

Directores:

Rubén Miranda Gonçalves

Fábio da Silva Veiga

ESTUDIOS DE DERECHO IBEROAMERICANO

VOLUMEN II

Coordinador:
Gabriel Martín Rodríguez



La Casa del Abogado
Librería Jurídica



IBEROJUR

INSTITUTO IBEROAMERICANO
DE ESTUDOS JURÍDICOS

ESTUDIOS DE DERECHO IBEROAMERICANO

VOLUMEN II

Editores

Rubén Miranda Gonçalves

Fábio da Silva Veiga

Coordinador

Gabriel Martín Rodríguez



La Casa del Abogado
Librería Jurídica

 **IBEROJUR**
INSTITUTO IBEROAMERICANO
DE ESTUDIOS JURÍDICOS

Todos los derechos reservados a los editores y coordinador de la obra. Ninguna parte de la misma podrá ser reproducida sin el consentimiento expreso de los editores y del coordinador

Los editores y el coordinador no son responsables de las opiniones, comentarios o manifestaciones de los autores en los artículos publicados.

© Rubén Miranda Gonçalves (Editor)

© Fábio da Silva Veiga (Editor)

© Gabriel Martín Rodríguez (Coordinador)

© Los autores, por su capítulo

1ª edición: 2019

ISBN: 978-84-09-09712-8

Editado por: La Casa del Abogado

Las Palmas de Gran Canaria

España

COMITÉ CIENTÍFICO

Angelo Viglianisi Ferraro (U. Mediterranea di Reggio Calabria)
Antonio Tirso Ester Sánchez (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)
Armando Luiz Rovai (PUC-SP/Mackenzie)
Augusto Jobim do Amaral (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Emilia Santana Ramos (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)
Érica Guerra da Silva (Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro)
Fábio da Silva Veiga (IBEROJUR/Universidad Europea de Madrid /UAH)
Flávio Martins (Damásio Educacional)
Floriano de Azevedo Marques Neto (Universidad de São Paulo)
Gabriel Martín Rodríguez (Universidad Europea de Madrid)
Gilberto Atencio Valladares (Universidad de Santiago de Compostela)
Ignacio Ara Pinilla (Universidad de La Laguna)
Irene Patrícia Nohara (Universidade Presbiteriana Mackenzie)
Jaime Aneiros Pereira (Universidad de Vigo)
Jose Gabriel Assis de Almeida (UNIRIO, Brasil)
Julio Álvarez Rubio (Universidad de Cantabria)
Laura Miraut Martín (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)
Marco Aurélio Gumieri Valério (Universidade de São Paulo)
Marcos Augusto Perez (Universidade de São Paulo)
Pablo Fernández Carballo-Calero (Universidad de Vigo)
Pedro Avzaradel (Universidade Federal Fluminense)
Raquel Lucía Pérez Brito (Universidad de La Laguna)
Ricardo Gavilán (Universidad Nacional de Asunción)
Rubén Miranda Gonçalves (Universidad de Santiago de Compostela)
Salvador Tomás Tomás (Universidad de Murcia)
Samuel Rodríguez Ferrández (Universidad de Murcia)
Sheila Neder Carezetti (Universidad de São Paulo)
Vânia Aieta (Universidade do Estado do Rio de Janeiro)
Wilson Engelmann (U. do Vale do Rios Sinos)
Zélia Luiza Pierdoná (Universidade Presbiteriana Mackenzie)

ÍNDICE

The observance of the precautionary principle and the issue of forced environmental migration	8
André Ricci de Amorim.....	8
Marianna Alés Lopez Reis Laranjeira.....	8
O controle jurisdicional de políticas públicas ambientais: A efetivação do direito ao meio ambiente como elemento integrante do mínimo existencial.....	16
Gabriela Soldano Garcez	16
Abuso do Direito como parâmetro no exercício do direito de arrependimento. Um estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro.....	28
João Pedro Leite Barros.....	28
A violação de direitos imateriais no contexto da terceirização trabalhista	36
Maria Luiza Gazzaneo Cabral	36
A tortura e o Estado democrático de direito: a dignidade da pessoa humana é um princípio absoluto ou um valor ponderável?	48
Maria Luiza Gazzaneo Cabral	48
Corrupção e a qualidade da democracia no Brasil	59
André Luis Pontarolli.....	59
As sementes geneticamente modificadas e o direito ao desenvolvimento.....	67
Milena Barbosa de Melo	67
Nájila Bezerra	67
The protection of individual identities: identity as a human right.....	76
Patrícia Tuma Martins Bertolin	76
Fernando R. M. Bertoncello	76
Autonomia privada e neutralidade na tributação do comércio internacional.....	84
Andreia Isabel Dias Barbosa.....	84
Responsabilidade objetiva da pessoa jurídica em razão da prática de ato lesivo contra a administração pública: inovações trazidas pela Lei nº 12.846/2013 no sistema anticorrupção	95
Dielson Cláudio dos Santos	95
Margareth Vetis Zaganelli	95
Políticas públicas em liberdade de expressão para o enfrentamento a pobreza - contribuições do sistema interamericano de direitos humanos	103
Anna Luisa Walter de Santana Daniele	103

Danielle Anne Pamplona	103
O reconhecimento dos refugiados ambientais no âmbito do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos	117
Anna Luisa Walter de Santana Daniele	117
Danielle Anne Pamplona	117
A importância do <i>jus cogens</i> no âmbito da revisão constitucional no direito português.	132
Nara Furtado Lancia	132
Matheus Mello Nobre de Jesus.....	132
Justiça restaurativa e mediação penal: um caminho para a solução de conflitos em delitos de violência doméstica e familiar	157
Margareth Vetis Zaganelli	157
Marina Saleme de Menezes	157
El habeas corpus como garantía constitucional fundamental	171
Vicente Santana Rivero	171
Considerações sobre as políticas públicas e os três poderes do Estado brasileiro	177
Adriana Ferreira Serafim de Oliveira.....	177
A cláusula de integridade (<i>compliance</i>) nos contratos privados no Brasil e em Portugal.....	199
Luciana Pacífico de Araújo Sponquiado	199
Williams Pacífico Araújo dos Santos	199
A resolução das arbitragens societárias multipartes pelo litisconsórcio unitário	213
Ana Carolina Agosti Alvares Cruz	213
Pautas migratorias de la población femenina. Un análisis de la trata de mujeres procedentes de países subdesarrollados para su posterior explotación sexual	225
Vanessa Alexandra de Melo Pedroso	225
Maria Luiza Ramos Vieira Santos	225
A revisão contratual por excessiva onerosidade superveniente no Código de Defesa do Consumidor.....	240
Carla de Calvo Dantas.....	240
Prisão que isola, para que compreendam o sentimento coletivo da liberdade, ou que coletiviza grupos, para que aterrorizem indivíduos: A pena como réquiem aos presídios? .	254
Vanessa Alexandra de Melo Pedroso	254
Carlos Jair de Oliveira Jardim	254
O legado autoritário na criminalização dos movimentos sociais no Brasil	268
Augusto Jobim do Amaral	268
Cássia Zimmermann Fiedler	268

El derecho humano al agua en el ámbito interamericano	278
Germana Aguiar Ribeiro do Nascimento	278
A crise de apatridia na República Dominicana: uma questão construída através do tempo agravada pelas recentes reformas legislativas e pelas decisões TC/0168/13 E TC/0256/14 do Tribunal Constitucional Dominicano.....	290
Nicole Cardoso Paganini.....	290
Trabalho e religião: a acomodação das imposições de crença quando as refeições são realizadas no ambiente de trabalho	302
Andressa Batista Lopes	302
Eduardo Bolsoni Riboli	302
Aplicação de políticas públicas judiciárias como meio alternativo a taxa de congestionamento do poder judiciário brasileiro.....	315
Luciane Mara Correa Gomes.....	315
Tauã Lima Verdan Rangel.....	315
O reconhecimento da fundamentalidade do direito à alimentação à luz de Amartya Sen: uma reflexão à luz da realidade brasileira	326
Tauã Lima Verdan Rangel.....	326
Durcelania da Silva Soares	326
Luciane Mara Correa Gomes.....	326
A internet e a exposição indevida de dados pessoais – violação aos direitos fundamentais da intimidade e a vida privada.....	339
Weder de Lacerda Silva	339
A “nova razão do mundo” e o caso da “primavera secundarista” no Brasil em 2016	353
Fernanda Martins.....	353
Ana Clara Santos Elesbão	353
A construção de <i>standards</i> internacionais para o direito a ser esquecido	360
Lucila Vilhena	360
Aproximações teóricas ao conteúdo do mínimo existencial no ordenamento jurídico brasileiro.....	366
Thiago Santos Rocha	366
Aspectos centrais da teoria do diálogo das fontes e sua aplicação como instrumento para superação das antinomias.....	377
Jaqueline Aparecida Fernandes Sousa	377
Renato de Souza Nunes.....	377
A criminalização de movimentos sociais e a violência policial no Brasil: o caso das “jornadas de junho” de 2013 em Porto Alegre/RS	389

Lucas e Silva Batista Pilau	389
Roberta da Silva Medina	389
Proteção de Dados Pessoais no Regulamento (UE) 2016/679: Anglicismos e Direito	400
Karenina Carvalho Tito	400
Justiça Restaurativa: é possível uma solução alternativa em busca dos direitos humanos e da paz social frente aos delitos criminais?	407
Caroline Buarque Leite de Oliveira	407
Resíduos Urbanos: o reflexo do desenvolvimento	412
Laís da Silva Brum	412
O sistema agroflorestal como alternativa para redução de danos causados pela pecuária – Uma análise sob a luz do princípio poluidor/pagador e da legislação ambiental brasileira .	437
Charize de Oliveira Hortmann	437
Diego Alavarsa Cascales	437
Limites ao Direito à Busca da Felicidade: o caso da fosfoetilonamina sintética.....	447
Luciana Romano Morilas	447
Laís Kondo Claus	447
Direitos da natureza: panoramas constitucionais latino-americanos	459
Felipe Pires Muniz de Brito	459
O imposto sobre operações de crédito, câmbio, seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários como instrumento para incrementar as relações econômicas entre Brasil e Espanha	470
Fernando R. M. Bertoncetto	470
Thaís Cíntia Cárnio.....	470
O devido processo legal dentro do direito internacional e seus reflexos nos sistemas de proteção aos direitos humanos	480
Paulo Augusto de Oliveira	480
Thalita Christine de Mendonça Fontoura	480
Abordagem introdutória aos regimes da prescrição e da caducidade nos sistemas tributários Português e Espanhol	496
Ana Paula Morais Pinto da Cunha	496
Os dados pessoais nas redes sociais – A Diretiva 95/46/CE e o GDPR.....	505
Jorge Barros Mendes*	505
Instrumentos de administração de conflitos e de promoção da cidadania ativa na ordem jurídica constitucional brasileira.....	526
Luciane Mara Correa Gomes.....	526
Tauã Lima Verdán Rangel.....	526

The observance of the precautionary principle and the issue of forced environmental migration

André Ricci de Amorim¹

Marianna Alés Lopez Reis Laranjeira²

Universidade de Coimbra

1. INTRODUCTION

As a result of the globalization process, international human mobility has intensified in recent years. Generally, people tend to associate this phenomenon with men, women and children who flee their home country and decide to settle abroad as a way to achieve better living standards.

However, it cannot be denied that among this group of migrants there are people who have been forced to flee their country, whether by natural disasters or human factor. In this sense, International Law not only establishes a distinction between voluntary and forced migrant, but also who among forced migrants may or may not be protected by the United Nations Convention Relating to the Status of Refugees adopted on 28 July 1951, so-called the 1951 Convention.

Unfortunately, when the reasons that lead people to flee their territory are strictly related to environmental changes, the classical doctrine tends to diverge if these people could be called "environmental refugees". Faced with this divergence and the difficulty to promote protection under the 1951 Convention, this article suggests that prophylactic measures should be taken to protect people from the risks of forced migration for environmental reasons and this is why the Precautionary Principle deserves the attention of the international community.

2. BRIEF NOTES OF THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE

The concept of precaution arose in Germany in 1974 with the advent of the Federal Emissions Protection Act (*Bundes - Immissionsschutzgesetz*), which superficially deals with the Precautionary Principle in the field of air pollution³.

¹ Master Degree in Public International and European Law by the University of Coimbra, Portugal. Bachelor's Degree in Legal Studies by the Federal University of Rio de Janeiro. Attorney at Law.

² Master's student in Law – Specialization Juridical Forensic Sciences at the University of Coimbra, Portugal. Bachelor's Degree in Legal Studies by the Pontifical Catholic University of Campinas. Attorney at Law.

