de 1990 indica num parágrafo único:¹¹ (Tradução nossa):

“ 1. Será sancionado com pena privativa de liberdade de até três anos ou com pena de multa quem: 1) Proceder a transferir para uma mulher...

A Lei alemã de protecção do embrião, n. 745/90 de 13/12/90¹² estabelece:

“Art. 1.- Art. 1.- Utilização abusiva das técnicas de reprodução. 1. Será sancionado com pena privativa da liberdade de três anos ou com pena de multa quem: 1) Transferir para uma mulher óvulo de outra; 2) Fecundar artificialmente um óvulo com fins de iniciar uma gravidez noutra mulher de quem provem o óvulo; 3) Transferir para uma mulher mais de três embriões num mesmo ciclo; 4) Fecundar por transferência de gâmetas intratubárica (GIFT) mais de três óvulos num mesmo ciclo; 5) Fecundar mais óvulos do que os que se pode transferir para uma mulher num mesmo ciclo; 6) Retirar um embrião de uma mulher antes da sua implantação no útero, com vista a transferi-lo a outra mulher ou utilizando-o com fins diferentes aos da sua protecção; 7) Praticar uma fecundação artificial ou transferência de embrião humanos para uma mulher disposta a abandoná-lo de forma definitiva a favor de terceiros logo após o seu nascimento. 2. Será sancionado com as mesmas penas: 1) Quem favorecer a penetração artificial de um espermatozóide humano ou um óvulo humano ou: 2) Introduzir artificialmente um espermatozóide humano num óvulo humano, com fim distinto de iniciar uma gravidez na mulher donde provem o óvulo. 3. Não serão sancionadas: 1) Nos casos contemplados no parágrafo 1, incs. 1, 2 e 6, a mulher da qual provem o óvulo ou o embrião, nem aquela a quem tiver sido transferido o óvulo, ou a quem tiver sido previsto transferir o embrião. 2) Nos casos contemplados no parágrafo 1, inc. 7, a mãe de substituição, nem sequer a pessoa que deseja tomar a seu cargo o bebé de forma definitiva. 4. Nos casos contemplados no parágrafo 1, inc. 6 e parágrafo 2, a tentativa é susceptível de sanção penal.”

Assim, na Alemanha ficam sem sanção os comitentes destinatários, a gestante, atribuindo-se as sanções de carácter penal, **EXCLUSIVAMENTE AOS PROFISSIONAIS MÉDICOS/CLINICOS** que executem as técnicas...

Na França, a Lei francesa 94-653 prevê sanções penais para quem “faça a mediação” entre pessoa ou casal que queira ter um filho|a e uma mulher que autorize ter uma gravidez a “pedido” e venha a “devolver o filho” ao final...

“Chapitre IIDu respect du corps humain : Art. 2. - L'article 16 du code civil est rétabli dans la rédaction suivante et inséré au début du chapitre II du titre Ier du livre Ier du code civil: Art. 16. - La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie.

Art. 3. - Après l'article 16 du code civil, sont insérés les articles 16-1 à 16-9 ainsi rédigés: Art. 16-1. - Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet

¹¹ Alemanha: Lei de protecção do embrião, n. 745/90 del 13/12/90.

¹²

http://www.cgajdh.salud.gob.mx/descargas/rh/03_sistema_regional_europeo/01_consejo_de_Europa/CE001.pdf (Consultada en 20/08/2015).

d'un droit patrimonial. Art. 16-2. - Le juge peut prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments ou des produits de celui-ci. Art. 16-3. - Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir. Art. 16-4. - Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine. Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite. Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne. Art. 16-5. - Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles. Art. 16-6. - Aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci. Art. 16-7. - Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle. Art. 16-8. - Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur. En cas de nécessité thérapeutique, seuls les médecins du donneur et du receveur peuvent avoir accès aux informations permettant l'identification de ceux-ci. Art. 16-9. - Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public. Art. 4. - L'article 227-12 du code pénal est complété par un troisième et un quatrième alinéa ainsi rédigés: Est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double.”¹³

Na Grécia, a Lei grega 3089/2002 de 23 de Dezembro sobre PMA, estranhamente em nosso entender, autoriza a maternidade de sub-rogação, mas sujeita esta opção a garantias muito restritivas: comprovada esterilidade da mulher comitente (requerente), provas da boa saúde da mulher gestante, autorização judicial com acordo escrito entre todas as partes em que cabe o consentimento escrito do marido da mulher gestante se esta for casada, etc... ¹⁴

Para o meu querido “Mestre”, o Jubilado Professor Catedrático de Direito da Família e Sucessões da Universidad de Coimbra, Guilherme de Oliveira, autor de entre outros fantásticos escritos sobre Bioética, da polémica obra de início dos anos noventa, “Mãe só há uma (duas)! O contrato de gestação”, nas palavras da sua orientada S. M.

¹³Ver: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000549619&categorieLien=id> (Consultado em 20/08/2015).

¹⁴ Em sentido conexo, Neves Barbas, S. M., “*Direito ao Património Genético... nota de rodapé*” pág. 197, “*A Lei Mesopotâmica, Código de Hammurabi, embora favorável à monogamia, autorizava o marido, no caso de uma mulher ser estéril, a ter relações sexuais com outra mulher com intuito procriativo, ou dava à mulher estéril a faculdade de oferecer ao marido a sua própria escrava para que tivesse filhos. Segundo aquele Código, o filho da escrava ficava excluído da herança.*”

Magalhães, cit.: “O assunto está rodeado de melindres e frequenta com assiduidade a abordagem jurídica.”¹⁵

Até então, a maternidade estava exclusivamente associada e determinada pelo fenómeno do parto, sendo a adopção a única excepção jurídica a esta realidade...¹⁶

No entanto, diferentes ordenamentos têm vindo a decidir de forma diferente, veja-se o famosíssimo caso do (Bebé M) de 1987, onde o casal Stern, Elisabeth e William, realizaram um contrato de gestação com Mary Whitehead e o seu marido Richard, onde a mãe de substituição (de aluguer), neste caso Mary, abdicava de todos os direitos de maternidade sobre a criatura nascida de inseminação artificial, a favor do casal Stern, estes seriam responsáveis por todos os encargos e ainda deveriam pagar à mãe portadora (do seu (filho|a)) o valor de cerca de 10.000\$ dólares... Após muitas peripécias, o New Jersey Supreme Court, decidiu em 1988 que a filha entretanto nascida nestas circunstâncias, ficaria com aqueles que tivessem melhores condições para cria-la, e no final o Tribunal chegou á conclusão que a criança ficaria com o casal Stern.¹⁷

Nos Estados Unidos da América (EUA)¹⁸ indica Neves Barbas, que cito:

...”em 1983, um homem “alugou” por 10.000 dólares o útero de uma mulher casada (com o consentimento do marido desta) para nele fazer implantar um óvulo fecundado com o seu espermatozóide. O contratante determinou que durante um mês a mulher não pudesse manter relações sexuais. Após o nascimento da criança, verificou-se que era mongolóide. O pai biológico não só se recusou a pagar o preço acordado, como também, a receber o bebé. A mãe de substituição, por sua vez, não quis a criança.”¹⁹

De Acordo, com o Princípio 11 da Resolução do Parlamento Europeu de 16/03/1989, sobre Fecundação Artificial *In Vivo* e *In Vitro*, nas palavras da Investigadora de Coimbra

¹⁵ Magalhães, Sandra Marques, “Aspectos sucessórios da procriação.” Nota de rodapé pág. (80)

¹⁶ De Oliveira, Guilherme, “O Direito Civil em face das novas técnicas de investigação genética”..., pág. 157.

¹⁷ Oliveira, Guilherme, “Mãe há só (uma) duas! O contrato de gestação... pág. 94.

¹⁸ Sobre a distinta posição americana: Neves Barbas, S. M., “Direito ao Património Genético”...pág. 150, onde indica que nos EUA foram fundadas várias associações de parentalidade de subrogação, cit.: “Nacional Center for Surrogate Parenting (N.C.S.P.), em Washington, ...”Infertility Center of NewYork”, em NovaYork,...”Surrogate Parent Foundation” (I.N.C.) na Califórnia.” Consultar também Magalhães, Sandra Marques, “Aspectos sucessórios da procriação.” ... pág. 50 cit.: “No Brasil não há vedação legal (formal) expressa à maternidade de substituição, e a prática vem sendo realizada por clínicas de reprodução assistida com amparo no que dispõe a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358/92, cujo item VIII a admite (com o nome de “gestação de substituição” ou “doação temporária de útero”), contanto que a “doadora temporária do útero” o faça de forma gratuita e pertença à família da “doadora genética” em parentesco até o segundo grau.”).

Ver neste mesmo sentido, um autor que critica a Lei Espanhola de PMA, por não ser mais liberal com a possibilidade destes casos especiais considerarem “autorización” de la maternidad de substitución: Lacadena, Juan Ramón, “La Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida: consideraciones científicas y éticas” en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 24, 2006, pág. 168: “verdaderos casos de altruismo cuando una mujer no tiene útero pero sí ovarios y otra (una hermana, por ejemplo) se ofrece a gestar los embriones producidos por una fecundación *in vitro*”...

¹⁹ Neves Barbas, S. M., “Direito ao Património Genético”... nota de rodapé da pág. 229.

que cito: “...é de opinião que qualquer forma de maternidade de substituição é, em geral, de rejeitar: a mediação comercial com mães hospedeiras deve ser sujeita a sanções e devem ser proibidas as empresas que exerçam tal actividade, bem como o comércio de embriões e gâmetas.”²⁰

Em Portugal, a Proposta de Lei Portuguesa sobre Técnicas de Procriação Medicamente Assistida, Lei nº 135/VII de 1 de Agosto de 1997, proíbe a maternidade de substituição e determina a nulidade do negócio jurídico, seja gratuito ou oneroso, mais determina que a sua promoção por qualquer meio seja considerada crime...

O Artigo 1882.º do Código Civil Português, com a epígrafe (Irrenunciabilidade) postula que: “Os pais não podem renunciar às responsabilidades parentais nem a qualquer dos direitos que elas especialmente lhes conferem, sem prejuízo do que neste código se dispõe acerca da adopção.”²¹

Também, na opinião da Mestre em Ciências Jurídico-Civilistas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, “o instrumento técnico com mais força, é a aplicação analógica” do artigo 1982.º n.º 3²² do Código Civil Português, onde pode concluir -se que cit.: “É evidente que no quadro normativo português o consentimento antecipado é nulo, não há lugar à renúncia antecipada ao estado jurídico de mãe.”²³

O Artigo 1796.º n.º 1 do Código Civil Português estabelece que: “relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento...” Assim a mãe é a mulher que tem a criatura, é a mulher que tem o parto e a maternidade assim é definida nos termos legais...

No mesmo sentido, a investigadora de Coimbra, Sandra Marques Magalhães entende que a cit.: “...complexidade do tema gera tamanho desconforto que a tendência é a de não admitir a maternidade de substituição em nenhuma hipótese...”

Na sua opinião (e na nossa) é o caso do ordenamento jurídico português, a Lei Portuguesa de PMA, Lei 32/2006 no Artigo 8º reputa como nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, que tenham por base a maternidade de substituição, considerando-se a (mãe gestacional), para todos os efeitos, como a mãe da criatura que venha a nascer...

24

²⁰ Neves Barbas, S.M., “Direito ao Património Genético”...pág. 151.

²¹ Redacção dada pela Lei nº 496/77 de 25 de Novembro.

²²Ver: (Forma e tempo do consentimento) “3- A mãe não pode dar o seu consentimento antes de decorridas seis semanas após o parto.” Note: (Aqui falamos de Adopção Plena.)

²³ Neves Barbas, S.M., “Direito ao Património Genético”...pág. 157 in fine.

²⁴ Ver no mesmo sentido em Espanha, a Ley 14/2006 de 26 de Mayo (Artículo 10.) Gestación por sustitución, onde também: “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.”