³ Despite the terminological debate over the terms "Precautionary Principle" and "Precautionary Approach", the authors decided to use the first one in order to facilitate the explanation of the matter. On this, Peel informs that this divergence is a sort of political debate that reflects "the reluctance of courts to rule on the international status of precaution, instead developing compromise formulations which characterise the concept in terms of 'prudence'" (PEEL, Jacqueline. Precaution — A Matter of Principle, Approach or Process? Melbourne Law School Melbourne Journal of International Law, Vol. 5, No. 2, October 2004, p. 1).

The observance of the precautionary principle and the issue of forced (...)

However, the recognition of the Precautionary Principle comes from the United Nations Conference on Environment and Development, known as Rio de Janeiro Earth Summit, held in Rio de Janeiro in 1992.

The purpose of this Conference organized by the United Nations (UN) was the discussion of environmental issues by the States Parties whose first global commitment regarding this matter was in Stockholm, Sweden, in 1972, during the United Nations Conference on the Human Environment.

Hence, with a view to reaffirming the solemn commitment made in Stockholm and "(...) with the goal of establishing a new and equitable global partnership through the creation of new levels of co-operation among States, key sectors of societies and people, Working towards international agreements which respect the interests of all and protect the integrity of the global environmental and developmental system, Recognizing the integral and interdependent nature of the Earth"⁴, the Rio Declaration on Environment and Development also states as its 15th principle that:

In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation⁵.

In this sense, the idea of prudence in regard to environmental matters was included in others International Treaties and Agreements such as: the Convention on Biological Diversity; the United Nations United Nations Framework Convention on Climate Change; The Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes; the Convention on the Protection of the Marine Environment of the Baltic Sea Area; The Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic; and the Maastricht Treaty that lead the creation of European Union⁶.

For the doctrine, the abovementioned Principle holds that environmental assets should be protected in a preventive way, because when these assets are damaged the consequences may be irreversible. According to Celso Antonio Pacheco Fiorillo, a Brazilian professor at the Pontifical Catholic University of São Paulo:

(...) environmental damage is, in most cases, irreversible and irreparable. To do so, just think: how to recover an extinct species? How to eradicate the effects of Chernobyl? Or, how to restore an ancient forest that had been devastated and sheltered thousands of different ecosystems, each with its essential role in nature?

Faced with the impotence of the legal system, unable to re-establish, under equal conditions, a situation identical to the

⁴ UNITED NATIONS. Rio Declaration on Environment and Development (1992). Available at: <http://www.unesco.org/education/nfsunesco/pdf/RIO_E.PDF>. Access Date: 08 Feb. 2017.

⁵ *Ibidem*.

⁶ ARAGÃO, Alexandra. *Princípio da precaução: manual de instruções*. Coimbra: Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, 2008, p. 10. Available at: <<http://hdl.handle.net/10316.2/8833>>. Access Date: 07 Feb. 2017.

previous one, the Precautionary Principle is used to support the Environmental Law becoming itself as its main goal⁷.

This worldwide awareness regarding precaution has been defended not only by the doctrine of Environmental Law and ecologists. In practical terms, the reference to this principle has already been made by courts in India, Pakistan, Australia, the United Kingdom and Brazil⁸.

In order to have a better notion of this principle we should consider its four central components, which means, *"taking preventive action in the face of uncertainty; shifting the burden of proof to the proponents of an activity; exploring a wide range of alternatives to possibly harmful actions; and increasing public participation in decision making"*⁹.

This stems from a legal-factual narrative that the Precautionary Principle is used to provide effectiveness of control measures to reduce the occurrence of environmental damage.

Therefore, it is possible to conclude that precaution could be considered one of the ways to prevent the environmental degradation. Furthermore, it is also important to point out that since environmental damages may affect entire populations, the attention to this principle may avoid another issue for the International Law: forced displacement, which in this case turns these people into environmental migrants, popularly known as "environmental refugees".

3. FORCED MIGRANTS AND THE USE OF THE TERM "ENVIRONMENTAL REFUGEE"

There is no doubt that environmental disasters may lead to forced migration. However, according to International Law the term "refugee" may not apply to every migrant. Therefore, it is crucial to highlight some characteristics that differs environmental migrant and refugees.

First of all, the phenomenon of international migration is not recent, much less the international protection granted to individuals persecuted during war times. On the other hand, the technical-juridical definition of the term "refugee" arose in the twentieth century as a way to protect the victims of the events that took place especially in Europe during the World War II, being used to clarify its meaning among the international community.

⁷ This is a personal translation. The original quote in Portuguese: *"(...) os danos ambientais, na maioria das vezes, são irreversíveis e irreparáveis. Para tanto, basta pensar: como recuperar uma espécie extinta? Como erradicar os efeitos de Chernobyl? Ou, de que forma restituir uma floresta milenar que fora devastada e abrigava milhares de ecossistemas diferentes, cada um com o seu essencial papel na natureza?"*

Diante da impotência do sistema jurídico, incapaz de restabelecer, em igualdade de condições, uma situação idêntica à anterior, adota-se o princípio da prevenção do dano ao meio ambiente como sustentáculo do direito ambiental, consubstanciando-se como seu objetivo fundamental" (FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 117).

⁸ WOLD, Chris; SAMPAIO, José Adércio Leite; NARDY, Afrânio. *Princípios de Direito Ambiental na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. P. 17.

⁹ KRIEBEL, David *et al.* The precautionary principle in environmental Science. *In*: Marco Martuzzi and Joel A. Tickner (Org.). *The precautionary principle: protecting public health, the environment and the future of our children*. Copenhagen: World Health Organization, 2004. P. 146.

In this sense, the cornerstone instrument of refugee protection is the 1951 United Nations Convention Relating to the Status of Refugees. Under Article 1(A and B), the term "refugee" shall apply to any person who:

As a result of events occurring before 1 January 1951 (in Europe or elsewhere) and owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it¹⁰.

After almost twenty years passed and new conflicts emerging, the definition of refugees became extremely oblique, as it reached only the victims of events occurred in Europe before 1 January 1951. In order to redefine the term and likewise to extinguish the geographical and temporal restrictions that existed, the New York Protocol of 1967 was signed.

Since then, States Parties have come to accept the requests of people who claim and are able to prove that are "*owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of particular social group or political opinion*"¹¹. Therefore, the criteria for recognition of refugee status are categorical.

In any case, it is noted that desertification, water scarcity and biodiversity depletion are some of the environmental damages that may cause forced displacement in certain areas and, unfortunately, this sad reality is already known in some countries such as Bangladesh, Vietnam, Ghana and Ethiopia¹².

In this context, some researchers started to use the term "environmental refugee" to define these people forced to flee by environmental reasons. The first definition of this term was popularized by Lester Brown of the World Watch Institute in the 1970s. However, the subject has gained prominence by the researches first published by Essam El-Hinnawi's of the Egyptian National Research Center in 1985, and later by Jodi Jacobson in 1988¹³.

Basically, the idea supported by them was that "environmental refugee" shall apply to any person or group of people who, due to environmental variations and disasters, had to flee their country of origin or habitual residence to find better conditions of survival in another region. In this sense, Myers and Kent clarify the issue by stating that:

¹⁰ UNITED NATIONS. The Convention and the Protocol Relating to the Refugees Status. Available at: <<http://www.unhcr.org/3b66c2aa10>>. Access Date: 26 Jan. 2017.

¹¹ *Ibidem*.

¹² CASTLES, Stephen. Environmental change and forced migration: making sense of the debate. New Issues in Refugee Research UNHCR, Working Paper No. 70, October, 2002, p.3. Available at: <<http://www.unhcr.org/research/working/3de344fd9/environmental-change-forced-migration-making-sense-debate-stephen-castles.html>>. Access Date: 05 Feb. 2017.

¹³ BLACK, Richard. Environmental Refugees: myth or reality? New Issues in Refugee Research, UNHCR, Working Paper nº. 34, March, 2001, p. 1. Available at: <<http://www.unhcr.org/research/working/3ae6a0d00/environmental-refugees-myth-reality-richard-black.html>>. Access Date: 04 Feb. 2017.

Environmental refugees are persons who can no longer gain a secure livelihood in their traditional homelands because of what are primarily environmental factors of unusual scope. These factors include drought, desertification, deforestations, soil erosion and other forms of land degradation; resource deficits such as water shortages; decline of urban habitats through massive over-loading of city systems; emergent problems such as climate change, especially global warming; and natural disasters such as cyclones, storm surges and floods, also earthquakes, with impacts aggravated by human mismanagement. There can be additional factors that exacerbate environmental problems and that often derive in part from environmental problems: population growth, widespread poverty, famine and pandemic disease. Still further factors include deficient development policies and government systems that "marginalize" people in senses economic, political, social and legal. In certain circumstances, a number of factors can serve as "immediate triggers" of migration, e.g. major industrial accidents and construction of outsize dams. Of these manifold factors, several can operate in combination, often with compounded impacts. In face of environmental problems, people concerned feel they have no alternative but to seek sustenance elsewhere, either within their countries or in other countries, and whether on a semipermanent or permanent basis¹⁴.

However, despite the vulnerability of these migrants, there is no international document at a global level that recognizes them technically as refugees. Therefore, according to the classical doctrine of International Law, the term "environmental refugees" is incorrect because there is no way to fit them into the objective criteria for the recognition of refugee status set forth in the 1951 Convention.

On this, the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) has also expressed its opposition to the use of the term "environmental refugee" arguing that there is no basis under International Law to justify and make its use technically correct¹⁵.

Despite the difficulty in recognizing environmental migrants as refugees, it is noted that some States face this matter with a different perspective. In this regard, there are two local instruments for the protection and recognition of environmental migrants as refugees: the first one is the African Union Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons in Africa (Kampala Convention), adopted in 23 October 2009, which, although innovative, applies only to migrants located in the African Union region; and the second one is the Arab Convention on Regulating Status of Refugees in the Arab Countries, adopted in

¹⁴ MYERS, Norman; KENT, Jennifer. *Environmental Exodus: An Emergent Crisis in the Global Arena*. Washington DC: Climate Institute, 1995, p. 18.

¹⁵ According to the UNHCR: "*In recent times, a growing number of organizations and commentators have employed the notion of 'environmental refugees' or 'climate refugees,' a concept used to refer to people who are obliged to leave their usual place of residence as a result of long-term climate change or sudden natural disasters. UNHCR has serious reservations with respect to the terminology and notion of environmental refugees or climate refugees. These terms have no basis in international refugee law*" (UNHCR. "Climate change, natural disasters and human displacement: a UNHCR perspective", UNHCR, 14 August 2009, p.8). Available at: http://www.refworld.org/docid/4a8e4f8b2.html#_ga=1.142270706.1503118157.1485366719. Access Date: 06 Feb. 2017.

1994 by the League of Arab States, which expressly affirm the protection of environmental migrants granting them recognition of refugee status. However, it is important to point out that this Convention has not been ratified by the Arab Countries¹⁶.

In addition to those instruments mentioned above, it cannot be denied that the principles of international law constitute, although imprecise, a form of consecration of rights for this group of people who suffer from the absence of specific legal framework for their protection.

In this sense, it should be highlighted that some principles of international law are being used to guarantee protection to environmental migrants, such as the principle of humanitarian protection.

Therefore, despite the legal gap regarding this matter, it is inconceivable to accept that normative freedom in the concrete case makes an environmental migrant completely dependent on the political will of the welcoming States. Obviously there is no intention to disqualify the sovereignty of States; however, we argue that as long as there is no ratification of an international treaty dealing with the issue of environmental migrants, it is necessary to reinforce the idea that a breach of the principles of international law could constitute an international wrong.

In any case, this lack of legal framework clearly makes hard to provide victims of environmental disasters an effective protection. Therefore, whilst international community do not develop specific ways to grant them protection, it is important to discuss methods of sustainability in order to prevent a possible environmental degradation that might cause forced migration. In other words, the observance of the Precautionary Principle has never been so demanded since its adherence could be one of the keys to avoiding problems that affect thousands of people in the world.

4. CONCLUSION

Indeed, there is no way to avoid natural events that may cause destruction and forced displacement. However, environmental damages caused by human action must be avoided at all costs since it is possible to previously control its effects.

Forasmuch as it is known that States usually do not recognize environmental migrants as refugees, some measures need to be taken to ensure the effective protection of these people that are at risk and claiming for help. For all this, States should pay attention to the Precautionary Principle since it could help to minimize the chances of environmental damages and the consequently arise of environmental migrants.

As informed earlier, it is not easy to classify the environmental migrants under International Law. On the other hand, the right of these people to seek international protection cannot be taken away. For this reason, as long as this matter is not overcome, it is suggested that international community should strongly encourage at least some of the following actions to:

¹⁶ As set forth in Article 1(2): "*any person who unwillingly takes refuge in a country other than his country of origin or his habitual place of residence because of sustained aggression against, occupation and foreign domination of such country or because of the occurrence of natural disasters or grave events resulting in major disruption of public order in the whole country or any part thereof*". League of Arab States. Arab Convention on Regulating Status of Refugees in the Arab Countries, 1994. Available at: <<http://www.refworld.org/docid/4dd5123f2.html>>. Access Date: 06 Feb. 2017.

1. Mitigate negative impacts on the environment by limiting, for example, the production of greenhouse gases in order to reduce the deterioration of affected areas. In this case, it would be important as well to inhibit illegal deforestation and promote restoration and reforestation of damaged zones;
2. Adopt public policies to reduce the risk of environmental disasters, including actions at the national level (hence, the importance of the Precautionary Principle);
3. Promote the creation of international agreements and national laws that include these people that seek international protection, since there is a lack of legal framework and practices to protect them.

Obviously, there is no prospect that adopting any of the abovementioned actions will be a lasting solution to environmental migrants. However, States should be more sensitive to this subject, because sooner or later the consequences of abusive use of natural resources will affect all living things, including human beings.

5. REFERENCES

- ARAGÃO, Alexandra. **Princípio da precaução: manual de instruções**. Coimbra: *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, 2008. Available at: <<http://hdl.handle.net/10316.2/8833>>. Access Date: 07 Feb. 2017.
- BLACK, Richard. **Environmental Refugees: myth or reality?** New Issues in Refugee Research, UNHCR, Working Paper n°. 34, March, 2001. Available at: <<http://www.unhcr.org/research/working/3ae6a0d00/environmental-refugees-myth-reality-richard-black.html>>. Access Date: 04 Feb. 2017.
- CASTLES, Stephen. **Environmental change and forced migration: making sense of the debate**. New Issues in Refugee Research UNHCR, Working Paper No. 70, October, 2002. Available at: <<http://www.unhcr.org/research/working/3de344fd9/environmental-change-forced-migration-making-sense-debate-stephen-castles.html>>. Access Date: 05 Feb. 2017.
- KRIEBEL, David; TICKNER, Joel A.; EPSTEIN, Paul; LEMONS, John; LEVINS, Richard; LOECHLER, Edward L.; QUINN, Margaret; RUDEL, Ruthann; SCHETTLER, Ted; STOTO, Michael. **The precautionary principle in environmental Science**. In: Marco Martuzzi and Joel A. Tickner (Org.). *The precautionary principle: protecting public health, the environment and the future of our children*. Copenhagen: World Health Organization, 2004. Pp. 145-166.
- LEAGUE OF ARAB STATES. **Arab Convention on Regulating Status of Refugees in the Arab Countries**, 1994. Available at: <<http://www.refworld.org/docid/4dd5123f2.html>>. Access Date: 06 Feb. 2017.
- MYERS, Norman; KENT, Jennifer. **Environmental Exodus: An Emergent Crisis in the Global Arena**. Washington DC: Climate Institute, 1995.
- PEEL, Jacqueline. **Precaution — A Matter of Principle, Approach or Process?** Melbourne Law School Melbourne Journal of International Law, Vol. 5, No. 2, October 2004.
- UNITED NATIONS. **Climate change, natural disasters and human displacement: a UNHCR perspective**, UNHCR, 14 August 2009. Available at: <http://www.refworld.org/docid/4a8e4f8b2.html#_ga=1.142270706.1503118157.1485366719>. Access Date: 06 Feb. 2017.
- _____. **Rio Declaration on Environment and Development** (1992). Available at: <http://www.unesco.org/education/nfsunesco/pdf/RIO_E.PDF>. Access Date: 08 Feb. 2017.

- _____. **The Convention and the Protocol Relating to the Refugees Status.** Available at: <<http://www.unhcr.org/3b66c2aa10>>. Access Date: 26 Jan. 2017.
- WOLD, Chris; SAMPAIO, José Adércio Leite; NARDY, Afrânio. ***Princípios de Direito Ambiental na dimensão internacional e comparada.*** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

O controle jurisdicional de políticas públicas ambientais: A efetivação do direito ao meio ambiente como elemento integrante do mínimo existencial

Gabriela Soldano Garcez¹

Universidade Católica de Santos

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal classifica o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um “bem de uso comum do povo” e “essencial à sadia qualidade de vida”, bem como confere o status de direito fundamental, na medida em que a possibilidade de vivência num meio ambiente adequado permite desfrutar de uma vida saudável e digna. Assim, é condição essencial para a obtenção da dignidade da pessoa humana, que, neste sentido, possui claramente uma dimensão ecológica.

Nestas condições ideais, há a possibilidade do alcance dos demais direitos componentes do mínimo existencial (como: saúde, educação, acesso à justiça e assistência aos desamparados, que inclui vestuário, abrigo, alimentação e salário social). Daí, falar-se no princípio do mínimo ecológico, pois o meio ambiente ecologicamente equilibrado possibilita que os demais direitos sejam obtidos.

Conclui-se, portanto, pela relação intrínseca entre meio ambiente, dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o que enseja a implementação de políticas públicas voltadas a proteção, defesa e concretização do meio ambiente saudável para as presentes e futuras gerações, não se podendo falar em reserva do possível para limitar a sua execução.

Neste contexto, diante da inércia do Poder Público na sua consecução (ou, até mesmo, diante da argumentação de limitação orçamentária), o Poder Judiciário pode exercer controle das políticas públicas ambientais, o que convencionou chamar-se de “ativismo judicial”.

Nesta linha de raciocínio, o presente artigo visa analisar, primeiramente, o meio ambiente, buscando o seu conceito e discorrendo sobre sua condição de direito fundamental em nosso ordenamento jurídico. Posteriormente, avalia a inserção deste direito indisponível no núcleo do mínimo existencial, tendo em vista a dimensão ecológica da dignidade humana. Por fim, pondera sobre o ativismo judicial em matéria de políticas públicas ambientais.

1. MEIO AMBIENTE: BREVES CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DESTE DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

A legislação brasileira conceituou a expressão “meio ambiente” no artigo 3º, inciso I, da Lei nº. 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) como sendo o “conjunto de

¹ Doutora em Direito Ambiental Internacional, pela Universidade Católica de Santos.

condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Conceito recepcionado pela Constituição Federal de 1988, que se preocupou em classificar o meio ambiente como um “*bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida*” (Artigo 225), bem como reconhecê-lo “*como um bem ambiental fundamental*”², inspirada no Princípio 1º da Declaração de Estocolmo:

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

A atual Constituição eleva, ainda, o meio ambiente ecologicamente equilibrado a condição de direito fundamental, “*na medida em que dele depende a qualidade de um bem jurídico maior, qual seja, a vida humana*”³.

Trata-se de um direito fundamental no sentido de que, sem ele, a pessoa humana não se realiza plenamente, ou seja, não consegue desfrutá-lo sadiamente, para se utilizar a terminologia empregada pela letra da Constituição. No sentido empregado pelo artigo 225, *caput*, do texto constitucional, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um *prius* lógico do direito à vida, sem o qual esta não se desenvolve sadiamente em nenhum dos seus desdobramentos. É dizer, o bem jurídico vida depende, para a sua integridade, entre outros fatores, da proteção do meio ambiente com todos os seus consectários, sendo dever do Poder Público e da coletividade defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.⁴

Os direitos fundamentais são prerrogativas imprescindíveis para que cada cidadão possa exercer com plenitude o direito à vida. Assim, sob a denominação “fundamentais” encontra-se:

a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; são direitos fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.⁵

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é, portanto, um direito inegavelmente ligado à vida, eis que, dentre suas nuances, permite à sadia qualidade de vida.

Em síntese, o respeito ao direito do meio ambiente equilibrado implica, necessariamente, na defesa do direito à vida, que é o mais básico dos direitos fundamentais, nele se inserindo por visar

² PORFIRIO JÚNIOR, **Nelson de Freitas. Responsabilidade do Estado em face do dano ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 33

³ FREITAS, Gilberto Passos de. **Ilícito penal ambiental e reparação do dano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 111.

⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Direito Internacional do meio ambiente*. In **Revista Amazônia Legal de estudos sócio-jurídico-ambientais**. Ano 1, n. 1, pp. 169-196. Cuiabá: Universidade Federal de Mato Grosso, 2007, p. 182.

⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 176/177.

diretamente à qualidade de vida (artigo 225, caput, da CF/88) como meio de atingir a finalidade de preservação e proteção à existência, em qualquer forma que esta se manifeste, bem como condições dignas de existência à presente e às futuras gerações.⁶

Além de um direito fundamental em nosso ordenamento jurídico, o meio ambiente é também um dever do Estado e dos particulares (sejam pessoas físicas ou jurídicas) quanto a sua integral proteção, tendo em vista que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não admite retrocesso ecológico, ou seja, é uma garantia contra medidas do legislador e do administrador que venham a flexibilizar a atual proteção ambiental, colocando-a em um nível menor do que o atual. Resguarda-se, portanto, um núcleo de proteção mínima.

Por outro lado, o meio ambiente encontra-se também inserido na terceira geração dos direitos do homem (representativo dos direitos de solidariedade e fraternidade, que buscam, entre outros elementos, a preservação da qualidade de vida, permitindo o progresso sem prejuízo da paz, da determinação dos povos e da tutela do meio ambiente). Torna-se, assim, um direito difuso (artigo 225, *caput*, da Constituição Federal, combinado com o artigo 81, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor).

1.1. Mínimo existencial – O meio ambiente como elemento do núcleo do mínimo existencial, em razão da dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana

Diante de tais considerações, percebe-se que um bem jurídico de tamanha importância não poderia ficar longe da proteção do Direito, passando a integrar inclusive a expressão “mínimo existencial”, pois funciona como alicerce, base e fundamento para os demais direitos da dignidade da pessoa humana.

A expressão “mínimo existencial” surgiu na Alemanha numa decisão do Tribunal Federal Administrativo, em 1953. A partir da objeção de um cidadão alemão diante da falta de vagas no ensino superior, este Tribunal reconheceu para um indivíduo carente o direito subjetivo a

auxílio material por parte do Estado, argumentando, igualmente com base no postulado da dignidade da pessoa humana, direito geral de liberdade e direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência.⁷

Posteriormente, quase duas décadas após a decisão do Tribunal Federal Administrativo, a expressão também foi adotada pelo Tribunal Constitucional Federal, do mesmo país citado, ao reconhecer na condição de direito fundamental à garantia de condições mínimas para uma vida digna.

Essa decisão do Tribunal Constitucional Federal afirma que o Estado deve fornecer condições mínimas para uma vida com dignidade, sendo certo que tal proteção deve perdurar enquanto houver necessidade de ajuda social estatal.

(...) a assistência social aos necessitados faz parte dos deveres mais evidentes de um Estado social. Isto inclui necessariamente a ajuda

⁶ HARB, Karina Houat. *Direitos humanos e meio ambiente*. In **Revista da Associação dos Pós-graduandos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**. Ano III, n. 16. São Paulo: PUC/SP, 1998, p. 78.

⁷ SARLET, Ingo. *Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado*. In **Revista de Direito do Consumidor**. Ano 16, n. 61, pp. 90-125. São Paulo: RT, 2007, p. 100.

social ao cidadão que, em razão de deficiência física ou mental, tem seu desenvolvimento pessoal e social impedido, sendo incapaz de prover seu próprio sustento. A sociedade estatal deve, em todo caso, garantir-lhe as condições mínimas para uma existência humanamente digna, e deve, além disso, esforçar-se para, na medida do possível, incluí-lo na sociedade, estimular seu adequado tratamento pela família ou por terceiro, bem como criar as necessárias instituições de cuidado. Esse dever geral de proteção não pode, naturalmente, terminar em razão de um determinado limite de idade. Ele deve, pelo contrário, corresponder à respectiva necessidade existente de amparo social. Todavia, existem múltiplas possibilidades de se realizar a proteção devida. Encontra-se principalmente na liberdade de conformação do legislador determinar o caminho que se lhe apresenta como o adequado para tanto, especialmente escolhendo entre as diferentes formas de ajuda financeira para o sustento e tratamento de deficientes e conseqüentemente predefinindo [concretamente] os titulares a tais pretensões. Da mesma forma, ele tem que decidir, desde que não se trate dos caracterizados pressupostos mínimos, em qual extensão pode e deve ser garantida ajuda social, considerando-se os recursos disponíveis e outras tarefas estatais de mesma importância.⁸

Neste sentido, o mínimo existencial pode ser conceituado como sendo o conjunto de bens e utilidades indispensáveis para uma vida humana digna. Pode ser traduzido, portanto, no mínimo sem o qual o ser humano não terá sua dignidade respeitada.