Ver: Lei 32/2006 de 26 de Julho: Artigo 8.º (Maternidade de substituição) onde:

“1— São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição. 2— Entende-se por «maternidade de substituição» qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto,

Estranhamente, também é o caso da Primeira Lei de PMA Espanhola, a Lei 35/88 de 22 de Novembro no seu Artículo 10º e que se repete na Nova Lei de PMA Espanhola, a Lei 14/2006 de 27 de Maio, que apesar de “ser considerada uma das regulamentações de PMA mais Liberal” réplica, no Artículo 10.º, a proibição da prática da maternidade de substituição e, em paralelo com o modelo português, que na lei de 2006 reputa como nulos os contratos que a estabeleçam.²⁵

Num sentido, de certo modo diferente, e quiçá mais permissivo, o Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Fernando Araújo, defende que “muitos ordenamentos jurídicos” optam pela nulidade do contrato de “aluguer” de útero, o que na sua opinião se afigura “menos razoável” que a simples anulabilidade, porque, cit.: “... celebrado o contrato e iniciada a gravidez na “mãe portadora”, a nulidade do contrato favorece o pai ou progenitores biológicos que queiram recusar-se a receber a criança, vendo-se a “portadora” forçada a ficar com a criança; já porque, por outro lado, se a portadora é casada e o seu marido consentiu na inseminação ou implantação do embrião, a nulidade do contrato torna, volente nolente, o pai juridicamente relevante. Segundo este autor, (com alguma redundância), existe até uma tendência para determinar “a proibição” e a “nulidade” da “maternidade de substituição”²⁶ sem sequer distinguir o caso da “mãe portadora e biológica”, que tem óbvios fundamentos éticos e psicológicos para incumprir o contrato, recusando-se a entregar a criança, do caso da “simples portadora”, que não tem os mesmos fundamentos para a recusa, acompanhada da criminalização da “promoção da maternidade de substituição...

Já a estimada Professora Vera Lúcia Raposo arguia na conclusão do seu livro (*De Mãe para Mãe*) a este propósito que: Tem razão quando afirma Guilherme de Oliveira, num elucidativo título que “Mãe há só uma (duas)”. Mais do que duas poderão existir inclusive três mães: a que doa o ovócito, a que gera o feto e a que reclama para si a criança, com base num contrato de maternidade de substituição (e que muitas vezes será esposa ou companheira do fornecedor de esperma).²⁷ (nacimiento del póstumo).”²⁸ Relativamente à:

renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.3— A mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer.”

Ver: Lei 32/2006 de 26 de Julho: Artigo 8.º (Maternidade de substituição) onde:

“1— São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição.2— Entende-se por «maternidade de substituição» 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 próprios da maternidade.3— A mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer.”

²⁵ Ver no mesmo sentido, S. M., “Aspectos sucessórios da procriação.” ... pág. 49 cit.

²⁶ Araújo Fernando, “A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida”... págs. 36 e 37.

²⁷ Cit: Raposo, V. L., “De Mãe para Mãe- Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição”... pág. 140.

²⁸ Somos da mesma opinião sobre esta temática, que Morán González, L. “De la Bioética.....al Derecho....” pág. 684. Cit.: “Una palabra nada más sobre los derechos sucesorios: aunque la Ley 14/2006 no hace mención alguna (ni la hacía la anterior) a ellos, tampoco es necesario que lo haga ya que el número 2 del artículo 9 dispone que tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. Por el principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la

“La filiación en la gestación por subrogación”: O Artigo 10.2 tanto da Lei Espanhola inicial como da Lei de PMA actual define que: “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.” Isto é coerente com a declaração de nulidade do contrato de gestação subrogada que se encontra no primeiro número deste mesmo Artigo da legislação Espanhola. O Artigo 10.3 pela sua vez conclui que: “...queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”, disposição legal que o Professor Morán considera supérflua, dado que essa Acção já está garantida pelas regras gerais... Para este especialista da Universidade Pontificia Comillas de Madrid cit.: “correu demasiada tinta sobre a conveniência de preferir na hora de atribuir a maternidade aos elementos biológicos ou á gestação...”²⁹ Mas sem dúvida de um ponto de vista estritamente jurídico e legal, a opção recaiu indubitavelmente sobre a opção de que a filiação dos nascidos por gestação de substituição é determinada pelo parto. Para a autora de Coimbra, Vera Lúcia Raposo,³⁰ o direito à Reprodução implica o nascimento de um filho|a, (que pode ser feito com auxílio de técnicas de PMA), e que num “segundo momento”, implica a determinação da filiação (onde a lei e o direito vão intervir). O estabelecimento da filiação na reprodução “sexual” faz –se de forma que a Autora considera “natural e necessária”, na reprodução medicamente assistida são necessários certos requisitos de natureza formal, como sejam o consentimento, condição sine qua non para a realização das ditastécnicas de RMA. Na Reprodução assistida, para a determinação de laços de parentesco, concorrem “múltiplos factores” segundo a Professora de Coimbra em terras do Oriente, a saber: “o património genético (gametas), a gravidez/parto, o consentimento... ou, mesmo, um contrato.” Nas teorias clássicas, temos que concluir que afiliação se estabelece sempre com o parto..., e a determinar os efeitos parentais, pela conexão genética ou pela adopção. Na opinião da mesma autora, na PMA, devemos estabelecer, “um novo tipo de filiação”, diferente da filiação adoptiva, “mas que juntamente

Constitución, no puede haber discriminación por razón de nacimiento y deben ser de la misma condición los hijos matrimoniales y los no matrimoniales, igualdad que, lógicamente debe ser extendida a los derechos hereditarios.” Mais: SERRANO ALONSO, E. considera que si se abriera la sucesión a la muerte del esposo o varón de la pareja, sus herederos tendrán una situación hereditaria bajo condición en tanto no transcurra el plazo de seis meses señalados para la fecundación post mortem, con lo que los términos del artículo 814 de Código quedarán alterados con esta posibilidad de procreación. Transcurrido el plazo de seis meses sin que se acredite la gestación, los herederos del marido o varón de la pareja, adquieren una situación hereditaria definitiva, porque, si se produce la gestación, el nacido tiene derechos frente al esposo o varón de la pareja fallecido.”

²⁹ Ver: Gafo, Javier (ed.), “Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales” Comillas, Madrid 1998, pág. 162, também sobre este assunto na opinião de BUSTOS PUECHE e palavras de Morán, L.G., cit.: “...posibles combinaciones surgidas de considerar como madre legal a la gestante y las posibilidades de reclamación o de impugnación de la paternidad del hijo nacido de esas técnicas: - Que la madre gestante fuera casada y que tanto ella como su marido, a pesar de no ser progenitor, aceptan a la criatura como hijo, en tal hipótesis, matrimonial. El marido, considerado padre por la presunción del artículo 116 del Código Civil. (Subrayado nuestro) - Que la madre gestante fuera mujer “sola” y el hijo no reclamara la paternidad de su progenitor. Tendríamos otro supuesto de orfandad desde el nacimiento. (Subrayado nuestro) - Que la madre gestante fuera soltera y el hijo reclamara la paternidad. El hijo tendría, entonces, madre y padre, pero en verdad, éstos muy atípicos, pues entre ellos no mediaría vínculo jurídico alguno ni vivirían juntos. (Subrayado nuestro) - Finalmente, cabe en los supuestos de madre sola, que la paternidad del progenitor se determina por reconocimiento de éste (art.120.1 de CC).”

³⁰ Raposo, V.L., “O Direito à Imortalidade...” págs. 834/ss.

com esta formar-se-á aquilo que designamos por “filiação jurídica” (fundada na posse de estado, na convivência social, no desejo), por contraposição à “filiação biológica”.³¹

Assim, na visão da investigadora especialista temos que distinguir entre vários laços de filiação:

1. **“A filiação biológica** (determinada pelos gametas – (pela genética) ”
2. **“A filiação fisiológica** (correspondente à da mães de substituição – meramente gestacional) ”
3. **“A Filiação social** (que carece de vínculo físico (genético o fisiológico), acaba com o reconhecimento (social e de direito) da vinculação e convivência geradores de laços afectivos com o descendente) ”
4. **“A filiação contractual** (fundada no contrato) ”

Aprofundando as ideias vertidas na sua documentada Tese,³² Vera Raposo defende que em termos “puramente biológicos”, as várias combinações reprodutivas para determinação de filiação são (cit.):

- a) “Sémen de elemento masculino do casal/óvulo de uma doante/gestação por elemento feminino”.
- b) “Sémen de elemento masculino/óvulo feminino/gestação por mãe de substituição”.
- c) “Sémen de elemento masculino/óvulo de uma doante que gera igualmente a criança...”
- d) “Sémen de doante aplicado a qualquer das três opções anteriores.”

Como se pode constatar, também na opinião de Vera Lúcia, a “filiação medicamente assistida” afasta-se da “filiação sexual” no maior predomínio que esta concede à vontade dos intervenientes...³³No livro de Vera Raposo, esta aproveita a referência do Professor da Faculdade de Direito de Coimbra, Oliveira Ascensão, a um “projecto parental” que considera indicador de parentalidade com força muitas vezes maior que o próprio vínculo genético... E assim a autora determina como muito mais importante o papel da vontade de quer e deseja de facto ser “pai” na determinação do regime jurídico da filiação...³⁴

³¹Ver: Raposo, V.L, “*O Direito à Imortalidade....*” págs. 835/ss.

³²Cit.: Raposo, V.L, “*O Direito à Imortalidade....*” págs. 840/ss.

³³ Posição de Raposo, V. L, “*O Direito à Imortalidade....*” pág. 840. Cit.: “*Enquanto na reprodução coital a participação no acto sexual implica a atribuição do estatuto parental e inerentes responsabilidades, já na PMA se assiste à dissociação entre o contributo e o estatuto parental.*”

³⁴ Sobre este assunto a opinião de Raposo, V. L, “*O Direito à Imortalidade....*” págs. 840 y 841 Cit.: “*Neste cenário, o regime jurídico de determinação da filiação haverá de pautar-se pelos seguintes postulados: i) no que respeita à determinação da maternidade, mãe é quem deseja a criança, independentemente do facto de o óvulo fertilizado ser ou não seu; ii) no que respeita à determinação da paternidade, pai é o marido/companheiro da mãe, sendo que quando não seja ele o dador de sémen a regra igualmente se aplica, desde que haja consentido na reprodução; iii) entre o dador e a criança não é possível estabelecer laços de filiação, logo, não podem operar como herdeiros um do outro, nem pode a criança vir algum dia a solicitar ao dador direito de alimentos. Depois temos os casos mais problemáticos, como sejam a reprodução post mortem e a reprodução no seio de casais homossexuais.*”

Assim se estabelecem, duas regras básicas a ter em conta e que são comuns à maioria dos ordenamentos jurídicos, segundo Vera Raposo:

1. “Quem no casal der o seu consentimento para a execução da técnica de Reprodução medicamente assistida, não pode vir posteriormente impugnar a paternidade,³⁵ por um lado...”

E por outro lado:

2. “Não são reconhecidos legalmente como parentais/pais (nem podem ser chamados para estabelecer a filiação) os Doantes de gametas.”³⁶

Dizer que tanto a Lei Portuguesa como a Lei Espanhola de PMA, de 2006 reconhecem estas regras nos dois ordenamentos nacionais, juntamente com o Anonimato do Doante...

Confira-se a este propósito, o texto da Lei Portuguesa 32/2006 no Artigo 20º (Determinação da paternidade):

“1— Se da inseminação a que se refere o artigo anterior vier a resultar o nascimento de um filho, é este havido como filho do marido ou daquele vivendo em união de facto com a mulher inseminada, desde que tenha havido consentimento na inseminação, nos termos do artigo 14.º, sem prejuízo da presunção estabelecida no artigo 1826.º do Código Civil. 2— Para efeitos do disposto no número anterior, e no caso de ausência do unido de facto no acto de registo do nascimento, pode ser exibido, nesse mesmo acto, documento comprovativo de que aquele prestou o seu consentimento nos termos do artigo 14º. 3— Nos casos referidos no número anterior, no registo de nascimento é também estabelecida a paternidade de quem prestou o consentimento nos termos do artigo 14º. 4— Não sendo exibido o documento referido no n.º 2, lavra-se registo de nascimento apenas com a maternidade estabelecida, caso em que, com as necessárias adaptações, se aplica o disposto nos artigos 1864.º a 1866.º do Código Civil, apenas com vista a determinar a existência de consentimento sério, livre e esclarecido, prestado por qualquer meio, à inseminação e consequente estabelecimento da paternidade de quem prestou o consentimento. 5— A presunção de paternidade estabelecida nos termos dos nºs 1 e 2 pode ser impugnada pelo marido ou aquele que vivesse em união de facto se for provado que não houve consentimento ou que o filho não nasceu da inseminação para que o consentimento foi prestado.”