O 'mínimo existencial' consiste em um grupo menor e mais preciso de direitos sociais formado pelos bens e utilidades básicas imprescindíveis a uma vida humana digna. Na formulação e execução das políticas públicas, o 'mínimo existencial' deve nortear o estabelecimento das metas prioritárias do orçamento. Somente após serem disponibilizados os recursos necessários a sua promoção é que se deve discutir, em relação ao remanescente, quais serão as demandas a merecer atendimento.⁹

Esta teoria foi implementada no Brasil, através de reformas políticas e estruturais, tendo em vista que os direitos sociais têm um custo especialmente oneroso para a sua aplicação, pois são direitos universais.

É inegável a estreita relação entre as circunstâncias econômico-financeiras e a efetividade dos direitos fundamentais sociais. Considerando a finalidade de atenuar as desigualdades fáticas existentes na sociedade, sua implementação impõe prestações materiais por parte do Estado, sujeitando-se às condições econômicas e financeiras vigentes.¹⁰

Cria-se, assim, um paradoxo entre consagração formal e efetividade material, porque quanto mais são consagrados formalmente, maior é o risco de que não tenham

⁸ Retirado do site: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2241/31.pdf>>. Acesso em: 31.10.2017, p. 3.

⁹ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 375/376.

¹⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. In MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO Paulo Gustavo Gonet (coords). **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 146.

efetividade; de que não se consiga implementar estes direitos para todos devido ao alto custo.

A onerosidade da implantação dos direitos sociais acaba por condicionar o seu processo de concretização às possibilidades financeiras e orçamentárias do Estado, já que alguns consistem em prestações pecuniárias, enquanto outros implicam em despesas de diversos tipos (e.g. saúde e educação).¹¹

Dito isso, há, claramente, a necessidade de se destacar alguns direitos básicos, pois a partir do momento em que se estabelece um subgrupo menor e mais preciso de direitos, cria-se a possibilidade de se conferir maior efetividade a este grupo selecionado.

Entretanto, há divergência em nossa doutrina pátria sobre os direitos que compõem o núcleo do mínimo existencial. A maioria de nossos doutrinadores adota a visão da professora Ana Paula de Barcellos sobre o tema¹².

Segundo a professora, o núcleo é formado por quatro grandes direitos sociais. Primeiramente, o direito a educação, como aquele previsto no artigo 208, inciso I, da Constituição Federal, inserido pela Emenda Constitucional n. 59, de 2009. Trata-se da educação básica (dos 4 aos 17 anos), assegurando a oferta gratuita para todos os que não tiveram acesso na idade própria. Tal direito não depende da idade para ser concedido, já que confere um direito subjetivo ao cidadão. Logo, a educação básica deve ser obrigatória e gratuita a todos.

Em segundo lugar, o direito a saúde. Trata-se do direito componente do mínimo existencial mais polêmico, pois deve ser auferido em cada caso em concreto, tendo em vista, muitas vezes, abordar a própria vida da pessoa.

O direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) "direito de todos" e (2) "dever do Estado", (3) garantido mediante "políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos", (5) regido pelo princípio do "acesso universal e igualitário" (6) "às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação". (...) Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito à saúde, por outro as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias. (...) Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração,

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 130.

¹² BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 245/246. Neste sentido, ver também: TORRES, Ricardo Lobo. *A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial*. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1/2; TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. São Paulo: Renovar, 2009; FLORENZANO, Vicenzo Demetrio. *Justiça social, mínimo social e salário mínimo: uma abordagem transdisciplinar*. In **Revista de Informação Legislativa**. Ano 42, nº. 165. Brasília: 2005, p. 47; SARLET, Ingo. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 22.

decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. (STF, Suspensão de Tutela Antecipada - STA n. 178).

O mínimo engloba, ainda, a assistência aos desamparados, que possui quatro grandes subitens: 1) alimentação; 2) vestuário; 3) abrigo (trata-se de um local para descansar, recolher-se durante a noite, fazer higiene pessoal etc); 4) salário social (conforme benefício de um salário mínimo, previsto na Lei Orgânica de Assistência Social – conhecida como LOAS. Entretanto, para se ter direito a auferi-lo, é necessário comprovação de renda *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo nacional).

Por fim, o último direito é o acesso à justiça, por se tratar de instrumento indispensável para assegurar os demais direitos sociais, caso o Estado não o faça espontaneamente.

Percebe-se, portanto que, tendo em vista que não há previsão expressa na Constituição Federal de 1988 sobre o tema em si, o mínimo existencial é extraído do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, contido no artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988.

A dignidade é um atributo que todo ser humano possui; uma condição que permite o mínimo necessário para o adequado desenvolvimento do indivíduo e de sua personalidade. É uma qualidade intrínseca de cada ser humano, que o protege contra quaisquer atos desumanos ou degradantes, impondo respeito e consideração tanto por parte do Estado, quanto dos particulares.

Ademais, a dignidade da pessoa humana é, ainda, um núcleo em torno do qual gravitam todos os demais direitos fundamentais, incluindo-se os direitos componentes do núcleo do mínimo existencial, bem como (e principalmente) o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Sobre a dignidade da pessoa humana pode-se afirmar que, no sentido em que é compreendida contemporaneamente como princípio fundamental de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as regras jurídicas, não foi constituída como valor fundamental desde os primórdios da história. Ao contrário, a sua validade e eficácia, como norma que foi elevada acima das demais regras e princípios, derivam da necessidade própria da sua integração e sua proteção nos sistemas normativos. É de se salientar que a dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental, é um valor que foi edificado ao longo da evolução histórica da humanidade.¹³

Dessa forma, atualmente, pode ser atribuída a dignidade da pessoa humana uma dimensão ecológica, tendo em vista a qualidade ambiental em que a vida humana se desenvolve, pois a dignidade da pessoa humana deve ter seu conceito construído historicamente, *“tendo seu conteúdo modelado e ampliado constantemente à luz de novos valores culturais e necessidades existenciais do ser humano que demarcam cada avanço civilizatório”*¹⁴.

¹³ LACERDA, Dennis Otte. **Direitos da personalidade na contemporaneidade – a repactuação semântica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2010, p. 90/91.

¹⁴ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 33.

Tal dimensão visa ampliar o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana para incluir os direitos de solidariedade, característicos de terceira dimensão, como o padrão de qualidade e segurança ambiental, garantindo o uso dos bens naturais em níveis que permitam que o homem se perpetue, bem como as espécies, sem que se alcance a exaustão destes bens.

Isso ocorre, vez que sem o meio ambiente não há o que se falar em saúde, educação, alimentação, assistência, lazer, entre outros itens indispensáveis e caracterizadores da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que o equilíbrio ambiental propicia o bem estar individual e coletivo.

A vida e a saúde humanas (ou como refere o caput do artigo 225 da Constituição Federal, conjugando tais valores, a sadia qualidade de vida) só são possíveis, dentro dos padrões mínimos exigidos constitucionalmente para o desenvolvimento pleno da existência humana, num ambiente natural onde haja qualidade ambiental da água que se bebe, dos alimentos que se comem, do solo onde se planta, do ar que se respira, da paisagem que se vê, do patrimônio histórico e cultural que se contempla, do som que se escuta, entre outras manifestações da dimensão ambiental¹⁵.

Neste sentido, é oportuno citar o artigo 2º, da Política Nacional do Meio Ambiente que inclui entre seus objetivos a *“preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana”*.

Sem meio ambiente equilibrado não há dignidade. O que leva a conclusão de que é necessário que haja um mínimo existencial ecológico, que garanta qualidade de vida e propicia ao alcance dos direitos (clássicos) componentes do mínimo existencial, formadores dos demais direitos da personalidade.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS: CONTROLE, RESERVA DO POSSÍVEL E ATIVISMO JUDICIAL

Diante da necessidade e importância do meio ambiente ecologicamente equilibrado, a população tem direito a obter por parte do Poder Público a implementação e efetivação de políticas públicas voltadas a melhoria, preservação e concretização do meio ambiente saudável.

As políticas públicas consistem em instrumentos estatais de intervenção na economia e na vida privada, consoante limitações e imposições previstas na própria Constituição, visando assegurar as medidas necessárias para a consecução de seus objetivos, o que demanda uma combinação de vontade política e conhecimento técnico.¹⁶

Pautadas na Constituição Federal de 1988, as políticas públicas viabilizam direitos básicos da população, na medida em que buscam melhorias na condição de vida dos cidadãos, quer no aspecto da saúde, educação, assistência aos desamparados e, principalmente, no que se refere a obtenção de um meio ambiente sadio.

¹⁵ FENSTERSEIFER, Tiago. Ibid, p. 61.

¹⁶ ÁPPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 143/144.

As políticas públicas podem ser conceituadas, portanto, como instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidade aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos.¹⁷

A competência originária para a formulação de tais políticas públicas ambientais é do Poder Legislativo, que deve sistematizar as diretrizes a serem cumpridas pelo Poder Executivo, que detém a competência para a execução e implementação.

Entretanto, a população enfrenta por diversas vezes uma “barreira” chamada “reserva do possível”, alegada pela Poder Público, para postergar ou, até mesmo, não realizar determinadas políticas públicas.

O princípio da reserva do possível, construído pela jurisprudência alemã, e prescreve que o cidadão somente poderia exigir prestações positivas por parte do Estado que estivessem dentro dos limites do razoável.

Dessa forma, a pretensão do cidadão deve estar inserida dentro do “financeiramente razoável” para que possa ser atendida pelo Estado.

(...) A prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.¹⁸

Entretanto, tal teoria não pode ser aplicada como óbice a concretização de direitos fundamentais, principalmente, no que se refere aos direitos compreendidos como integrantes do mínimo existencial, que são, via de regra, efetivados mediante a concessão de prestações materiais e positivas por meio do Estado, principalmente através de políticas públicas.

A limitação orçamentária do Estado não pode conferir efetivação a quem do desejável a direitos imprescindíveis para uma vida digna, direitos estes que possuem um caráter de fundamentalidade que os inclui, não apenas entre os direitos fundamentais dispostos na Constituição, mas também no seletivo grupo de direito que compõe do mínimo existencial.

A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto do nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana (...). A noção de ‘mínimo existencial’, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras

¹⁷ ÁPPIO, Eduardo. *Ibid*, p. 143/144.

¹⁸ SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 265.

da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (artigo XXV) (ARE 639.337-AgR. Relator: Ministro Celso de Mello, j. 23.08.2011. 2ª Turma. DJE de 15.09.2011).

A finalidade de atendimento às necessidades vitais básicas revela a íntima relação entre os direitos que compõe o mínimo existencial (dentre eles, o meio ambiente ecologicamente equilibrado) e o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual impõe o dever (por parte do Estado) de promoção e proteção de tais direitos para viabilizar uma existência digna, o que impede a argumentação da Teoria da Reserva do Possível.

Nesta seara, insere-se uma terceira questão, que surge em meados do século XX, por meio do Poder Judiciário: o ativismo judicial, que representa a opção por um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, ampliando seu sentido e alcance, concedendo-a efetividade, que tem em situações de estreitamento das ações do Poder Legislativo, nas quais se verifica um distanciamento entre a classe política e as necessidades da sociedade, o que obsta o atendimento efetivo das demandas sociais.

Significa, portanto, uma postura ativa por parte do Poder Judiciário, que amplia a Constituição para situações não contempladas expressamente por ela; pode também declarar inconstitucionalidade com fundamento em critérios menos rígidos; além de impor condutas ou abstenções ao Poder Público, sobretudo em matéria de políticas públicas.

Entretanto, em princípio, não caberia ao Poder Judiciário interferir em tais situações, em respeito ao princípio da separação de poderes, uma vez que compete ao Poder Legislativo, por meio de elaboração de políticas públicas, a decisão pela implementação de direitos humanos, enquanto ao Poder Executivo cumpre executar tais políticas, observando-se critérios de conveniência e oportunidade.

Entretanto, com fundamento na garantia de um mínimo existencial (com a consecução de direitos humanos fundamentais indisponíveis, como é o caso do meio ambiente ecologicamente equilibrado), é possível ao Poder Judiciário atuar no sentido de adjudicar prestações relacionadas a esse núcleo essencial, mesmo diante do princípio da separação de poderes, uma vez que esses direitos superam o conflito em uma relação de ponderação¹⁹, justamente com a intenção de não permitir condutas omissivas por parte do Poder Público que gerem lesões a direitos humanos.

Neste sentido, o artigo 225, *caput*, a Constituição Federal de 1988 impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, por meio de políticas públicas voltadas aos objetivos previstos, de modo exemplificativo, no parágrafo 1º, do mesmo artigo.

Artigo 225, § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

¹⁹ VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho. *O Poder Judiciário e os Direitos Humanos: um panorama sobre a discussão relativa a justiciabilidade desses direitos*. In AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 91/92.

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

O Poder Público (ainda que por meio do Poder Judiciário), no atendimento do dever que foi lhe atribuído pela Constituição de 1988, deve conceber as políticas públicas previstas no artigo 225, § 1º. É certo que a inobservância de tais preceitos ou a sua execução inadequada se sujeita ao legítimo controle pelo Poder Judiciário, uma vez que, como exposto, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, em razão da dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana, compõe o mínimo existencial.

O Poder Judiciário, como um dos Poderes do Estado, possuiu a função proeminente de fazer valer este comando constitucional e também o dever fundamental de fomentar a defesa e a proteção do meio ambiente. Só assim estará dando vida e sentido autêntico a exemplar política ambiental idealizada pelo legislador constituinte. Essa função promocional do direito criado para o caso concreto decorre do conteúdo pedagógico contido nas decisões do Poder Judiciário que deve promover uma nova cultura ecológica conservacionista, estimulando comportamentos e ações concretas em prol de um meio ambiente saudável.²⁰

CONCLUSÃO

A consecução do meio ambiente ecologicamente equilibrado requer atitudes concretas e efetivas tanto por parte da sociedade, quanto por parte do público, nos termos exatos do artigo 225, caput da Constituição Federal de 1988, que impõe a defesa e proteção deste direito indisponível as duas esferas indistintamente. Quanto aos entes públicos, há diversos deveres específicos a serem realizados, visando a implementação e

²⁰ BODNAR, Zenildo. *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas Ambientais: um desafio qualificado para o Poder Judiciário*. In **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. São Paulo: Conpedi, 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2791.pdf>. Acesso em: 31.10.2017.

efetividade deste direito, como é o caso das políticas públicas voltadas aos objetivos descritas no parágrafo 1º, do mesmo artigo 225, da Constituição.

Isso ocorre porque, o direito ao meio ambiente é a base para que o cidadão tenha acesso a tantos outros direitos fundamentais, como é o caso da saúde, da educação, da assistência aos desamparados (consistente em vestuário, alimentação, abrigo e salário social, conforme descrito neste trabalho), e até mesmo, do acesso a justiça, que são elementos integrantes do mínimo existencial. Dessa forma, diante dessa realidade, bem com diante do fato inegável de que é um direito humano e fundamental indisponível (conforme preceituado em diversos documentos internacionais e nacionais), o meio ambiente passa a fazer também parte do núcleo do mínimo existencial.

Assim, ao Poder Judiciário, enquanto guardião dos direitos fundamentais da coletividade cabe fazer valer a afirmação de valores e princípios constitucionais, mediante a inércia dos demais poderes públicos, fomentando comportamentos ambientais adequados por meio de políticas públicas neste sentido, visando à afirmação da dignidade da pessoa humana (inclusive no seu viés ecológico), transformando o desenvolvimento humano e consolidando uma justiça mais socioambientalista e sustentável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁPPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.
- BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BODNAR, Zenildo. *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas Ambientais: um desafio qualificado para o Poder Judiciário*. In **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. São Paulo: Conpedi, 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2791.pdf>. Acesso em: 31.10.2017.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. In MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO Paulo Gustavo Gonet (coords.). **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- FLORENZANO, Vincenzo Demetrio. Justiça social, mínimo social e salário mínimo: uma abordagem transdisciplinar. In **Revista de Informação Legislativa**. Ano 42, nº. 165. Brasília: 2005.
- FREITAS, Gilberto Passos de. **Ilícito penal ambiental e reparação do dano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- HARB, Karina Houat. *Direitos humanos e meio ambiente*. In **Revista da Associação dos Pós-graduandos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**. Ano III, n. 16. São Paulo: PUC/SP, 1998.
- LACERDA, Dennis Otte. **Direitos da personalidade na contemporaneidade – a repactuação semântica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2010.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Direito Internacional do meio ambiente*. **Revista Amazônia Legal de estudos sócio-jurídico-ambientais**. Ano 1, n. 1, pp. 169-196. Cuiabá: Universidade Federal de Mato Grosso, 2007.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2008.
- PORFIRIO JÚNIOR, Nelson de Freitas. **Responsabilidade do Estado em face do dano ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado*. In **Revista de Direito do Consumidor**. Ano 16, n. 61, pp. 90-125. São Paulo: RT, 2007.

SARLET, Ingo. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1997.

TORRES, Ricardo Lobo. *A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial*. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. São Paulo: Renovar, 2009.

VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho. *O Poder Judiciário e os Direitos Humanos: um panorama sobre a discussão relativa a justiciabilidade desses direitos*. In AMARAL JÚNIOR, Alberto do e JUBILUT, Liliana Lyra (Org.). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

Site consultado:

<<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2241/31.pdf>>. Acesso em: 31.10.2017.

Abuso do Direito como parâmetro no exercício do direito de arrependimento. Um estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro.

João Pedro Leite Barros¹
Universidade de Lisboa

1. INTRODUÇÃO

O direito de arrependimento² (legítimo, potestativo³, irrenunciável⁴ e indisponível) surgiu para responder essencialmente aos problemas colocados pelo descompasso do regime geral da invalidade dos vícios da vontade, especialmente da coação e erro.

Mais que isso: foi elaborado para permitir que o consumidor tomasse uma decisão pensada sobre o contrato, como contraponto à utilização de técnicas de contratação agressivas por parte do fornecedor; corrigir as assimetrias de informação resultantes da distância face ao bem ou serviço e ao profissional e, por fim, para proteger os demais concorrentes e o próprio mercado⁵.

Em termos conceituais, o direito de arrependimento é definido como todas as hipóteses em que a lei concede ao consumidor a faculdade de, em prazo determinado e sem contrapartida (inindenizável⁶), se desvincular de um contrato por meio de declaração unilateral e desmotivada⁷.

A possibilidade de o consumidor desistir livremente de um negócio constitui

¹ Doutorando e Mestrando em Ciências Jurídicas (Direito Civil) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. É Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Público – IDP - Brasília. É Especialista em Ciências Jurídicas (Direito Civil) pela Universidade de Lisboa. É Especialista em Direito do Consumo pela Universidade de Lisboa. É Especialista em Direito de Arbitragem pela Universidade de Lisboa. Advogado.

² Alusão histórica feita em CARVALHO, Jorge Morais. **Manual de Direito de Consumo**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 119.

³ Convergem com referido entendimento TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 380; CARVALHO. **Manual de Direito de Consumo**, p. 120-121.

⁴ Vide artigo 11º, n.7 e 29º do Decreto-lei n. 24/2014. No Brasil, segue o mesmo entendimento o Professor Carlos Roberto Gonçalves. Cfra.: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁵ Cfra.: CARVALHO, Jorge Morais. **Manual de Direito de Consumo**. Coimbra: Almedina, 2017. p. 159 e ss.

⁶ Não cabe nenhuma punição ao consumidor. Vide artigo 11º, n. 7 do Decreto-lei n. 24/2014.

⁷ Mesmo que o bem lhe agrade, o consumidor pode resolver o contrato se concluir que determinada cláusula é desajustada de seu interesse. Cfra.: MARTINEZ, Pedro Romano. **Da Cessação do Contrato**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 270.

o mais forte apelo⁸ à sua concretização, vez que eleva a confiança dos consumidores a outro patamar de proteção.

Contudo, apesar de ser demasiadamente protetiva, a tutela do consumidor pode esbarrar em situações concretas que, ao fim e ao cabo, podem prejudicar em muito o equilíbrio contratual.

Assim, o presente artigo visa demonstrar como a figura do abuso do direito pode ser utilizada para coibir eventuais excessos do consumidor e do fornecedor quando do exercício do direito de arrependimento.

2. ABUSO DO DIREITO E A SUA IMPORTÂNCIA NO DIREITO DE ARREPENDIMENTO PORTUGUÊS

De partida, são nulas⁹ as cláusulas contratuais gerais que imponham ao consumidor uma penalização pelo exercício do direito de livre resolução ou estabeleçam a renúncia ou afastamento do mesmo.

Contudo, o artigo 17º do Decreto-lei 24/2014 elenca uma extensa lista de exceções ao direito de arrependimento, dentre eles: a) fornecimento de bens que, por natureza, não possam ser reenviados ou sejam suscetíveis de se deteriorarem ou de ficarem rapidamente fora de prazo; b) fornecimento de conteúdos digitais não fornecidos em suporte material; c) bens personalizados; d) bens selados que não possam ser devolvidos quando abertos (ex: conteúdo digital).

Assim, a figura do abuso do direito é ainda mais importante quando notamos que o rol das hipóteses de restrições ao direito de arrependimento é meramente exemplificativo e não taxativo, dando maior relevo à teoria do abuso do direito para regular os fatos novos não delineados pela norma.

Citemos dois exemplos. Imaginemos no primeiro caso o consumidor que, na dúvida de escolher qual cor de um frigorífico, realize uma compra através da internet de 40 unidades (cada uma diferente da outra), e, dentro do prazo legal, acione o seu direito de arrependimento das 39 unidades que não apreciou.

No segundo exemplo, suponhamos alguns consumidores que, descontentes com o serviço prestado de uma determinada empresa, se juntam e adquiram também através da internet inúmeros bens em sequência dessa empresa, e, logo depois, acionem o direito de arrependimento e devolva todos.

Note que, em ambos os casos, existe um custo envolvido para empresa, desde a logística para entrega e recolhimento dos bens, mão de obra empregada, dentre outros.

Assim, situações como essa devem ser subsumidas ao instituto do abuso do direito. O artigo 334 estabelece que "é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito", entendendo-se que a

⁸ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Direito do consumo**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 109.

⁹ Cfra. artigo 11º, n.7, 29, ambos do Decreto-lei n. 24/2014; artigo 25º da Directiva 2001/83.

desproporcionalidade entre a vantagem do titular e a desvantagem de outrem pode caber no âmbito deste preceito, desde que se encontrem verificados os demais pressupostos.

Aliás, o exercício disfuncional de posições jurídicas é consubstanciado como uma conduta humana, omissiva ou comissiva, que está em conformidade com o sistema formal, mas em desconformidade com o próprio sistema, ferindo a igualdade e a materialidade subjacente.

O fundamento para tanto é extraído da lapidar lição de Menezes Cordeiro quando aduz que o exercício inadmissível de posições jurídicas pode ocorrer em situações irreduzíveis a direitos subjetivos no sentido estrito: poderes, faculdade, direitos potestativos e outras realidades que, contrariando a boa-fé, tornam-se linguagem ilegítima do Código Civil. Isto é: não tem de haver necessariamente qualquer direito subjetivo; trata-se simplesmente do exercício de posições jurídicas¹⁰.

Nesse contexto, como determinar quando os limites da boa-fé foram ou não excedidos? Pires de Lima e Antunes Varela¹¹ defendem que para averiguação do excesso dos limites da boa-fé e dos bons costumes, há que se atender, de modo especial, às concepções ético-jurídicas dominantes na coletividade.

Assim não seria razoável um consumidor adquirir 40 unidades de um determinado produto para escolher qual cor preferida; nem tampouco o caso de vários consumidores propositadamente buscarem “prejudicar” determinada empresa ao adquirir vários produtos sem a real intenção de possuí-los, exercendo logo depois o direito de arrependimento.

Por outro lado, situação diametralmente oposta é o caso do fornecedor, sabendo que deve prestar as informações ao consumidor sobre o direito de arrependimento, o faça de forma embaralhada, causando prejuízos ao consumidor.

Muitas vezes a densidade informativa é frequente e de tal ordem que mesmo o consumidor atento e perspicaz não consegue prestar atenção, sob pena de não se atinar às informações elementares.

Nesse sentido, o Professor Menezes Cordeiro entende que o direito à não informação ou direito da legítima ignorância do consumidor¹² é uma ferramenta hábil

¹⁰ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil V**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 374.

¹¹ VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 299.

¹² *Mutatis mutandis*, o Professor Menezes Cordeiro, ao abordar o contrato bancário, esclarece que o excesso de informação é contraproducente para o consumidor, especialmente para o leigo. Contudo, para o meio eletrónico, é fundamental ter as informações básicas contratuais, sob pena de infração legal do fornecedor. Para mais, cfr. entendimento de CORDEIRO, António Menezes. **Direito Bancário**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 409. Vide também CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil IX: direito das obrigações**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 616 e 617.

no comércio privado¹³. Complementa o Professor que em contratos de seguro¹⁴, por exemplo, não há obrigatoriedade de o tomador acolher a informação que lhe seja disponibilizada. Ou seja, se pretender, ele pode assimilar as informações ali transmitidas.