As Advogadas Portuguesas, Paula Martinho da Silva e Marta Costa, fazem uma importante anotação a este Artigo, (no seu livro sobre a Lei Portuguesa de PMA de 2006), que faz sentido na nossa análise da problemática da filiação nas técnicas de reprodução

³⁵ Conforme o exemplo de Portugal com o disposto no n.º 3 do Artigo 1839.º do Código Civil Português que define que: “Não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu.”- (Redacção dada por el Decreto-Lei nº 496/77 de 25 -11).

³⁶ Ver: Neste sentido: Lei de PMA Portuguesa Lei 32/2006 de 26 de Julho, Artigo 21.º (Exclusão da paternidade do dador de sêmen):

“O dador de sêmen não pode ser havido como pai da criança que vier a nascer, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela.”

assistida nos ordenamentos Ibéricos de que falámos. Aqui a passamos a citar, com jeito de conclusão crítica deste capítulo, uma vez que se aplica igualmente às duas Leis de PMA de 2006, Portuguesa e Espanhola em que focámos a nossa análise sobre esta controversa questão da Maternidade Subrogada que aqui estudámos:

“A PMA reclama uma redensificação do conceito jurídico de filiação e progenitorialidade, que não deriva necessariamente de dados biológicos, mas depende também de “valores sociais de responsabilidade que podem até contradizer a verdade biológica”, estando, por isso, estritamente ligados ao domínio sócio- afectivo.”³⁷

Em conclusão:

A tudo o que anteriormente analisámos resta-nos acrescentar que ordenamento Espanhol de 2006 permanece completamente inalterado, mas o mesmo já no sucede com os ordenamento Português que desde 2006 já sofreu quatro “*polémicas*” alterações ao modelo traçado originalmente pela Lei 32/2006 de 26 de Julho dando origem às “*Novas Leis*” Portuguesas, a saber: **Lei n.º 17/2016 de 20 de Junho**, que: “Alarga o âmbito dos beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida, procedendo à segunda alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (procriação medicamente assistida) ”; **Lei n.º 25/2016 – diário da república n.º 160/2016, série I de 22 de Agosto** que: “Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (procriação medicamente assistida) ” e a **Lei n.º 58/2017 de 25 de Julho** “Quarta alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (Procriação medicamente assistida) sobre o destino dos espermatozóides, ovócitos, tecido testicular e tecido ovárico...”

Sendo certo que a “Nova Lei” sobre Gestação de Substituição: Lei n.º 25/2016 de 22 de agosto regula actualmente o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (procriação medicamente assistida) estando de momento em vigor em Portugal, muito se distinguindo do seu projecto inicial e do previsto pela sua congénere ibérica, oferecendo uma nova solução reprodutiva, que está longe de ser consensual para a Comunidade Médica e Científica, e que a Sociedade Portuguesa não teve tempo de debater nem a possibilidade de interiorizar facticiamente, o que sem dúvida terá muito impacto na Sociedade Nacional e indubitavelmente na Medicina Actual... E de que aqui apenas cito o 1º Artigo o Objecto para futura Reflexão: “A presente lei regula o acesso à gestação de substituição nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez...” - Procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, alterada pelas Leis nº 59/2007, de 4 de Setembro, e 17/2016, de 20 de Junho.

³⁷ Anotação ao Artigo 20.º da Lei Portuguesa das Autoras: Silva, Paula Martinho e Costa Marta, “*A lei da Procriação Medicamente Assistida – Anotada...*” pág. 109, que citam: Amadeo Santosuosso, “Utero in affitto: il difficile contratto”, in *Questione Giustizia*, nº 2, 2000, pág. 375.

Referências

- Araújo, Fernando, 1999, *A Procriação Assistida e o problema da santidade da vida*, Almedina, Coimbra.
- Bestard Camps, J., 2004, *Trans la biología: La moralidad del parentesco y las nuevas tecnologías de reproducción*, Universidad de Barcelona, Barcelona.
- Conseil de l 'Europe, 1985, *Le Droit au Respect de la Vie Privée et Familiale*, Dossier sur les Droit de L 'Homme, 7, Strasbourg.
- 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).
- GAFO, Javier, 1998, *Procreación humana asistida: Aspectos técnicos éticos y legales*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid.
- GONZÁLES MORÁN, L., 1998, *Aspectos Jurídicos de la Procreación Humana Asistida: Aspectos Técnicos, Éticos y Legales*, (Javier Gafo Ed.), Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid.
- GONZÁLES MORÁN, L., 2006, *De la bioética al Bioderecho - Libertad, vida y muerte*", Dykinson, Madrid.
- MAGALHÃES, Sandra Marques, 2010, *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga – Post Mortem*, Coimbra Editora, Coimbra.
- NEVES, Barbas, S.M., 2006, *Direito ao Património Genético*, Almedina, Coimbra.
- OLIVEIRA Guilherme de, 1992, *Mãe só há uma (duas)! O contrato de gestação*, Coimbra editora, Coimbra.
- OLIVEIRA, Guilherme de| RAPOSO, Vera Lúcia, 2011, Portugal, *Gestation pour Autrui: Surrogate Motherhood*, (Françoise Moneger Dir.), Société de Legislation Comparé, Paris.
- RAPOSO, Vera Lúcia, 2005, *De mãe para mãe – Questões Legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*, Coimbra Editora, Coimbra.
- RAPOSO, Vera Lúcia, 2014, *O direito á Imortalidade – O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, Almedina, Coimbra.
- SILVA, Paula e COSTA, Marta, 2011, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*, Coimbra Editora – Grupo Wolters Kluwer, Lisboa.

XAVIER Proença, João, 2016, *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, Salamanca.

Legislação:

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000549619&categorieLien=id> (Consultado em 20/08/2015).

http://www.cgajdh.salud.gob.mx/descargas/rh/03_sistema_regional_europeo/01_consejo_de_europa/CE001.pdf (Consultada em 20/08/2015).

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis&so_miolo= (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.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)

ARBITRAGEM COMO MEIO DE ACESSO À JUSTIÇA NO DIREITO EMPRESARIAL

Victor Barbosa Dutra¹
Leonardo Viana Silva²

1. Introdução

No contexto social, os conflitos são elementos naturais que podem ser resolvidos pelas próprias partes em litígio, por meio de órgãos estatais investidos de jurisdição, ou de forma amigável, por meio de soluções alternativas de jurisdição.

Ultimamente, o sistema jurisdicional estatal vem sendo o meio mais utilizado por aqueles que pretendem solucionar os conflitos. Ocorre que, a demora do Judiciário na prestação de uma tutela jurisdicional de qualidade vem incentivando o jurisdicionado a buscar soluções alternativas que assegurem aquilo que o sistema estatal não está sendo capaz de oferecer de maneira satisfatória ao cidadão, ou seja, a aplicação de uma tutela jurisdicional de qualidade, célere e eficaz.

Nesse contexto, os meios alternativos de resolução de conflitos aparecem como essa alternativa para auxiliar o sistema estatal a melhorar a qualidade do serviço prestado, uma vez que retiram do Estado o monopólio da jurisdição e contribuindo, dessa forma, para a diminuição da carga processual do Judiciário.

A utilização de meios alternativos para resolver controvérsias é cada vez mais comum em países como o Brasil, onde o sistema estatal funciona de forma deficiente e não atende às necessidades do jurisdicionado. Contudo, a aplicação de meios extrajudiciais de resolução de conflitos tem ocorrido de forma lenta, resultado, principalmente, da falta de publicidade, visto que ainda é cercada de incertezas sobre sua real dimensão, aplicabilidade e custo-benefício.

O problema investigado resume-se à seguinte indagação: A Arbitragem pode ser usada para garantir maior celeridade na solução das lides e desonerar o judiciário, porquanto as partes não precisam entrar com a ação, solucionando o caso rapidamente, garantindo a satisfação de ambas as partes?

É dentro desse novo contexto jurídico institucional que o presente estudo tem por objetivo apresentar o instituto arbitral, como forma de eliminar a necessidade de uso da via judicial para resolução dos conflitos e contribuir para a efetiva aplicação desse procedimento em todo o país.

¹ Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG (2016 | 19); Mestre em Direito Processual, UFMG (Universidade Federal de Minas Gerais) (2014 | 16); Especialista em Direito pela UNIDERP, 2010.

Professor da Faculdade Independente do Nordeste (FAINOR). Fundador e Coordenador do Núcleo de Estudos em Direito, Inovação e Negócios (NEDIN).

² Estudante da Faculdade Independente do Nordeste (FAINOR). Integrante e Pesquisador do Núcleo de Estudos em Direito, Inovação e Negócios (NEDIN).

2. Acesso à justiça

A Constituição Federal de 1988, através de seu art. 5º, inciso XXXV preceitua que qualquer questão que ameace lesionar nossos direitos será apreciado pelo Poder Judiciário institucionalizando o hoje chamado Acesso à Justiça, que vem ao longo dos anos se moldando em vários termos como acesso ao Judiciário, ou acesso à tutela jurisdicional, ou ainda acesso ao Poder Judiciário, porém, apesar das inúmeras variáveis terminológicas e sua análise nunca se deu somente por uma definição rasa e fria da Constituição .

Por isso, ao iniciar-se o estudo acerca do tema, deve levar-se em consideração logo, o que assevera Mauro Cappelletti em sua clássica obra Acesso à Justiça:

“O acesso não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica, em que o termo acesso, empregado no tema em estudo, representa a possibilidade, a abertura de viabilidade que as pessoas têm para obter algo.”³

Diante do contexto fático específico que é objeto do presente estudo, é impreterível trazer à tona a latente diferença entre acesso formal e acesso efetivo à justiça, sobre o qual o autor Guilherme Peña de Moraes trata da seguinte maneira:

“O primeiro, identificado como direito fundamental de índole individualista, representa os direitos de ação e defesa, conceituados como direitos subjetivos públicos, autônomos, abstratos, determinados e específicos, de natureza constitucional-processual, de invocar, mediante a dedução de uma pretensão em juízo ou demanda, ou impedir, através da resposta do demandado, a outorga da prestação jurisdicional, respectivamente. Ressalta-se que os direitos individuais são caracterizados pelo estabelecimento, relativamente ao Estado, de um dever de abstenção, isto é, são direitos asseguradores de uma esfera de ação pessoal própria inibidora da ação estatal, de modo que o Estado os satisfaz por um abster-se ou não atuar.

O segundo, particularizado como direito fundamental de índole social, corresponde a uma faculdade ou prerrogativa dos indivíduos, ou das unidades sociais das quais façam parte, de participação nos benefícios da vida social, econômica ou cultural, mediante prestações, diretas ou indiretas, por parte do organismo estadual, no sentido de reconhecer e defender adequadamente, na esfera prática, os direitos titularizados pela pessoa humana. É relevante dizer que os direitos sociais são determinados pela constituição, com referência ao Estado, de um dever de prestação, vale dizer, são direitos fundamentais satisfeitos por uma prestação ou fornecimento de um bem por parte do corpo estatal⁴.”

Cabendo por fim trazer novamente o ideais percorridos por Mauro Cappelletti quando este trata do efetivo acesso à justiça, onde entende que:

“De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez

³ CAPPELLETTI (1988), p. 13.

⁴ MORAES, (1999), p. 87.

que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos⁵.”