Contudo, entendemos que o comércio eletrônico deve ser visto sob perspectiva distinta. O consumidor deve, compulsoriamente¹⁵ (não por questão volitiva) ter acesso às informações elementares (uma espécie de contrato sinótico¹⁶ contendo objeto do contrato, preço, informações sobre o direito de arrependimento, dentre outras). Caso o consumidor deseje, há de existir a possibilidade para aceder as informações detalhadas¹⁷ instantaneamente em um ícone de fácil visualização, podendo dispô-las quando entender.

Assim, em contratos virtuais com o consumidor, o direito à legítima ignorância do consumidor estaria resguardado somente para as informações menos relevantes para o contrato. Contudo, isso não significa que o fornecedor deve trazer informações a menor, ao revés, deve trazer as opções legítimas para o consumidor, de forma sintética e ao mesmo tempo extensa, uma vez que o consumidor almeja a qualidade informativa e a legítima compreensão do objeto a ser contratado.

3. ABUSO DO DIREITO E A SUA IMPORTÂNCIA NO DIREITO DE ARREPENDIMENTO BRASILEIRO

Apesar da construção doutrinária¹⁸, o artigo 49º do Código de Defesa do Consumidor brasileiro não trouxe qualquer limitação ao exercício do direito de arrependimento.

Diante da ausência legal de restrições ao exercício do direito de arrependimento no Brasil, seja no Código de Defesa do Consumidor ou em leis

¹³ CORDEIRO, António Menezes. O direito à não informação, **Estudos de Direito do Consumidor. Centro de Direito do Consumo**. n. 9, 2015. p. 50.

¹⁴ CORDEIRO, António Menezes. **Direito dos Seguros**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 616.

¹⁵ Note que no caso de contratação eletrônica, em regra, não há o contato instantâneo entre as partes, tornando-se indispensável a transmissão das informações contratuais básicas para o consumidor, sob risco do adquirente se valer do *venire contra factum proprium*. Em que pese a autonomia das partes seja a regra, acreditamos que a obrigatoriedade no que toca a informações elementares é para o próprio consumidor, especialmente pela natureza *sui generis* desse tipo de contrato. Na prática, evitaria por exemplo, que o consumidor não incorresse no *venire contra factum proprium*, alegando que o fornecedor não cumpriu os deveres de informação sobre o direito de arrependimento.

¹⁶ Cfra. o artigo artigo 4º do Decreto 7.962/2013.

¹⁷ Todas aquelas já elencadas pelo rol do artigo 4º do Decreto-lei n. 24/2014.

¹⁸ A construção doutrinária entende que não deve incidir o direito de arrependimento do consumidor nas seguintes hipóteses: aquisição de produtos perecíveis, bens personalizados sob encomenda, com todas as especificações fornecidas; arquivos digitais de som, imagens e textos; livros eletrônicos e outros. LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 400 e ss. No mesmo sentido: FARIAS; ROSENVALD. **Direito dos Contratos**, p. 100 e ss; DE LUCCA, Newton. **Direito do consumidor: teoria geral da relação de consumo**. 2. ed. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008. p. 455 e ss; ROHRMANN, Carlos Alberto. **Curso de direito virtual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 100 e ss

esparças, a figura do abuso do direito disposta no artigo 187 do Código Civil¹⁹, torna-se a única via²⁰ que poderá limitar condutas ilícitas por parte de alguns consumidores.

Pode-se definir²¹ o abuso do direito como o resultado do excesso de exercício de um direito capaz de causar dano a outrem. Ou, em outras palavras, o abuso do direito se caracteriza pelo uso irregular e desviante do direito²² em seu exercício, por parte do titular.

Sendo assim, o abuso do direito ocorrerá sempre que o exercício de um "direito" ultrapassa a barreira da conduta justa; aplicá-lo ao direito de arrependimento significa frear a prática de condutas eivadas de má-fé que via de regra privilegiam os consumidores.

Vale salientar que a ilicitude do ato, no abuso do direito, está na forma de sua execução, ou seja, em sua prática²³. Como consequência imediata, o abuso do direito gera a responsabilidade civil objetiva do abusador independente do elemento culpa²⁴.

Sob outra perspectiva, a Professora Cláudia Lima Marques²⁵ argumenta que para efetivação desse direito seria de bom alvitre utilizar os ditames do abuso do direito ou da posição contratual do fornecedor, de modo a impedir qualquer exclusão de alguma prerrogativa já reconhecida ao consumidor.

Por fim, a Professora explica que, em sede de comércio eletrônico, o excesso de informação na tela do computador pode acabar por prejudicar o consumidor, sem informá-lo do direito que lhe assiste, no que seria uma forma nova de abuso do direito²⁶.

¹⁹ Sobre o diálogo das fontes e a aplicabilidade da teoria do abuso do direito nas relações consumeristas, cfr.: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Leis Civis Comentadas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 273.

²⁰ A realidade é que essa cláusula geral não é suficiente para conter, em variadas situações, o abuso do direito por parte de alguns consumidores. Note que em Portugal há a menção expressa de exceções ao direito de arrependimento, no artigo 17º do Decreto-lei n. 24/2014.

²¹ Cfr.: NUNES, Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 219 e ss. Sobre o tema, a Professora Maria Helena Diniz é categórica: "(...) Sob a aparência de um ato legal ou fictício, esconde-se a ilicitude, ou melhor, a antijuridicidade sui generis no resultado, por atentado ao princípio da boa-fé e aos bons costumes ou até mesmo por desvio de finalidade socioeconômica para a qual o direito foi estabelecido. Cfr.: DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 211.

²² Estabelecer um fim para o exercício do direito subjetivo implica, necessariamente, em submeter a conduta do indivíduo à avaliação segundo os princípios constitucionais que definem a ordem jurídica brasileira. Cfr.: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p. 146 e ss.

²³ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor - Direito Material e Processual**. 5. ed. São Paulo: Método, 2016. p. 722 e ss. No mesmo sentido: NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 371-372; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 143.

²⁴ Cfr. enunciado n. 37, aprovado na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "Art. 187: a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico".

²⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 594.

²⁶ Cfr. artigo 39º, inciso II do Código de Defesa do Consumidor brasileiro. Cfr. também: MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**:

4. CONCLUSÃO

Ficou patente em ambos os sistemas que o direito de arrependimento imprime à relação contratual eletrônica o necessário equilíbrio entre as partes, de maneira a resguardar os interesses dos consumidores, possibilitando uma manifestação que expresse a vontade racional e isenta de qualquer postura determinista do fornecedor.

Contudo, o direito de arrependimento deve ser exercido nos limites do abuso do direito, sob pena de não satisfazer a sua *ratio legis*.

Em Portugal, o parâmetro é prenunciado pelo próprio ordenamento, já que há menção expressa das hipóteses excepcionadas pelo direito de arrependimento, remanescendo o julgamento das outras situações à luz da compreensão do legislador quando da aplicação do instituto do abuso do direito.

Por sua vez, no Brasil, o instituto do abuso do direito é o único meio que o julgador possui para enquadrar as situações esdrúxulas, vez que não há nenhuma disposição sobre as restrições aplicáveis ao direito de arrependimento.

De toda sorte, restou incontestado que a proteção ao direito do consumidor, por intermédio do direito de arrependimento, apesar de ser parâmetro legislativo entre os dois sistemas, não é ilimitado nem tampouco irrestrito. Ao revés, o instituto do abuso do direito serve como fator de regulação dos excessos cometidos pelo exercício do direito de arrependimento, notadamente do consumidor.

5. REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Direito do consumo**. Coimbra: Almedina, 2005.
- CARVALHO, Jorge Morais. **Manual de Direito de Consumo**. Coimbra: Almedina, 2016.
- CARVALHO, Jorge Morais. **Manual de Direito de Consumo**. Coimbra: Almedina, 2017.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- CORDEIRO, António Menezes. **Direito Bancário**. Coimbra: Almedina, 2014.
- CORDEIRO, António Menezes. **Direito dos Seguros**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016.
- CORDEIRO, António Menezes. O direito à não informação. **Estudos de Direito do Consumidor. Centro de Direito do Consumo**, n. 9, 2015.
- CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil IX: direito das obrigações**. Coimbra: Almedina, 2016.
- CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil V**. Coimbra: Almedina, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 273 e ss.

- LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. (Biblioteca de direito do consumidor, 1).
- MARTINEZ, Pedro Romano. **Da Cessação do Contrato**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2015.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Leis Civis Comentadas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- NUNES, Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Método, 2014.
- TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor - Direito Material e Processual**. 5. ed. São Paulo: Método, 2016.
- VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

A violação de direitos imateriais no contexto da terceirização trabalhista

Maria Luiza Gazzaneo Cabral¹

Universidade de Lisboa

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, cabe assinalar que esse sucinto estudo debruçar-se-á em torno de uma matéria de relevância internacional para o Direito do Trabalho, no entanto, devido ao exímio tempo para análise, a temática da Terceirização Trabalhista será englobada somente no contexto brasileiro, tendo em vista que a aprovação pelo Congresso Nacional do Projeto de Lei 4.302/98 trouxe à tona um debate adormecido, acerca da possibilidade de terceirização das atividades-fim² das tomadoras de serviço, diferente do que anteriormente era permitido conforme disposição da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a qual admitia a terceirização dos trabalhadores somente no que correspondesse às atividades-meio³ de qualquer empresa.

Na falta de uma lei específica que tratasse do assunto, os contornos do fenômeno da terceirização foram fixados mediante os elementos para a verificação da existência, ou não, de contrato de trabalho, tendo como ponto de partida a rejeição à simples intermediação de mão de obra. Isso porque, segundo a redação da Súmula 331, percebe-se que a legislação brasileira favoreceu a relação empregatícia bilateral clássica, relegando à excepcionalidade, a empresa terceirizante interposta.

Sem dúvidas a necessidade de regulamentar esse tema tão polêmico inspirou-se e bebeu da água da Constituição Federal, nesse caso, especificamente do artigo 170, VIII, segundo o qual a ordem econômica nacional tem como princípio a busca pelo pleno emprego, corroborando a ideia que, do ponto de vista social e legal, a legislação brasileira dá preferência ao padrão bilateral clássico de contratação da força de trabalho, por ser mais apto a garantir nas relações de trabalho verdadeira presença de concepções de cidadania democracia e justiça social.

Ao menos do ponto de vista do enfrentamento político público, a alternativa da descentralização, repartição e fragmentação do processo produtivo tem sido a

¹ Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direitos Fundamentais pela Universidade de Lisboa. Advogada.

² Atividade-fim é aquela que compreende as atividades essenciais e normais para as quais a empresa se constituiu. É o seu objetivo a exploração do seu ramo de atividade expresso em contrato social.

³ Atividades-meio é aquela não relacionada, diretamente, com a atividade-fim empresarial.

tônica do capitalismo nas três últimas décadas. Esse novo modelo da cadeia produtiva, marcado pela acumulação flexível e horizontalidade, inegavelmente tem ameaçado a efetividade do Direito do Trabalho devido aos seus propósitos e suas consequências, indo da busca da redução de custos com a mão de obra, ao enfraquecimento da classe trabalhadora como coletividade organizada para promover transformações sociais ou manter o Direito do Trabalho fiel aos seus postulados sociológicos.

Não seria, portanto, uma mera resistência jurídica à terceirização, trata-se da clássica luta democrático-burguesa pela afirmação dos direitos humanos da classe trabalhadora. Isso porque os esforços compreendidos no sentido de efetivar ou ampliar os direitos do trabalho, sob a órbita da democracia burguesa, são indispensáveis para se evitar uma barbárie social nos momentos de convergência entre o capital e o trabalho.

É por isso que ao disseminar o modelo de emprego flexível e menos protegido para além do minimamente indispensável faz com que a terceirização se configure um veículo de fraude ao regime de proteção social do trabalho. Essa noção de fraude está intimamente ligada à ideia de frustração da finalidade protetiva do Direito do Trabalho, frustrando sua finalidade protetiva e humanizadora da relação de emprego, de esvaziamento do seu potencial desmercantilizador do trabalho humano e, enfim, de sua própria razão histórica, que é a promoção do trabalho regulado e protegido como instrumento de afirmação social e de emancipação coletiva.