3. Meios adequados de solução de conflitos

Resta claro que a sociedade atual possui a chamada “cultura do litígio”⁶, ou seja, antes mesmo de buscar a resolução consensual para dissolver o problema, busca-se o Poder Judiciário para que o Estado possa resolver a questão através dos meios disponíveis em lei.

A quantidade de processos deve-se a diversos fatores, dentre os quais se destacam a enormidade de conflitos oriundos das novas relações de consumos em massa e também aqueles em que o próprio Estado compõe o polo processual. A morosidade de tramitação, portanto, é uma das principais consequências destes números, que somados ao excesso de instrumentos recursais e procedimentos burocráticos inerentes ao processo, estruturas deficientes e quantidade de servidores desproporcionalmente distribuídos, acarretam na maior insatisfação dos jurisdicionados⁷.

Ante este contexto, os chamados métodos alternativos de resolução de conflitos (MARC's) ganham espaço e evidência. Métodos esses também são denominados de meios alternativos de soluções de controvérsias – MASCs ou meios extrajudiciais de solução de controvérsias – MESCs. Percebe-se que no intuito de introduzir tais meios o legislador objetivou a desburocratização do procedimento e a obtenção de resultados mais rápidos e eficazes para todos os envolvidos.

Os MARC's destinam-se a objetivos muito maiores do que meramente desafogar a imensa demanda do Poder Judiciário, pois, conforme já mencionado, constituem métodos mais adequados e efetivos do que a justiça estatal em relação a determinados conflitos.

A iniciativa do legislador ao prestigiar os métodos alternativos de soluções de conflitos no CPC é defendida por muitos doutrinadores, pois trouxe várias benesses, como a previsão para a criação, pelos tribunais de centros judiciários de solução consensuais de conflitos, o que por si só, já traz um grande incentivo para esse novo método.

Na prática isso significa uma mudança de paradigma quanto a forma de encarar os litígios, mediante a composição como regra na fase pré-processual e processual. Também rompe-se com a cultura do conflito entre as partes e favorece uma nova concepção no tratamento do judiciário com vistas inclusive a cooperação e duração razoável do processo

⁵ CAPPELLETTI (1988), p. 13.

⁶ MARAFON, Marco Aurélio, Baixo grau de ética nas relações humanas causa judicialização da vida. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-jun-30/constituicaopoder-baixo-grau-etica-causa-judicializacao-vida>. Acesso em: 10.03.2018

⁷ MONTENEGRO, Manuel Carlos. Morosidade da Justiça é a principal reclamação recebida pela Ouvidoria do CNJ. Agência CNJ de notícias. 01/10/2014. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62126-morosidade-da-justica-e-a-principal> Acesso em 03 de fev. 2018.

para os casos em que há possibilidade de composição com vistas a satisfação de interesses de forma justa e efetiva.

Diferentemente da conciliação e da mediação, que – de acordo com o exposto acima – constituem métodos de auto composição de conflitos, a arbitragem, por sua vez, trata-se de técnica de heterocomposição das controvérsias, haja vista que a solução não decorre do consenso das partes, mas sim de um terceiro escolhido por elas, que decidirá o conflito.

Insta salientar que esse método é utilizado para conflitos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, possuindo, portando, atuação mais limitada, nos termos do que dispõe a Lei 9.307/96.

A decisão dessa terceira pessoa é impositiva, deste modo, resolve o litígio da forma que haja mais adequada, independentemente da vontade das partes, não havendo que se falar em rediscussão da matéria em âmbito judicial, exceto em caso de descumprimento do que fora decidido, ocasião em que o Poder Judiciário valer-se-á de suas prerrogativas para impor o seu cumprimento coercitivo.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 515, inciso VII, estabelece que a sentença arbitral constitui título executivo judicial, podendo, portanto, ser objeto de cumprimento de sentença.

Muitos doutrinadores defendem a ideia que a arbitragem é o melhor caminho para a resolução de conflitos, por ser mais pacífica, menos custosa e mais célere, visto que a Lei de Arbitragem fixa o prazo de seis meses para terminar, sendo que a média das principais câmaras arbitrais é de pouco mais de um ano de duração.

Cabe frisar que a decisão proferida pela terceira pessoa escolhida, não cabe recursos, somente um pedido de esclarecimento, que é similar ao embargos de declaração. Então, a única possibilidade de anulação da decisão proferida em caráter arbitral é por vício procedimental, nunca de mérito.

Mesmo com algumas críticas, a vantagem da arbitragem mostra-se a cada dia mais visível na sociedade, principalmente no que tange a flexibilidade do procedimento, tendo assim, cada vez mais adeptos

4. Por que a arbitragem pode ser um meio mais efetivo de acesso à justiça para empresas?

Diante de um mercado cada vez mais exigente, que prima pela eficácia e ao mesmo tempo uma maior especificidade dos órgãos julgadores é que se vem, despontando a importância das técnicas diferenciadas ou alternativas de solução de conflitos.

Essas técnicas, especialmente a Arbitragem, valorizam o acesso à justiça, pois oferecem a resolução dos conflitos com simplicidade, segurança e celeridade.

Em relação ao Poder Judiciário as principais vantagens da Arbitragem são a celeridade, visto que a formalidade não é mais requisito necessário, conseqüentemente são reduzidos os prazos para as manifestações e com prazo máximo para a decisão de até 06

(seis) meses contados do início da arbitragem, a liberdade e a especialização do árbitro, que traz tranquilidade e segurança para as partes, pois podem escolher o profissional que julguem ser o mais adequado para analisar o caso em questão, a informalidade, já que o procedimento não é rígido como o da jurisdição estatal, é desburocratizado.

Contudo, frisa-se, o processo arbitral não é a solução para todos os problemas da justiça brasileira e por si mesmo apresenta eventuais problemas que dificultam sua aplicabilidade.

Dessa maneira, um ideia se mantém certa, a de que é preciso quebrar essa dependência do Estado, é preciso desjudicializar os conflitos, como sabiamente preceitua a professora ZANFERDINI⁸, assim desponta a Arbitragem como um instrumento em potencial para que possa auxiliar o Poder Judiciário, uma vez que os juízes poderão se dedicar a outras questões de maior complexidade e se aprimorar mais, considerando-se que haja uma diminuição dos processos.

Só assim será possível desafogar e desentruvar um pouco o Poder Judiciário, para que possamos buscar a efetivação do acesso à justiça.

5. Conclusão

De tudo o que foi aqui levantado e analisado, podemos afirmar que a Arbitragem é realmente um vigoroso instituto jurídico para dar celeridade à resolução de litígios, sobretudo nas dinâmicas relações de mercado, o que temos constatado a cada dia que o Poder Judiciário não tem proporcionado.

Entretanto, devemos atentar para o fato de que a arbitragem não é a solução para todos os defeitos do Estado e do Poder Judiciário – responsável pela jurisdição tradicional – mas é sim uma via alternativa de valor equivalente para aqueles que buscam soluções mais técnicas e céleres para os conflitos.

É preciso criar uma “cultura da arbitragem” que seja capaz de respeitar a “cultura da jurisdição estatal” e conviver harmonicamente com ela.

Mas é claro que é para alcançar esse objetivo será necessário algum tempo, afim de promover essa integração. E até lá, não é possível queimar etapas e impor a utilização de uma forma de solução de controvérsias.

A escolha e utilização da Arbitragem pressupõem uma aceitação intelectual e, diria mesmo, emocional do instituto, o que ocorrerá de forma progressiva, gradual.

Finalmente, este trabalho procurou ter como objetivo a comparação dos sistemas – Poder Judiciário e Arbitragem – em detrimento do ramo do Direito Empresarial respeitando as qualidades distintivas fundamentais de cada um, mas que não necessariamente contrárias entre si.

⁸ ZANFERDINI, (2012), p. 237-253

Referências

- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. 1ª ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 13.
- MORAES, Guilherme Peña de. *Instituições da Defensoria Pública*. 1ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1999. NALINI.
- MONTENEGRO, Manuel Carlos. *Morosidade da Justiça é a principal reclamação recebida pela Ouvidoria do CNJ*. Agência CNJ de notícias. 01/10/2014. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62126-morosidade-da-justica-e-a-principal> Acesso em 03 de fev. 2018.
- MARAFON, Marco Aurélio, *Baixo grau de ética nas relações humanas causa judicialização da vida*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-jun-30/constituicaopoder-baixo-grau-etica-causa-judicializacao-vida>. Acesso em: 10.03.2018
- ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli, “Desjudicializar Conflitos: Uma necessária Releitura do acesso à justiça”, *Revista NEJ - Eletrônica*, Vol. 17 - n. 2 - p. 237-253 / mai-ago 2012

A NECESSIDADE DE INCLUSÃO DA DISCIPLINA DE PROPEDÊUTICA ESPIRITUAL NAS MATRIZES CURRICULARES DAS FACULDADES DE CIÊNCIAS JURÍDICAS BRASILEIRAS

Ana Paula de Oliveira Gomes¹

1. Introdução

Alguns juristas possuem tamanha consideração por si mesmos - e pela suposta superioridade - que observam os fenômenos da espiritualidade como indignos de atenção. A inteligência pessoal serve como critério de medição da inteligência universal. Julgam-se aptos a tudo compreender, pelo que erige preconceito nada científico: o incompreensível é – de plano – refutado (sem, ao menos, investigá-lo). Incorrem no equívoco da fala sem conhecimento, sem qualquer dúvida metódica.

Por outro lado, cada pessoa possui livre arbítrio para julgar os fenômenos (responsavelmente) segundo o respectivo ponto de vista, o que é natural e salutar ao progresso das ciências.

O objetivo geral deste trabalho acadêmico consiste em analisar a relevância da inclusão da disciplina de propedêutica espiritual nas grades curriculares dos cursos jurídicos no Brasil. Optou-se por utilizar como método a pesquisa bibliográfica. Objetivos específicos: a) inter-relacionar conhecimento científico e Direito; b) tecer diálogos espiritualidade-ciência; c) evidenciar situações desafiadoras do enfrentamento da problemática espiritualidade e direito.

Parte-se do seguinte pressuposto científico: acredita-se na imprescindibilidade da inserção da disciplina de propedêutica espiritual nas matrizes curriculares dos cursos de graduação em Ciências Jurídicas no Brasil em face do palco social complexo plural e de riscos da modernidade reflexiva.

A metodologia utilizada será do tipo bibliográfica. Serão realizadas consultas a doutrinas, ensaios científicos, jurisprudências, normas jurídicas, sítios institucionais, revistas especializadas, jornais e outras fontes ou materiais disponíveis. Quanto à natureza, é aplicada (finalidade prática). No que concerne à abordagem do problema, qualitativa. Quanto aos objetivos, situa-se como descritiva e exploratória.

Uma das preocupações do trabalho: utilizar discurso edificante, que estimule o respeitoso diálogo, sem qualquer pretensão de esgotar o estudo de tão complexo assunto. Já se está ciente, contudo, do risco ínsito à empreitada abraçada, dos sorrisos de desdém, ridicularização, menosprezo acadêmico.

No entanto, o risco conscientemente assumido é importante à medida em que representa instrumento de fortalecimento da humildade espiritual. De fato, trata-se de

¹ Auditora do Tribunal de Contas do Rio Grande do Norte. Professora. Mestra em Direito Constitucional, com graduações em Ciências Jurídicas e em Ciências Contábeis (esta *cum laude*). Especialista em Comércio Exterior e em Direito Imobiliário. E mail: anapaulace@uol.com.br

assunto inquietante e desafiador da firmeza de propósito. Urge combater o bom combate. Perseverar.

2. Cientificismo e Direito

O corrente item objetiva inter-relacionar cientificismo e Direito. Corresponde ao primeiro objetivo específico do ensaio. Conhecimento (científico) – em sentido amplo – expressa a relação sujeito-objeto. Isso é elementar. Não obstante, questiona Hawking (2017), pp. 50-51:

Por mais de duzentos anos, temos acreditado no determinismo científico, ou seja, que as leis da ciência determinam a evolução do universo. Esse princípio foi formulado por Pierre-Simon Laplace, que afirmou que se conhecermos o estado do universo em dado instante, as leis da ciência o determinarão em todos os momentos futuros e passados. Dizem que Napoleão perguntou a Laplace como Deus se encaixava nesse cenário, ao que Laplace teria respondido: ‘Senhor, não tenho necessidade dessa hipótese.’ Acho que Laplace não estava alegando que Deus não existia – apenas que Ele não quebraria as leis da ciência [...]. Uma lei científica não está totalmente fundamentada na ciência se vigora apenas quando um ser sobrenatural decide deixar as coisas se desenrolarem sem sua intervenção.

Da afirmação de Hawking, infere-se que - ao se desconhecer algo - deve-se abranger, nos estudos, o máximo que se possa obter/alcançar/enxergar em termos de variáveis a serem investigadas. O conhecimento científico não pode desconsiderar suas fragilidades e incompletudes. O ator cognoscente é sempre capaz de compreender (amiúde e cartesianamente) o objeto cognoscível no estado de arte da modernidade reflexiva - ambiente social plural e de risco?

Imaginando que a mente humana seja uma tela em branco e as coisas objetos passíveis de conhecimento, reproduzem-se (nessa tela) exatamente como são em si ou via pincel manejado pelo sujeito cognoscente (com traços pessoais, inconfundíveis como suas digitais)?

Para Ubaldi (2015), p. 54: «[...] A ciência avança sobre todos os campos, de modo que invade também os mais longínquos e neles se prepara para enfrentar problemas que, até agora, com os velhos métodos, têm permanecido insolúveis. Isto é um encaminhar-se em direção à religião científica da nova civilização do terceiro milênio». Defende o autor que é da qualidade das ações que depende o destino da humanidade, a partir da lógica de causa e efeito. Nesse diapasão, opta-se por não precisar verdade científica absoluta.

No processo de busca de sentido da realidade, não se nega a existência de fragilidades humanas (supostamente) controladas, posicionamento condizente com o perfil do cientista-investigador - cômico da missão da Ciência: aproximar-se da verdade. Para Ubaldi (2015), p. 30, «[...] a verdade é relativa e progressiva [...]». Explica o autor que o processo de início, desenvolvimento e conclusão da inteligência do pensamento depende da maturidade dos atores envolvidos. Reforça Popper (1982), p. 251:

Uma grande vantagem da teoria da verdade objetiva ou absoluta é que ela nos permite dizer – acompanhando Xenófanos – que buscamos a verdade mas podemos não saber quando a encontramos; que não dispomos de um critério para reconhecê-la, mas que somos orientados assim mesmo pela ideia da verdade como um princípio regulador (Kant ou Pierce o chamariam assim); e que, embora não hajam critérios gerais para reconhecer a verdade – exceto talvez a verdade tautológica – há sem dúvida critérios para definir o progresso feito na sua aproximação.

O conhecimento jurídico se aproxima da relação dialética: o ser (realidade social) representa o modelo do dever-ser (norma). A norma, ao incidir sobre o fato (valorado socialmente), produz o direito-relação. Observa Vasconcelos (2000), p.32:

[...] ser e dever-ser são apenas momentos de transição, tanto que o ser dá origem ao dever-ser, como o dever-ser converte-se no ser, e assim indefinidamente. Essa dialeticidade entre ser e dever-ser tem sentido especial para o conhecimento humano, sendo o homem mesmo um ser de múltiplos contrastes.

Nesse processo de aproximação da verdade, considerando as antíteses humanas e as relações dialéticas, insere-se o Direito, que não pode ser compreendido cartesianamente. Trata-se de Ciência Social tomada em aspecto jurídico-dialético. Opera com a palavra, com o discurso. Teoria, discurso e prática são interdependentes. A Ciência do Direito não tem como se distanciar do mundo real. Sintetiza Vasconcelos (2000), p. 37, com substrato no pensamento de Edgar Morin, pesquisador da complexidade:

Edgar Morin sumaria tudo que aí ficou dito em frase lapidar, lançada de improviso numa entrevista: As teorias científicas “não são reflexos do real, mas sim projeções do espírito humano sobre esse real. [...] O que nós captamos do mundo não é o objeto menos nós, mas o objeto visto e observado, co-produzido por nós”.

Contemporaneamente, discute-se o pós-positivismo, fenômeno em construção. Trata-se de nova forma de encarar o positivismo jurídico, fruto da aproximação entre o direito natural e o direito positivo. Para Moura (2013), p. 35: «Deu-se início, portanto, à construção de um novo movimento jusfilosófico: o pós-positivismo. Esse movimento não significou um retorno ao jus naturalismo, mas importou [...] uma maior aproximação do Direito com a ética e com a Moral, nominada virada kantiana». Explique-se: o direito natural obtém o fundamento de validade na metafísica (vontade divina ou razão, a partir do contexto histórico vivenciado).

O direito positivo, por sua vez, guarda embasamento na norma jurídica. De certa forma, o Iluminismo - fundado na valorização da razão humana - contribuiu para o declínio do direito natural, na medida em que alicerçou o suporte ideológico do movimento de codificação jurídica. Sobre a relevância da busca da segurança jurídica na norma no teatro de operações da pacificação das relações sociais, explicam o juspositivista Pontes Filho e a pós-positivista Gomes (2017), p. 23:

[...] é necessário chamar a atenção para algo que aos leigos em geral passa despercebido: a presença e importância do Direito em todos os momentos da vida

de cada um de nós, na medida em que as condutas humanas, sem exceção, sejam elas positivas ou negativas (exteriorizem-se elas, portanto, em ações ou omissões), estão juridicamente reguladas. Mesmo aquelas que pareçam comuns e repetitivas. Isto porque uma conduta pode ser (pelo Direito) considerada obrigatória (por exemplo, ato de votar, para os maiores de dezoito anos), ou proibida (o ato de ultrapassar um semáforo vermelho). Mas se não for uma coisa nem outra (nem obrigatória nem proibida), será, por via de consequência, permitida. Nos dois primeiros casos, estar-se-á agindo como campo, respectivamente, da legalidade ou da ilegalidade. Na última hipótese, no campo da mera licitude.

Correlacionando os interesses juridicamente protegidos aos direitos fundamentais, estes possuem planos de eficácia horizontal (relação entre particulares) e vertical (relação do Estado-ator social). A eficácia vertical significa a existência de liberdades individuais que devem ser levadas em consideração pelo Poder Público. A teoria da eficácia horizontal adota por destinatárias as pessoas físicas e/ou jurídicas em suas relações entre pares (o antecedente foi o caso *Lüth* - 1958, na Alemanha, pioneiro na aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas).

Nesse estado de arte, será possível compreender o fenômeno jurídico sem utilizar critério axiológico algum? A Ciência Jurídica está imune à influência dos preceitos morais e éticos, aos preconceitos, às idiosincrasias, aos amores e desamores? À descrença e à fé?

Se recorrer à Ciência do Invisível parece algo tão absurdo, por que quase todas as Constituições brasileiras, nos respectivos preâmbulos, invocaram a proteção de Deus? Depois de Einstein (1879-1955), a evolução da física atômica identificou que não há mais distinção entre física e metafísica, sendo esta o parâmetro da Ciência do Invisível.

Se todas as religiões pregam a justiça, não se pode desvincular o Direito da moral social, da busca do justo via processo de aproximação. Dito de outro modo: o Direito, como objeto cultural e espécie do gênero ética, converge a fim maior: justiça no processo de compartição da liberdade, dando a cada um o que é seu segundo as regras vigentes. A reflexão implica pensar a correspondência entre o mundo ideal, o real e o invisível.

Distanciar-se desse plano de análise é extremamente perigoso. Incorre-se na probabilidade de que o Direito sirva à insensível (e carreirística) tecnoburocracia garantidora do *status quo*, justificando qualquer decisão, não raras vezes, hercúlea (simbolicamente) para corresponder ao anseio de resposta social. Na tentativa de evitar desastroso cenário, os difíceis concursos para as carreiras ministeriais e da magistratura exigem, do candidato, no Brasil, formação humanística.

Não parece, pois, razoável afastar a problemática da justiça da Ciência do Direito. O fim maior de qualquer teoria é aprimorar a prática, especialmente, no enfrentamento das complexas questões da pós-modernidade. Dada por vencido o enfrentamento do primeiro objetivo específico da pesquisa, tecem-se, agora, diálogos espiritualidade-conhecimento científico.

3. Breves diálogos espiritualidade-conhecimento científico

Esta seção visa a corresponder ao segundo objetivo específico proposto, ou seja, tecer diálogos espiritualidade-ciência, tudo no intuito de aproximar o leitor, aos poucos, do ponto neurálgico do estudo a ser explanado no excerto imediatamente subsequente

Inicialmente, com o intuito de promover a desejável abertura intelectual, recordem-se os versos de Frank (2016), p. 273: «Trabalho, coragem, esperança... amar, Faça-me boa, e me ajude a enfrentar!». Anne Frank nasceu em 1929. Por sua origem judaica, morreu aprisionada no campo de concentração de Bergen-Belsen, três meses antes de completar dezesseis (16) anos.

Otto Frank – pai da adolescente - foi o único membro da família sobrevivente ao holocausto. Faleceu em 1980. É elementar que a Ciência se propõe ao progresso da humanidade. Que o ser humano não é meio. O bem comum é o que se espera das diversas aplicações do conhecimento.

O ser humano se resume apenas à matéria orgânica? Com a morte, é o fim? Se sim, qual o sentido da vida? O homem contemporâneo - ao negar o transcendente - substitui o *transcendere* por ideologias, por relações líquidas, pela história, pela pureza científica. A partir da provocação, reportem-se, as reflexões relativas a experiências de quase morte observadas (ceticamente) e depois vividas pelo Doutor Eben Alexander III, neurocirurgião há mais de vinte cinco (25) anos. Para Alexander (2013), pp. 14-15:

[...] o que provocava as experiências sobrenaturais que as pessoas relatavam com tanta frequência? Na verdade, a resposta não me interessava, mas eu acreditava que essas experiências tinham uma base cerebral. Toda consciência tem. Se não houver atividade cerebral, não há consciência.

[...] De certa forma, vivi uma avalanche de experiências de quase morte. Como neurocirurgião com décadas de pesquisa e prática, eu estava em melhor posição para avaliar não apenas a realidade, mas as implicações do que acontecera.

Minha experiência me mostrou que a morte do corpo e do cérebro não é o fim da consciência, e que a existência humana continua no além-túmulo. E, mais importante ainda, ela se perpetua sob o olhar de um Deus que nos ama e que se importa com cada um de nós, com o destino do Universo e de todos os seres contidos nele.

O médico referenciado trabalhou no Brigham & Women's Hospital, no Children's Hospital e na Harvard Medical School, em Boston. Ao longo da carreira acadêmica, publicou centenas de ensaios científicos e participou de inúmeros congressos. Em 2008, passou por experiência de quase morte. Desde então, intenciona convencer a comunidade científica de que a morte do corpo físico não representa o fim da existência.

Até a própria experiência de quase morte, o Doutor Eben Alexander possuía dúvidas metódicas sobre o assunto, sendo defensor (apenas) da lógica científico-materialista, o que mudou. Vítima de meningite bacteriana grave, ficou em coma por sete (7) dias, período no qual os médicos tentavam controlar a enfermidade.

Quando já cogitavam suspender o tratamento, os olhos do paciente abriram. Estava de volta para narrar a vivência inconsciente da realidade difusa que o permitiu realizar descobertas transformadoras sobre a realidade da vida após a morte. Passou a questionar o que considerava saber por inteiro, publicando obra com o intuito de analisar as evidências à luz do conhecimento científico. Dito de outro modo: optou por compartilhar a veracidade de sua história (com objetividade médica), acreditando valer a pena a exposição.

Um profissional com a notoriedade do Doutor Eben Alexander III pensar a saúde em dimensões física, mental, espiritual e social é dignificante e irradia efeitos nos mais diversos conhecimentos humanos. Refletir criticamente a problemática da espiritualidade rompe, por certo, com a visão cartesiana e puramente organicista.