A prática da terceirização das empresas de *telemarketing*, por exemplo, enquadra-se perfeitamente à essa noção, pois o pretexto de firmar um contrato interempresarial de prestação de serviço de atividades-fim, objetivando racionalizar recursos e lograr bons resultados econômicos, faz com que a empresa concessionária dos serviços de telecomunicação “expulse” seus empregados do seu círculo de competência central, reduzindo ou praticamente extinguindo seu quadro de emprego, para se beneficiar dessa mão de obra terceirizada em regime de “emprego rarefeito”, por contratação indireta, em culto absoluto ao lucro e em negação total à função social da atividade econômica produtiva.

Com isso, a empresa tomadora se esquivava de sua função social de “empregar” o trabalho humano com máxima proteção, pelo menos em sua atividade essencial. Essa redução da eficácia dos direitos dos trabalhadores terceirizados se dá basicamente por quatro motivos, ensejando três grandes consequências à condição social do trabalhador, as quais serão analisadas a partir de então.

2 A TERCEIRIZAÇÃO COMO Esvaziamento da Eficácia da Função Social do Direito Coletivo à Organização Sindical

Ao excluir os trabalhadores da categoria profissional vinculada à sua atividade econômica, a terceirização de serviços frustra sua organização em torno do sindicato que representa seus reais interesses, minando-lhe a força de coalizão para negociar e conquistar a melhoria em suas condições sociais. Apesar de formalmente passíveis de observância, esses direitos sofrem grave esvaziamento do seu conteúdo, pois, na condição de terceirizados, esses trabalhadores sofrem grave *déficit* representativo

no plano sindical, posto que não alcançam o patamar das garantias conquistadas pelo sindicato vinculado à empresa tomadora dos serviços⁴.

Sobre esse assunto, os juslaboralistas uruguaios Uriarte e Colotuzzo⁵, compartilham a opinião de que a terceirização cria embaraços para a ação coletiva dos trabalhadores, nos moldes do trecho a seguir transcrito:

“Mas também, ao mesmo tempo, a terceirização é usada muitas vezes para prejudicar as condições de trabalho e/ou impedir a ação coletiva dos trabalhadores. Em certas ocasiões, esses efeitos negativos ocorrem mesmo não tendo sido premeditados. Nesse sentido, Barbagelata observa que a gravidade da situação ficou evidente quando, pelo número de casos na violação e privação de emprego, foi criado – em um clima de flexibilidade laboral – uma espécie de impunidade, filha da habituação e da tolerância.”

A terceirização, do ponto de vista concreto de organização e mobilização sindicais, ao diminuir o proletariado fabril pela dispersão geográfica das empresas, reduz a quantidade de trabalhadores centrais para enfrentar o despotismo capitalista, ao mesmo tempo em que conduz milhões de trabalhadores à condição de subproletariado – este último grupo, frise-se, é muito mais desarticulado para responder aos desafios postos pelo sistema de economia de mercado, dotado de notória fragilidade política, inclusive pela precariedade dos contratos de trabalho terceirizados.

Em outros termos, de acordo com o professor Giovanni Alves, além do desemprego estrutural inerente ao modelo de produção da acumulação flexível, a fragmentação da classe operária tem relação direta com a criação do subproletariado fabril, isso porque a atual tendência dos mercados de trabalho é reduzir o número de trabalhadores centrais e empregar cada vez mais força de trabalho que entre facilmente e é demitida sem custo quando a situação econômica torna-se desfavorável⁶.

O problema principal dessa questão das negociações sindicais é que, na regra geral, os trabalhadores terceirizados deixam de ser contemplados pelas cláusulas dos contratos que são aplicadas aos empregados fixos da empresa principal, sendo tratados como “alheios” ao dia a dia das empresas para as quais desenvolvem suas atividades, não recebendo, por exemplo, as vantagens remuneratórias conquistadas pelos seus colegas empregados das empresas tomadoras de serviços.

⁴DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os Limites Constitucionais da Terceirização*. São Paulo: LTr, 2014. p. 60-70.

⁵ COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Terceirização: Máquina de moer gente trabalhadora. A inexorável relação entre a nova marchandage e a degradação laboral, as mortes e as mutilações no trabalho*. São Paulo: LTr, 2014. p. 143 *apud* BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *Decentralización, desregulación y regulación. Derecho Laboral, Motevideo*, n. 225, p. 248-256, 2007.p. 251.

⁶ALVES, Giovanni. *O novo (e precário) mundo do trabalho – reestruturação produtiva e crise do sindicalismo*. São Paulo: Boitempo, 2000. P. 69-70

Pode-se concluir, portanto, que a pulverização dos trabalhadores e a fragmentação sindical causada pela terceirização comprometem substancialmente a organização coletiva dos trabalhadores, sobretudo os subcontratados, reduzindo-os a meros personagens sem força suficiente para enfrentar as políticas patronais permanentes direcionadas ao aumento das taxas de lucro mediante maior sacrifício dos donos do trabalho vivo.

Percebe-se, então, que o mundo dos trabalhadores terceirizados é o da discriminação, e, chegado a esse ponto, passa-se a analisar não somente a segregação sindical sofrida por esses empregados, mas, sobretudo, a salarial.

3 A TERCEIRIZAÇÃO COMO FATOR PREPONDERANTE À REDUÇÃO DO PATAMAR REMUNERATÓRIO, BEM COMO À DESCONTINUIDADE DO VÍNCULO DE EMPREGO

Submetido à lógica concorrencial do contrato interempresarial, o empregado terceirizado tem sofrido a redução em seu patamar remuneratório, bem como o aumento do risco de inadimplemento. Além de reduzir o poder negocial do grupo de trabalhadores para conquistar melhoria salarial, a terceirização ainda reduz o patamar salarial ao padrão ditado pelo mercado de serviços, reduzindo, assim, a eficácia do direito ao salário como um instrumento de promoção das necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, conforme disposto no art. 7º, incisos IV e VI da Constituição Federal⁷. Reduz-se, também, o direito ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço como poupança voltada a satisfazer necessidades futuras (art. 7º, III, da CF⁸); a pontualidade salarial, como imposição decorrente da natureza alimentar do salário (art. 7º, XI, da CF).

No entanto, o mais importante a ser verificado nesse momento é que o processo de terceirização mitiga a garantia da isonomia salarial, ou seja, o trabalhador contratado por uma empresa que desempenha serviços terceirizados à outra, apesar de desempenhar as mesmas atividades que os empregados diretamente contratados pela tomadora de serviço, ou, ainda de outro modo, exerçam atividades que correspondam às funções vitais e inerentes ao objetivo finalístico da empresa principal, recebem remuneração diferenciada. Absurdamente, essa situação não somente é fática, mas também é legal, consoante redação do artigo 461⁹ da CLT.

⁷Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;”

⁸Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:III - fundo de garantia do tempo de serviço(...) XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei (...)XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

⁹ Art. 461 - Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade. (Redação dada pela Lei nº 1.723, de 8.11.1952) § 1º - Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a

Sendo assim, a mera vinculação formal do trabalhador a outra empresa, a prestadora, já inviabiliza a aferição e o gozo da equiparação salarial em relação ao empregado da empresa tomadora que, supostamente, exerça a mesma atividade. Eis aqui, portanto, um abismo que discrimina.

Ademais, o direito a férias remuneradas (art. 7º, XVII, CF) resta relativamente prejudicado em face da alta rotatividade contratual. No mercado de terceirização, é usual a prática da vinculação indireta do trabalhador terceirizado à empresa tomadora, por meio de sucessivas empresas prestadoras de serviço e de sucessivos contratos de curta duração, o que dificulta ou inviabiliza a aquisição de direito às férias anuais remuneradas, prejudicando o gozo de um direito necessário ao descanso físico e psicológico.

Essa alta rotatividade contratual é reflexo da instabilidade concorrencial desencadeada pelos contratos de terceirização, esvaziando o ideal de continuidade dos vínculos de emprego¹⁰ e de integração do trabalhador ao empreendimento principal, capaz de lhe oferecer a estabilidade institucional que lhe é própria. Além disso, a alta rotatividade das relações laborais esvazia o direito de proteção à relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, I, CF)¹¹, pois o objetivo social da norma não reside no pagamento da indenização compensatória, mas desestímulo à ruptura contratual.

Por fim, resta também prejudicado em efetividade do direito ao aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço (art. 7º, XXIV) e o direito à aposentadoria por tempo de contribuição (art. 7º, XXIV), na medida em que o trabalhador terceirizado se sujeita a contratações sucessivas e fragmentadas.

Portanto, conclui-se que as novas (e precárias) relações laborais envolvendo a terceirização, servem cada vez mais para aprofundar a dicotomia existente entre capital e trabalho, tendo impactos diretos na já fragilizada classe trabalhadora. Essa relação se torna mais complexa ainda, sobretudo, com o respaldo do Estado que além de incorporar para si as novas formas de organização do trabalho, laçam mão da flexibilização das leis trabalhistas conseguidas a duras penas pelas lutas dos

mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a 2 (dois) anos. (Redação dada pela Lei nº 1.723, de 8.11.1952) § 2º - Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira, hipótese em que as promoções deverão obedecer aos critérios de antigüidade e merecimento. (Redação dada pela Lei nº 1.723, de 8.11.1952) § 3º - No caso do parágrafo anterior, as promoções deverão ser feitas alternadamente por merecimento e por antigüidade, dentro de cada categoria profissional. (Incluído pela Lei nº 1.723, de 8.11.1952) § 4º - O trabalhador readaptado em nova função por motivo de deficiência física ou mental atestada pelo órgão competente da Previdência Social não servirá de paradigma para fins de equiparação salarial. (Incluído pela Lei nº 5.798, de 31.8.1972)

¹⁰ De acordo com dados do DIEESE, a categoria de teleatendimento observou, em 2011, uma taxa de rotatividade bruta de 63,6% e uma taxa de rotatividade descontada (desconsiderados desligamentos a pedido, transferências de localidade, aposentadorias e falecimentos) da ordem de 41% (DIEESE, *Rotatividade e flexibilidade no mercado de trabalho* – São Paulo: DIEESE, 2011. 128 p).

¹¹ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

trabalhadores nas décadas antecessoras, fragilizando, precarizando, fragmentando e usurpando os direitos dos trabalhadores¹².

Em outro diapasão, tem-se um fator de extrema relevância e demasiadamente problemático: observa-se que na medida em que a empresa tomadora dos serviços repassa a grande maioria de suas atividades a outras empresas, ela pára de exercer o domínio sobre os ambientes em que aloca seus empregados, perdendo o controle essencial à manutenção das medidas necessárias à saúde e à segurança do trabalho. Essa situação contribui para a redução da proteção à incolumidade física e mental dos trabalhadores, desencadeando em diversos problemas tais como o adoecimento de trabalhadores terceirizados, abusos e assédios morais.

O presente estudo passará, então, a abordar essa temática, tendo por objetivo apenas comprovar o quão nefasto é o processo de terceirização às relações sociais, laborais e, porque não, vitais, dos trabalhadores, restringindo-se o próximo tópico a abordar a situação dos operadores de *telemarketing*.

4 A TERCEIRIZAÇÃO COMO FATOR NOCIVO À TUTELA DA INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA DOS OPERADORES DE *TELEMARKETING*.

Embora a tutela da integridade física e psíquica do trabalhador se encontre detalhadamente disciplinada na Consolidação das Leis do Trabalho como obrigação imposta ao empregador no âmbito das relações empregatícias, o assento primeiro de proteção à saúde é a Constituição Federal de 1988.

Primeiramente o artigo 7º da Carta Magna, prevê a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança e o pagamento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade na forma da lei. Também consta no dispositivo constitucional a prescrição dos limites para as jornadas diária, semanal e anual de trabalho, numa clara tutela do direito fundamental à saúde dos trabalhadores.

Depreende-se, portanto, a partir da análise da redação do Texto Constitucional, que os direitos ali enunciados além de dever do Estado, revestem-se de eficácia horizontal, eis que sua observância é imposta para as relações de trabalho *lato sensu* estabelecidas entre particulares¹³.

Não se pode esquecer, todavia, que o bem jurídico da saúde, e em especial da saúde no trabalho, não pode ser dado como assegurado apenas quando se constata uma situação de ausência de doença. A saúde, em verdade, como bem assevera Christophe Dejours, associa-se ao estado de bem-estar que pressupõe o

¹²CUNHA, Yuri Rodrigues da. *Terceirização, reforma do estado e limites do sindicalismo*. Apud *SIMPÓSIO INTERNACIONAL LUTAS SÓCIAIS NA AMÉRICA LATINA*, 5, set. 2013, Londrina. Anais... Londrina: UEL, 2013, p. 172-189. Disponível em : www.uel.br/grupo-pesquisa/gepal/v13_yuri_GIII.pdf. Acesso em: 26 mai. 2015.