Em termos de Brasil, adicione-se que o sintoma de perda transitória da identidade com manutenção de consciência do meio ambiente é, objetivamente, considerado pela Medicina (estados de transe e de possessão - CID 10, item F44.3).² Juridicamente, esclareça-se, pode implicar hipótese suprallegal de exclusão da culpabilidade.

Ora, se renomados profissionais da Ciência Médica já investigam o assunto, por que os cursos de Ciências Jurídicas, no Brasil, mostram-se assaz refratários à discussão acadêmica da relação espiritualidade-direito? Não se tem conhecimento de qualquer instituição de ensino superior brasileira que tenha incluído o tema, pelo menos, na grade optativa.

Nogueira (2016), p. 62, já consignara: «Aliás, o tema ensino jurídico tem se tornado prioritário no Brasil, haja vista as suas seculares contradições». A Aprendizagem baseada em problemas, tão prestigiada academicamente no Brasil hoje, já houvera sido defendida por Paulo Freire há décadas.

Sempre atual, reflexivo e transdisciplinar, cite-se Freire (2013), p. 26: «aprender criticamente é possível. E essas condições implicam ou exigem a presença de educadores e de educandos criadores, instigadores, inquietos, rigorosamente curiosos, humildes e persistentes». Espiritualidade e Ciência podem e devem caminhar juntas. Curiosidade, inquietude e humildade aparecem como basilares à evolução científica. Eis a deixa para o enfrentamento do terceiro objetivo específico do presente ensaio.

4. A problemática espiritualidade e direito

O tópico corresponde ao terceiro e último objetivo específico da pesquisa. A relação transcendência-Direito não é nova no ordenamento pátrio. Quase todas as Constituições brasileiras apelaram, em seus preâmbulos, à existência de Deus, o que leva a investigar o homem nas dimensões para o absoluto, para o mundo e para o outro (dever jurídico de alteridade). Logo, não há como se refutar a existência de relação Deus-Direito.

² Informação obtida no sítio <http://www.medicinanet.com.br/cid10/5392/f443_estados_de_transe_e_de_possessao.htm>. Acesso em 14 de janeiro de 2018.

O preâmbulo expressa marca temporal reveladora da conjuntura político-social em que o novo paradigma constitucional se constrói. Lecionam Mendes, Coelho e Branco (2010), p.74: «[...] Hans Kelsen também afirma que o preâmbulo é uma introdução solene, que expressa as ideias políticas, morais e religiosas que a Constituição tende a promover [...]». No modelo kelseniano, a Constituição se situa no ápice do ordenamento; a sentença - norma jurídica do caso concreto - na base.

Todas as normas devem observância à Lei Maior. Preponderantemente, o ordenamento brasileiro optou por adotar a lógica de Kelsen. A Constituição oferece o fundamento de validade para todas as normas integrantes do ordenamento. Logo, não parece razoável admitir letras mortas em seu texto.

Adere-se, no presente ensaio, à corrente jurídica (minoritária) que advoga índole normativa ao preâmbulo da Constituição, o que significa compreender que contempla prescrições a cujo descumprimento (pelos órgãos do governo, por exemplo) deve corresponder sanção (a de invalidade, por exemplo) - embora também seja enunciativo, explicativo, orientador, esclarecedor. Destaca-se, ali, a pontual e momentânea vontade Constituinte, mas com inegável repercussão para o futuro. Vem a ser, pois, ponte temporal, a ligar passado-presente-futuro.

A Lei Maior de 1824, no preâmbulo, relacionou o império de Dom Pedro I à graça de Deus. A Lei Magna de 1891 não rogou a proteção de Deus, o que se explica pela instituição do Estado laico. Porém, o governo provisório segundo Prado (2014), p. 21: «Faz-se abençoar pelo arcebispo, como o fazia o governo imperial [...]». Até certo ponto, lembrava o governo imperial.

A Lei da República de 1934 apelou à confiança em Deus. Curiosamente, a Constituição de 1937 não trouxe preâmbulo formal suplicante da proteção de Deus. A Lei Política de 1946 expressou confiança na proteção de Deus, o que se repete em 1967 e em 1969. O preâmbulo da atual Constituição assim consigna:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

O preâmbulo da Bíblia Política de 1988 promove a reflexão sobre os valores fundamentais da esperada ordem constitucional democrática, não apenas em perspectiva interna, mas global. O rogo pela proteção de Deus se repete no texto preambular. Contempla a proclamação dos princípios ínsitos à Lei Política, o que não parece crível ter sido em vão. Tecidas essas considerações, somadas às explanações analisadas nos itens antecedentes, passa-se a evidenciar situações desafiadoras da admissão da problemática espiritualidade-direito no Brasil.

Primeiro caso: no estado do Ceará, foi amplamente veiculada por mídias televisivas a história (verídica) da Sra. Maria, uma mãe em busca de notícias do filho desaparecido há dias. Percorreu hospitais e necrotérios, sem êxito.³ Em julho de 2014, no Lar de Clara (centro espírita situado nas proximidades da capital cearense), obteve comunicação do avô do jovem (2014), p. 6-10:

[...] Com a busca toda que você tem feito do Galdino e, por isso, em Canindé você vai rezar ao nosso Santo, mas vai antes precisar olhar as ossadas da Lagoa do Juvenal no caminho do Maranguape.

Infelizmente existe muito mal nesse mundo, minha irmã em Jesus.

Sou o avô dele e estou na proteção, mas não posso adiantar nada quando isso faz parte da tua necessidade de evolução espiritual.

Eu sou o Galdino avô [...].

Esclareça-se que a Sra. Maria se dirigiu à delegacia de Maranguape. Informou à autoridade policial sua incessante busca e como houvera obtido informações da ossada referida (Lagoa do Juvenal). Após o exame por ácido desoxirribonucleico, a ossada foi identificada. Eram os restos morais do jovem Galdino Neto. Este, em agosto de 2014, comunicou-se com a genitora por meio da mediunidade de Nilton Sousa (2014), p. 3-7:

[...] A igreja de Canindé não sai da minha cabeça. O vô Galdino fala de São Francisco que me protegeu em todas as viagens. Mas daquela vez não deu pra evitar o mal e a maldade, porque santo nenhum pode evitar que a pessoa má deixe de fazer alguma coisa, a não ser quando ainda tiver naquele coração algum temor a Deus.

Eu desci errado do ônibus... A lagoa me chamou a atenção. Aquela lagoa do Juvenal eu achei bonita [...] e teve gente que pensou que eu tinha dinheiro, mas como bateu com força demais quis esconder o corpo [...].

Galdino Neto procurou esclarecer sobre a forma como desencarnara. Em respeito à família que, generosamente, cedeu as cartas, transcreveu-se apenas o necessário aos fins objetivados pelo presente ensaio. De tudo isso, a percepção que erige: a ciência jurídica é constrangida por fatos que não consegue explicar. Contudo, falta-lhe (muitas vezes) paciência na busca da compreensão.

Algumas psicografias do médium cearense Nilton Sousa foram divulgados em obra publicada. Desde 2010, promove sessões públicas de psicografia, uma vez por semana, na Sociedade de Estudos Espíritos Casa de Francisco (Lar de Clara – Iparana, Caucaia/Ceará). Graduado em História pela Universidade Estadual do Ceará (UECE), exerce (também) a docência - esta desde 1996. De acordo com Sousa (2014), p.22:

[...] Parece que tudo que tocamos fica impregnado com o nosso magnetismo pessoal.

Essas experiências têm me confirmado a ideia de que a carta não é um trabalho exclusivo do espírito a se comunicar... também não é uma atividade que baste a mim, como médium (falo da natureza da minha mediunidade em si...); ou seja, os

³ Fonte: <<http://extra.globo.com/noticias/brasil/carta-psicografada-ajuda-policia-desvendar-caso-de-desaparecimento-no-ceara-19782756.html>>. Acesso em 31 de julho de 2016.

familiares têm um papel complementar no processo de sintonia, na varredura psíquica, para a confirmação daquela presença espiritual.

No seu livro, foram catalogadas comunicações de vinte quatro (24) espíritos. Ao final da obra, enxergam-se parecer e análise grafotécnica da Perita Criminal (aposentada) Isabel Cristina Lima de Sousa. A *expert, a priori*, esclarece que a análise grafotécnica se desenvolve, de modo geral, pelo método comparativo. Passou, então, a delimitar o objeto da psicografia - com suporte em obras espíritas. Lê-se na obra de Sousa (2014), p. 211:

A Psicografia é o meio de comunicação dos espíritos através da escrita, ou seja, é a representação gráfica produzida pelo punho escritor do médium escrevente, sob a influência do espírito estranho. É válido informar que em tempos primórdios, para obtenção das psicografias, utilizava-se instrumentos (objetos) intermediários entre o médium escrevente e o instrumento escritor (comumente o lápis) para produção do resultado (escrita), classificada de psicografia indireta. Com o desuso desses instrumentos intermediários, o médium escrevente passou a utilizar de forma natural o instrumento escritor, classificada de psicografia direta ou manual.

Observou as peças submetidas a exame (cartas psicografadas) no aspecto geral, para reconhecimento das condições físicas. Efetivou diversos exames, anotou semelhanças, diferenças e outras evidências à luz dos conhecimentos técnicos delineados pela grafotécnica e pela experiência profissional. Resultados dos exames registrados no livro de Sousa (2014), p.221:

Os manuscritos grafados no texto das peças em estudo, apresentam semelhanças gráficas compatível com o material gráfico fornecido pelo Sr. Francisco Erionilton Ivo de Sousa (Nilton).

Enquanto que, os lançamentos relacionados as assinaturas apostas no final das referidas peças, apresentam forte filiação gráfica com os espécimes gráficos, padrão autêntico, dos respectivos subscritores.

Após as análises desenvolvidas, com base nos conhecimentos técnicos, adquiridos acerca de 30 anos no desempenho das funções de Perita Documentoscópica oficial do Estado do Ceará, e por tratar-se de um trabalho diferenciado, pois envolvia manuscritos psicografados, embora não sendo espírita, necessário foi pesquisar no campo doutrinário do espiritismo através das obras de Allan Kardec os fenômenos da psicografia, bem como, observar e acompanhar *in loco* as manifestações dos modos atuantes do psicógrafo no ato das referidas psicografias, para então capacitar-se a emitir a conclusão de que as cartas examinadas foram manuscritas pelo médium Sr. Francisco Erionilton Ivo de Sousa (Nilton), sob a influência de uma força impulsionadora exterior exercida no punho escritor do psicógrafo no momento do ato de escrever (PSICOGRAFAR).

Procurei para não ver e para nada encontrar, no entanto, vi o que não queria ter visto e encontrei o que não esperava encontrar.

Finalmente, alcançando o convencimento da vinculação entre a Grafotécnica e a Psicografia, espero auxiliar aos nossos semelhantes, na busca do entendimento e aceitação, de livre-arbítrio, da influência dos espíritos desencarnados sobre os espíritos encarnados, fortalecendo assim a veracidade da psicografia.

Maracanaú, Ceará, 8 de outubro de 2014

Isabel Cristina Lima de Souza

Perita Criminal Adjunta – Aposentada

Acresça-se que o documento pericial consigna haver sido o processo de análise comparativa realizado separadamente, levando em consideração a relação dos lançamentos subscritos e o respectivo material gráfico, padrão de confronto autêntico das pessoas nominadas. Houve também a preocupação de esclarecer que as peças submetidas a exame foram autorizadas pelos interessados e/ou familiares dos nominados escritores.

Juridicamente, as perícias se mostram a serviço da concretização do princípio da verdade real, a fim de que o destinatário da prova infira suas conclusões com maior precisão fático-científica. Neste esforço em busca da compreensão, parece oportuna a oxigenação oferecida por Ubaldi (2014), p. 10:

Hoje está acontecendo isto: a ciência é constrangida, pelos fatos, a abstrair-se cada vez mais da materialidade sensível, para chegar a entender a matéria como uma realidade imaterial, e a explicar a substância das coisas com um conceito que mais se aproxima e tende a coincidir com aquele imponderável inteligente, o espírito.

Considerando os fenômenos psicográficos apresentados, objetos de investigação pela doutrina espírita, não se poderia deixar de mencionar os estudos - publicados no Brasil - de Alessandro Cesar Bigheto. Seu livro foi produto da dissertação de mestrado na área educacional.

Discorreu sobre a vida de Eurípedes Barsanulfo, educador vanguardista da Primeira República Brasileira (inaugurou a pedagogia espírita no país - e no mundo - ao fundar o Colégio Allan Kardec). Mediante pesquisa científica, elucida Bigheto (2006), p. 48: «Em termos filosóficos o espiritismo está dentro de uma tradição filosófica que remonta a Pitágoras, Sócrates e Platão. [...] A metafísica ocidental tem suas raízes exatamente em Sócrates e Platão». Essa tradição filosófica, em termos práticos, efetivou um liame entre a racionalidade e a espiritualidade na compreensão do mundo.

Com essa sensibilidade, passa-se ao exame da segunda situação emblemática: a casuística que tramitou na 8ª Vara Cível do Rio de Janeiro, na década de 1940, sendo documentada pelo Advogado Miguel Timponi em tríplice aspectos: jurídico, científico e literário.

O caso versou sobre ação declaratória movida pela viúva e filhos de Humberto de Campos contra a Federação Espírita Brasileira e o médium Francisco Cândido Xavier. Pleitearam-se direitos autorais sobre a obra psicográfica recebida do espírito Humberto de Campos. As inquietações direito-espiritualidade afligiram até Rui Barbosa consoante registrado por Timponi (2015), p. 21:

Vejo a Ciência que afirma Deus; vejo a Ciência que prescinde de Deus; vejo a Ciência que proscreve Deus; e entre o espiritualismo, o agnosticismo, o materialismo, muitas vezes se me levanta da razão esta pergunta: Onde está a Ciência? A mesma névoa, que a princípio se adensara sobre as inquietações do crente, acaba por envolver o orgulho do sábio. A mesma dúvida que nos arrastara das tribulações da fé ao exclusivismo científico, pode reconduzir-nos do radicalismo científico à placidez da fé.

O Advogado Miguel Timponi defendeu a Federação Espírita Brasileira e o médium. O feito foi julgado improcedente, tendo o causídico e seus clientes obtido vitória jurídica. A decisão expressou o formalismo clássico. A função judiciária, no *decisum*, reconheceu que, para fins legais, os direitos autorais não podem ser atribuídos a um espírito desencarnado. À época, o Poder Judiciário compreendeu não lhe caber afirmar (ou negar) a imortalidade da alma.

A obra é rica por estabelecer comparações entre os trabalhos de Humberto de Campos encarnado e como espírito, reunindo as mais diversas opiniões entre professores, psiquiatras, poetas, cientistas e juristas. Os indícios de autenticidade no estilo do escritor póstumo foram significativos.

Terceiro caso significativo: tramitou no Poder Judiciário brasileiro e foi narrado no filme Chico Xavier, dirigido e produzido por Daniel Filho.⁴ Baseou-se no livro biográfico do médium, de autoria do jornalista Marcel Souto Maior. O médium mineiro viveu noventa e dois (92) anos com intensa atividade mediúnica e filantrópica. Psicografou mais de quatrocentas (400) obras.

O filme mostrou a absolvição de um jovem - acusado de homicídio - com base em carta psicografada pelo médium, retratando marco histórico forense: primeiro caso, que se tem notícia, de um espírito haver inocentado seu suposto assassino. Desta feita, a função judiciária não teve como se quedar indiferente. Posicionou-se no desfecho da casuística, ultrapassando as barreiras dos preconceitos. Foi exemplar na aplicação do *in dubio pro reo*.

Talvez, sem a prova psicografada, um inocente houvesse sido condenado e levado ao cárcere. Mesmo quem defende a impossibilidade de admissão da psicografia no processo penal pátrio, não chega a negar a psicografia como objeto de estudo científico. Para Mascarenhas (2013), pp. 379-380:

Como tentativa de dar-lhe cunho científico, menciona-se a possibilidade de confirmação da grafia constantes em cartas psicografadas, feita por peritos grafotécnicos, como no caso da carta psicografada pelo médium Chico Xavier, em 1978, escrita em italiano, cuja perícia posterior confirmou a identificação e autoria do espírito. Por último, fazem menção a obras de referência, como a de Cesare Lombroso, bem como de outras pessoas e de relatos ocorridos tanto no exterior quanto no Brasil.

Miguel Reale Junior, em artigo publicado no jornal O Estado de São Paulo, no início do ano de 2009, fez menção a Cesare Lombroso e sua obra 'Hipnotismo e Mediunidade', publicada em 1909, onde o autor italiano admitiu a presença e atuação de espíritos desencarnados e de revelações, inclusive em tablados judiciais, confirmadas por perícia.

Em que pese negar a admissão da psicografia como meio de prova no processo penal brasileiro, evidenciou relevante (e relativamente recente) julgado sobre o tema. Registrou Mascarenhas (2013), p. 382:

4

Chico Xavier [DVD]. Sony Pictures; 2010.

JÚRI. DECISÃO ABSOLUTÓRIA. CARTA PSICOGRAFADA NÃO CONSTITUI MEIO ILÍCITO DE PROVA. DECISÃO QUE NÃO SE MOSTRA MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. Carta psicografada não constitui meio ilícito de prova, podendo, portanto, ser utilizada perante o Tribunal do Júri, cujos julgamentos são proferidos por íntima convicção. Havendo apenas frágeis elementos de prova que imputam à pessoa da ré a autoria do homicídio, consistentes sobretudo em declarações policiais do co-réu, que depois delas se retratou, a decisão absolutória não se mostra manifestamente contrária à prova dos autos e, por isso, deve ser mantida, até em respeito ao preceito constitucional que consagra a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri. Apelo improvido. (Apelação Crime Nº 70016184012, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 11/11/2009).

A psicografia é fenômeno da paranormalidade. Por mais cético que se seja, não há como negar que o ordenamento começa a aproximar-se do sobrenatural, como o fez a Constituição de Pernambuco: «Art. 174. O Estado e os Municípios, diretamente ou através do auxílio de entidades privadas de caráter assistencial, regularmente constituídas, em funcionamento e sem fins lucrativos, prestarão assistência aos necessitados, ao menor abandonado ou desvalido, ao superdotado, ao paranormal e à velhice desamparada [...]». Impera, pois, a necessidade de refletir sobre a importância da inserção da disciplina de propedêutica espiritual nos currículos jurídicos brasileiros, o que se justifica pelo fato de ser função judiciária chamada a decidir sobre as mais distintas causas relativas ao tema.

Na tentativa de oferecer maior segurança jurídica ao aplicador do direito, nas delicadas casuísticas que envolvem a psicografia como meio de prova, propuseram Pontes Filho e Gomes (2017), p. 62:

[...] com fulcro no princípio *in dubio pro reo* e na garantia constitucional da ampla defesa, admite-se a possibilidade excepcional da psicografia como meio de prova, desde que haja necessária validação por exame (s) grafotécnico (s) realizado por perito (s) oficial (is). Mesmo se ilícita fosse, a prova psicográfica poderia ser utilizada em benefício do réu. Recorde-se que o STF admite a prova ilícita para absolver o acusado.

Os pesquisadores não defenderam o médium assentado no banco de testemunhas como instrumento de espíritos. Partiram da simples lógica jurídica: se é vasta a possibilidade de o réu se defender, propor e questionar provas, participar e intervir em todos os atos judiciais, não seria crível refutar - aprioristicamente - a utilização da psicografia, mormente quando o ordenamento processual admite o uso de provas atípicas (inominadas), desde que moralmente legítimas, o que se perfectibiliza com a prova psicográfica escrita validada pericialmente.

Concluíram, enfim, que a utilização da prova psicográfica, da forma como propuseram o protocolo, não violaria o Estado laico brasileiro. Ao contrário, confirmá-lo-ia, até porque afirmar a laicidade estatal significa dizer que ele não possui religião oficial.

Quarto enfrentamento direito-espiritualidade (recente): a questão da interrupção da gravidez nas hipóteses de fetos anencefálicos – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, em que o Supremo Tribunal Federal optou por romper com o

dogmatismo-formalista, mostrando-se aberto a opiniões da Ciência, de entidades religiosas e da sociedade civil organizada.⁵

Coerente e bem fundamentada - do ponto de vista estritamente jurídico - das normas criadas e positivadas pelo próprio homem em dado lugar e tempo, segundo valores aparentemente relevantes, a decisão tomada (por maioria) desafia repensar o problema também pelo prisma espiritual.

A grandiosidade do Universo e a perfeição das leis naturais - que regeram (e regem) o processo criativo, expansivo e a existência tal como é - levam a concluir que tudo foi feito com engenhosidade e precisão milimétrica, temporal e espacial.

Se a velocidade de expansão cósmica (antes, durante e depois do denominado, pelos cosmólogos, de período inflacionário), tivesse sido minimamente diferente, ele próprio não existiria – nem tudo que nele se contém, a Terra e seus habitantes inclusive.

Por outro lado, supor que a vida exista somente nesse planeta, seria (no mínimo) enorme desperdício de espaço, pelo que se conclui que apenas na Ciência do Invisível há unificação das leis do macro e do microcosmos (aparentemente incompatíveis entre si).

Conhecer a teria do tudo, como dizem os mais brilhantes físicos teóricos e experimentais, seria penetrar a mente de Deus. Indaga-se: a humanidade está aqui sem propósito, fadada a um fim abrupto e absoluto ou, como pensam muitos, definitivamente condenada a arder nas chamas do inferno? Não seria mais coerente pensar que, até mesmo em função do contraditório e da ampla defesa (é proposital a referência ao direito constitucional posto), não seria concedida a oportunidade de sincera recuperação?

No caso de um feto anencefálico (ainda que nasça e viva alguns minutos ou horas), não se pode assegurar que ele próprio tenha missão ou algo a expiar. O mesmo não se afirma em relação aos pais e, em especial à mãe, a quem vai caber - segundo a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal - interromper (ou não) a gravidez. A eles, pais, reservou-se essa provação, essa dor, só se justificando a interrupção da existência do nascituro se a vida da própria mãe estiver em risco. Enfrentar o dilema representa questão íntima, a ser tomada com profunda consciência espiritual.

Adverte Canotilho (2003), 27: «Não se admirem, por isso, as angústias constitucionais perante os fenómenos da biotecnologia (“inseminações”, “clonagens”), das auto-estradas da informação (*information superhighways*) e da segurança de cidadãos perante o caso de tecnologias criptográficas». O jurista precisa oferecer resposta convincente a tudo isso e muito mais, o que requer transdisciplinaridade acadêmica.

As mais complexas questões jurídicas relacionadas à bioética desafiam, do aplicador do direito, compreensão das mais diversas crenças espirituais a exemplo do porquê da recusa dos Testemunhas de Jeová em receber transfusão de sangue. Em casos como esses,

⁵ Fonte:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878>>. Acesso em: 22.abr.2016).

é temerário decidir apenas com base na literalidade da norma. Seria, no mínimo, profunda insensibilidade e falha na aplicação do princípio da alteridade.

Por seu turno, o princípio possui embriogenia bíblica, conforme Mateus 22, 37-40: «Amarás ao Senhor teu Deus de todo o teu coração, de toda a tua alma e de todo o teu espírito. Esse é o maior e o primeiro mandamento. O segundo é semelhante a esse: Amarás o teu próximo como a ti mesmo. Desses dois mandamentos dependem toda a Lei e os Profetas». Essas palavras foram atribuídas a Jesus Cristo. Delas, mediante raciocínio lógico, pode-se deduzir o dever jurídico de alteridade, isto é, o dever de colocar-se no lugar do próximo para melhor compreender os dramas das pessoas e evitar julgamentos precipitados, preconceituosos.

Citem-se outros casos afins à perspectiva jurídica da bioética: estudos com células tronco, reprodução humana assistida e o anonimado do doador de sêmen, eugenia e direito, relativismo cultural, suicídio, castração química, uso do corpo humano morto, coleta obrigatória de material genético entre outros dilemas que assolam os tribunais judiciais brasileiros e do mundo.

Quinto dilema espiritualidade-direito: as mais diversas religiões da humanidade explicam distintos comportamentos e relações jurídicas. Adote-se a título de ilustrações (não exaustivas) o Islamismo a princípio e, ato contínuo, o Judaísmo.

Islã significa submissão. Dos princípios básicos da fé islâmica, extrai-se o critério de justiça. Segundo al-Khazraji (2014), p. 19: «[...] somente Deus é a fonte da jurisprudência e da legislação que envolve o ser humano em qualquer lugar e época». Muitos ocidentais desconhecem que o Alcorão prescreve a justiça em todas as situações, mesmo se a favor do inimigo: «[...] e que vosso ódio não vos impeça de serdes justos para com os que odiais (5:8)». Para os muçulmanos, fé e conduta são faces distintas da mesma moeda.

A relação religião-ordenamento jurídico ocorre de modo bastante particular no Judaísmo e em muito se conecta com a categoria sociológica da pertença. De acordo com Sorj (2011), p. 20: «O Estado de Israel define como judeu, com direito a receber a cidadania, uma pessoa com um avô judeu, enquanto o *establishment* religioso local, que certifica quem é judeu, só aceita como tal aqueles que nasceram de mãe judia ou os convertidos de acordo com suas regras». Deduz o autor que, em termos práticos, o Judaísmo é uma realidade construída por diversas realidades e sentimentos.

É preciso, pois, vencer preconceitos ocidentais nada contributivos. Necessita-se de mente aberta. Urge reconhecer a própria ignorância - como já ensinara a Grécia Antiga por meio de Sócrates. É de Platão o pensar que tudo existente aqui, ilustra cópia imperfeita do mundo das ideias.

A finitude do homem também é a finitude de suas palavras. Quando o vocabulário acaba, Deus (ou Allah ou Shiva ou Cristo [...]) é o verbo. Conjugá-lo - na dimensão das crenças pessoais, sem olvidar a dialética das descrenças - significa a oportunidade de ultrapassar o hiato que separa as mentes dos corações humanos. O grande tribunal da humanidade sofredora é o tribunal da consciência.

Com o escopo de encerrar o referencial teórico com a simplicidade da esperança em dias melhores, fecha-se o trabalho à luz dos ensinamentos budistas materializados em alegoria que retrata a vida humana, destacada da obra de Kyokai (2012), p. 76:

Kisagotami, a jovem esposa de um homem rico, enlouqueceu quando seu filho morreu. Desatinada, agarrou a criança morta em seus braços e andou de casa em casa, pedindo às pessoas que curassem o menino.

Certamente, ninguém nada pôde fazer por ela, mas um discípulo de Buda aconselhou-a a procurar o Abençoado que se encontrava em Jetavana, e assim, ela levou a criança morta até Buda.

Buda olhou-a com simpatia e lhe disse: “Para curar a criança, eu preciso de algumas sementes de papoula; vá e peça quatro ou cinco sementes de papoulas nas casas em que a morte nunca tenha entrado”.

Assim, a desvairada mulher saiu e foi procurar uma casa em que a morte nunca entrara, mas em vão. Por fim, retornou a Buda. Em sua serena presença, sua mente se desanuviou e ela compreendeu o significado de Suas palavras. Ela levou o corpo de volta e o enterrou; em seguida, retornou a Buda e se tornou uma de Seus seguidores.

5. Considerações finais

Após o exame do referencial teórico que norteou o estudo, mediante método bibliográfico de investigação, obtêm-se as conclusões seguintes. Antes, porém, recordem-se os objetivos específicos do ensaio sinergicamente considerados: a) inter-relacionar conhecimento científico e Direito; b) tecer diálogos espiritualidade-ciência; c) evidenciar situações desafiadoras do enfrentamento da problemática espiritualidade e direito.

Quanto ao enfrentamento do primeiro objetivo específico, eis que: o Direito, como objeto cultural e espécie do gênero ética, converge ao fim maior da justiça no processo de compartilhamento da liberdade, dando a cada um o que é seu segundo as regras vigentes, o que implica pensar a correspondência entre o mundo ideal, o real e o invisível. Em pleno terceiro milênio, não é sensato olvidar a problemática da justiça da Ciência do Direito. O fim maior de qualquer teoria é aprimorar a prática.

No que concerne ao segundo objetivo específico do estudo, conclui-se que Espiritualidade e Ciência podem e devem caminhar juntas. Curiosidade, inquietude e humildade aparecem como basilares à evolução científica. O ser humano não é meio, mas protagonista histórico. A evolução científica só faz sentido se a serviço do bem comum. As inquietações concernentes ao ser e ao sentido da vida repercutem, inexoravelmente, na seara jurídica. De forma alguma, é questão de menor importância.

Viu-se que a metafísica ocidental guarda embriogenia em Pitágoras, Sócrates e Platão, gênios da humanidade que buscaram efetivar liame entre a racionalidade e a espiritualidade na compreensão do mundo. Destaque-se que, normalmente, esses filósofos são estudados nos primeiros semestres das faculdades de Direito no Brasil. Está mais do que justificada, pois, a inserção da disciplina de propedêutica espiritual nas grades curriculares brasileiras, o que pode ser concretizado no curto prazo: basta inseri-la transversalmente na disciplina de Introdução à Ciência do Direito.

Da análise do terceiro objetivo específico da pesquisa, detectou-se que a plêiade de complexas questões jurídicas relacionadas à bioética desafiam, do aplicador do direito, compreensão das mais diversas crenças espirituais.

Ilustrações não exaustivas consignadas no ensaio: religiões diversas com reflexos diretos nas condutas dos atores sociais, estudos com células tronco, reprodução humana assistida e o anonimado do doador de sêmen, eugenia e direito, relativismo cultural, suicídio, castração química, uso do corpo humano morto, coleta obrigatória de material genético. Em casos como esses, é temerário decidir apenas com base na literalidade da norma. Seria, no mínimo, profunda insensibilidade e falha na aplicação do princípio da alteridade.

Pelo exposto, confirma-se o pressuposto científico: mostra-se imprescindível a inserção da disciplina de propedêutica espiritual nas matrizes curriculares dos cursos de graduação em Ciências Jurídicas no Brasil em face do palco social complexo plural e de riscos da modernidade reflexiva.

Há que se ter sempre em mente que o Direito não constitui fim em si. Trata-se de instrumento, meio de promoção do bem comum, do bem servir ao próximo. Na verdade, já se passou da hora de os cursos de Direito, no Brasil, incluírem o ensino da espiritualidade (propedêutica espiritual) na grade curricular.

Referências

- al-Khazraji, Xeiue Taleb Hussein, 2014, *Islamismo*, Bela letra Editora, São Paulo.
- Alexander, Eben, 2013, *Uma prova do céu*, Sextante, Rio de Janeiro.
- Bíblia de Jerusalém, 2015, 10ª reimpressão, Paulus, São Paulo.
- Bigheto, Alessandro Cesar, 2006, *Eurípedes Barsanulfo, um educador de vanguarda na Primeira República*, Comenius, Bragança Paulista, São Paulo.
- Brasil (1988), *Constituição República Federativa do Brasil*, in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm (14.01.2018).
- Brazil (1824), *Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824*, in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm (30.03.2016).
- Brasil (1891), *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891*, in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm (31.03.2016).
- Brasil (1934), *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934*, in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm (01.04.2016).
- Brasil (1937), *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937*, in

- http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm (04.abr.2016).
- Brasil (1946), *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946*, in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm (06.04.2016).
- Brasil (1967), *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*, in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm (08.04.2016).
- Brasil (1969), *Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969*, in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm (12.04.2016).
- Canotilho, J. J. Gomes, 2003, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7ª ed., Edições Almedina, Coimbra.
- Frank, Anne, 2016, *O diário de Anne Frank*, 56ª ed., Record, Rio de Janeiro.
- Freire, Paulo, 2013, *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*, 54ª ed., Paz e Terra, São Paulo.
- Galdino, 2014, *Mensagens psicografadas*, cartas, Centro Espírita Lar de Clara.
- Galdino Neto, 2014, *Mensagens psicografadas*, cartas, Centro Espírita Lar de Clara.
- Hawking, Stephen, 2017, *Buracos negros: palestras da BBC Reith Lectures*, Intrínseca, Rio de Janeiro.
- Kyokai, Bukkyo Dendo, 2012, *A doutrina de Buda*, Martin Claret, São Paulo.
- Mascarenhas, Michel (2013), *A admissão da psicografia como prova espírita no processo penal: sua base não científica e sua não compatibilidade com a ordem constitucional brasileira*, In <http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/38/44> (06.05.2016).
- Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet, 2010, *Curso de direito constitucional*, 5ª ed., Saraiva, São Paulo.
- Moura, Maria Marília O. C. De, 2013, “Neoconstitucionalismo: conceituação, cenários da eclosão do fenômeno e principais institutos” in *Temas aprofundados do Ministério Público Federal*, Edilson Vitorelli (coord.), 2. ed., Edições JusPODIVM, Salvador, p. 25-45.
- Nogueira, Roberto Wanderley, 2016, *Cilada dialética: pedagogia do mito profissional em direito como resultado do estágio atual do ensino jurídico no Brasil*, FASA, Recife.
- O Alcorão, 2015, 8ª ed., BestBolso, Rio de Janeiro.
- Pernambuco (1989). *Constituição do Estado de Pernambuco*, in <http://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?tiponorma=12&numero=1989&complemen>

to=O&ano=1989&tipo=&url=http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=oahUKEwisnOWJm9jYAhXKf5AKHa1QADYQFggqM AA&url=http://legis.alepe.pe.gov.br/?ce19891989&usg=AOvVaw1GwpP5BTCWjmtNJJEOHvJ9 (14.jan.2018).

Pontes Filho, Valmir; Gomes, Ana Paula de Oliveira, 2017, *A validade jurídica da prova psicográfica*, Offset Gráfica e Editora, Natal.

Pooper, Karl R., 1982, *Conjecturas e refutações: o progresso do conhecimento científico*, 2. ed., Universidade de Brasília, Brasília.

Prado, Eduardo, 2014, *Fastos da ditadura militar no Brasil: artigos publicados na Revista de Portugal de dezembro de 1889 a junho de 1890*, Senado Federal, Brasília.

Sorj, Bernardo, 2011, *Judaísmo para todos*, 2ª ed., Editora Civilização Brasileira Rio de Janeiro.

Sousa, Nilton, 2014, *Cartas da imortalidade: os espíritos escrevem aos seus familiares*, Expressão Gráfica e Editora, Fortaleza.

Timponi, Miguel, 2015, *A psicografia ante os tribunais*, 7ª ed., Federação Espírita Brasileira, Brasília.

Ubaldi, Pietro, 2014, *Princípios de uma nova ética*, Instituto Pietro Ubaldi, Brasília.

Ubaldi, Pietro, 2015, *Pensamentos*, 4ª ed., Instituto Pietro Ubaldi, Campos dos Goytacazes, Rio de Janeiro.

Vasconcelos, Arnaldo, 2000, “Que é uma teoria jurídico-científica?”, *Revista da OAB-CE*, v.27, número 4, pp. 27-45.

O presente livro reúne vários contributos, provenientes de intervenções proferidas no âmbito do congresso "Future Law", que decorreu na Universidade Católica Portuguesa – Porto em Junho de 2018. A multidisciplinariedade e diversidade dos textos aqui reunidos reflete a realidade do congresso, que contou com oradores das mais variadas partes do mundo, e que visou proporcionar uma discussão sobre o futuro do direito nas mais variadas áreas, missão em que logrou ter sucesso.



CATÓLICA

CEID • CENTRO DE ESTUDOS
E INVESTIGAÇÃO EM DIREITO

CATÓLICA
RESEARCH CENTRE
FOR THE FUTURE OF LAW

LISBOA • PORTO



CATÓLICA
FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DO PORTO