¹³DUTRA, Renata Queiroz. *Do outro lado da linha: Poder judiciário, regulação e adoecimento dos trabalhadores em call centers*. São Paulo: LTr, 2014. p. 124-129.

gozo pleno pelo indivíduo dos direitos da personalidade. Ou seja, pressupõe uma condição de trabalho que assegure ao ser humano o valor da dignidade¹⁴.

Por isso que o eixo de preocupação do ordenamento jurídico se desloca para o estabelecimento de limites diários e semanais para a jornada de trabalho, com pausas adequadas, nos termos da legislação específica, além do estabelecimento de férias e de prevenção e inibição de eventuais a preocupações com ergonomia, com equipamentos de proteção individual e, ainda, para que não se despreze a situação de bem estar e saúde mental, com o desenvolvimento das relações de trabalho em um ambiente que contemple a dignidade do sujeito trabalhador.

Todavia, sabe-se, através de noticiários na televisão e jornais, bem como em pesquisas realizadas por institutos de pesquisa, tais como IBGE e o próprio INSS, que um aspecto marcante desse setor é a precarização laboral, cujo resultado tem sido o grande aumento de enfermidades clássicas e outras ainda desconhecidas nos seus processos saúde/doença relacionados ao trabalho¹⁵.

Desse modo, patologias diversas e muitas vezes sem relação aparente podem se manifestar. No caso do setor de telemarketing, uma pesquisa desenvolvida em Salvador, na Bahia, por um grupo de estudiosos formados por um médico, um fisioterapeuta e uma nutricionista, através da observação de trinta operadores portadores de Lesões por Esforço Repetitivo¹⁶, concluíram que os distúrbios psicofisiológicos, as doenças, os acidentes e a morte precoce mantêm elos profundos com modos e condições de trabalho. De acordo com Pena, Cardim e Araújo a superexploração do operador de teleatendimento pode provocar o desenvolvimento, por exemplo de Lesões por Esforço Repetitivo, patologias da voz (laringopatias em geral), disfonias com lesões de cordas vocais; distúrbios psíquicos e manifestações neuróticas diversas, como alterações psicorgânicas relacionadas ao estresse; alterações gastrintestinais diversas, distúrbios miccionais e vesiculares; fadiga psíquica, alterações psicoendócrinas de ciclos menstruais; ergoftalmia; mudança de hábitos alimentares e outros.

Nesse contexto, o estudo dos processos de trabalho e suas respectivas mudanças tecnológicas e organizacionais são essenciais para se entenderem os agravos à saúde dos operadores de *telemarketing* observados na sua integralidade.

Primeiramente, vale salientar que com a introdução de sistemas informáticos em rede, o controle gerencial passou a acoplar câmeras digitais, por exemplo, à estrutura física da empresa, objetivando a vigilância pormenorizada do trabalho dos teleatendentes. Essa espécie de gestão temporal favorece à dinâmica de intensificação do ritmo de trabalho, no qual os operadores são obrigados a realizar

¹⁴DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. Rio de Janeiro. Fundação Getúlio Vargas, 2006.

¹⁵ PENA, Paulo Gilvane Lopes; CARDIM, Adryanna; ARAÚJO, Maria da Purificação N.. **TAYLORISMO CIBERNÉTICO E LESÕES POR ESFORÇOS REPETITIVOS EM OPERADORES DE TELEMARKETING EM SALVADOR-BAHIA**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ccrh/v24nspe1/a10v24nspe1.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2015.p. 130.

¹⁶ A Previdência Social denomina LER também como DORT – Distúrbios Ósteo-Musculares Relacionados ao Trabalho. Essa denominação é restrita à dimensão ortopédica da doença, eliminando-se a problemática neurológica e psíquica relacionadas às LER, além de não propiciar a análise social inerente a tais patologias.

tarefas múltiplas , monótonas e repetitivas para tentar comprimir o tempo de atendimento ao consumidor e aumentar a produtividade¹⁷.

Ademais disso, verifica-se nesse tipo de atividade a exigência de grande responsabilidade, acompanhada da falta de aperfeiçoamento profissional; rigidez postural; estaticidade corporal em uma mesma posição por horas; avaliação de desempenho e monitoramento eletrônico; gravação e escuta de diálogos; incentivos ou premiação por produção; precariedade nas intervenções ergonômicas, com práticas centradas em aspectos secundários do processo e precária higiene dos conjuntos de microfone e fone de ouvido individuais¹⁸.

Nesse diapasão, é por isso que as empresas de *call centers* se configuram estruturalmente por setores, separados em "células" ou "ilhas", sob a responsabilidade de um coordenador ou supervisor de cada ilha, que agrupa em torno de dezesseis a vinte operadores. Cada ilha é dividida em postos de atendimentos individualizados, em que o operador permanece sentado em cadeira ajustável, com computador, telefone, fone de ouvido e microfone em espaço restrito por divisórias de meia parede¹⁹. Essa condição é suficiente para dificultar a comunicação com os operadores vizinhos da ilha ou equipe, mas permite a vigilância geral por meio da visão panorâmica. Nesse posto, o operador mantém-se por seis horas, com um intervalo de vinte minutos para o lanche e saída controlada ao banheiro.

O estímulo à produtividade é onipresente e reflete uma marca da estratégia gerencial que visa à intensificação do trabalho a qualquer custo, para elevar a rentabilidade da empresa. Nessa perspectiva, configura-se o estabelecimento de um conjunto de metas essencialmente quantitativas, fundadas em indicadores de tempo referenciados em segundos.

Em seu estudo acerca do tema, Bonfim²⁰ assevera que em serviços, por exemplo, como atendimento ao 102, é comum o operador atender cerca de 600 a 800 ligações por seis horas de trabalho, considerando que tal atividade correlaciona a digitação em simultaneidade ao uso da voz e dos olhos, bem como a necessidade de cumprir o *script*. O *script* indica não apenas a prescrição de frases, mas a modulação no discurso, ao fomentar o uso de artifícios que simulam emoções na fala,

¹⁷BONFIM, A.S.V. *Entre a voz e ouvido: trabalho emocional e os impactos para a saúde dos trabalhadores do teleatendimento/telemarketing em Salvador*. 2009. 198f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da UFBA. Salvador, 2009.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ PENA, Paulo Gilvane Lopes; CARDIM, Adryanna; ARAËJO, Maria da Purificação N.. **TAYLORISMO CIBERNÉTICO E LESÕES POR ESFORÇOS REPETITIVOS EM OPERADORES DE TELEMARKEETING EM SALVADOR-BAHIA**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ccrh/v24nspe1/a10v24nspe1.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2015.p. 136

²⁰ BONFIM, A.S.V. *Entre a voz e ouvido: trabalho emocional e os impactos para a saúde dos trabalhadores do teleatendimento/telemarketing em Salvador*. 2009. 198f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da UFBA. Salvador, 2009.

como o "sorriso na voz"²¹, ou o estabelecimento de regras, como a proibição do uso de gírias e de desligar o telefone antes do cliente.

Nesse sentido, Goffman, citado pelo estudo do taylorismo cibernético²², observa que o modo de comunicação a distancia favorece a agressividade entre cliente e operador quando há conflitos no processo. Tais condições agravam doenças latentes e geram impactos invisíveis na saúde do trabalhador e do consumidor. O operador de telemarketing sabe quando a fila virtual está grande e procura atender mais rápido para evitar ou reduzir conflitos com clientes fatigados de espera, bem como para cumprir as metas fiscalizadas por seus coordenadores. Por isso, essa tensão acelera o trabalho e, portanto, o ritmo, os movimentos repetitivos e o estresse.

Essa situação de precarização e exploração da força de trabalho dos operadores de telemarketing nada mais é do que o reflexo potencializador do método taylorista, segundo o qual valoriza-se o processo de aptidão através de mecanismos de seleção do mais apto, com exclusão dos inaptos e, sobretudo, do processo de adaptação do ser humano ao trabalho e à técnica, submetendo o trabalhador a ritmos excessivos, cronometrados e nocivos à saúde²³²⁴.

5 CONCLUSÕES

Percebe-se, portanto, que o endurecimento das metas, a rotinização do trabalho, o despotismo dos coordenadores de operação, os baixos salários e a negligência por parte das empresas de *telemarketing* em relação à ergonomia provocam o adoecimento e alimentam o desinteresse pelo trabalho. Com a queda dos resultados, o trabalhador deixa de ser interessante para empresa. Então, porque pouco produtivo ou porque já acometido de alguma espécie de adoecimento, ele é descartado, dando lugar a outro trabalhador que reiniciará o ciclo.

Encerra-se então o enfrentamento desse estudo acerca do papel da terceirização frente à precarização das atividades laborais dos operadores de telemarketing. Comprovando, mais uma vez, que o modelo flexível de produção, evoluído desde os primórdios do capitalismo, é de todo nocivo à condição social,

²¹ GUENA, R.M. *Dando voz ao trabalhador: os significados da disfonia para os operadores de telemarketing*. 2009. 124f. Dissertação (Mestrado Saúde Coletiva) – Programa Pós-Graduação em Saúde Coletiva da UFBA. Salvador, 2009.

²² PENA, Paulo Gilvane Lopes; CARDIM, Adryanna; ARAÚJO, Maria da Purificação N.. **TAYLORISMO CIBERNÉTICO E LESÕES POR ESFORÇOS REPETITIVOS EM OPERADORES DE TELEMARKETING EM SALVADOR-BAHIA**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ccrh/v24nspe1/a10v24nspe1.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2015 *apud* GOFFMAN, E. *Stigmaté: les usages sociaux des handicaps*. Paris: Les Éditions de Minuit. p.175

²³ PENA, Paulo Gilvane Lopes; CARDIM, Adryanna; ARAÚJO, Maria da Purificação N.. **TAYLORISMO CIBERNÉTICO E LESÕES POR ESFORÇOS REPETITIVOS EM OPERADORES DE TELEMARKETING EM SALVADOR-BAHIA**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ccrh/v24nspe1/a10v24nspe1.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2015 *apud* BRAVERMAN, H. *O trabalho e o capital monopolista: a degradação*

²⁴ PENA, Paulo Gilvane Lopes; CARDIM, Adryanna; ARAÚJO, Maria da Purificação N.. **TAYLORISMO CIBERNÉTICO E LESÕES POR ESFORÇOS REPETITIVOS EM OPERADORES DE TELEMARKETING EM SALVADOR-BAHIA**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ccrh/v24nspe1/a10v24nspe1.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2015 *apud* PARAGUAY, A.I.B.B. *Da Organização do trabalho e seus impactos sobre a saúde dos trabalhadores*. In: MENDES, R. *Patologia do trabalho*. São Paulo: Ed. Atheneu, 2005. p.811-823.

econômica e trabalhista de todo e qualquer trabalhador terceirizado pelos inúmeros motivos expostos até então. Vale ressaltar, todavia, que o objetivo primordial desse sucinto trabalho é demonstrar, através de algumas nuances, como a terceirização pode influenciar diretamente na situação trabalhista dos terceirizados, sendo esse modelo de produção um mal à sociedade.

Como foi exposto, outrossim, a terceirização tem aberto portas ao propósito político de diminuir os direitos trabalhistas. Concluiu-se que o modo de produção terceirizado fragmenta trabalhadores e sindicatos, reduz os custos com a mão de obra mediante diminuição dos salários, propicia condições gerais degradantes, além de provocar invisibilidade individual e coletiva da classe trabalhadora. Cuida-se de verdadeira miséria social imposta pelo modelo econômico em vigor.

A terceirização nada mais é do que um instituto que fere os princípios gerais do Direito do Trabalho, tendo-se tal Direito como promotor da defesa do hipossuficiente. Concorde-se que a generalização da terceirização pode gerar o risco da Constituição Federal de 1988 não mais valer aos trabalhadores. Assim, nas palavras de Grijalbo Fernandes Coutinho, tem-se que *"a terceirização é uma doença, uma máquina de moer gente trabalhadora"*.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Giovanni. O novo (e precário) mundo do trabalho – reestruturação produtiva e crise do sindicalismo. São Paulo: Boitempo, 2000.
- _____. Dimensões da precarização do trabalho: ensaios de sociologia do trabalho. Bauru: Canal 6, 2013.
- _____. Trabalho e Subjetividade: o espírito do toyotismo na era do capitalismo manipulatório. São Paulo: Boitempo, 2011.
- AMORIM, Helder Santos. A terceirização no serviço público: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional. São Paulo: LTr, 2009.
- ANDRADE, Flávio Carvalho Monteiro de. (I)licitude da terceirização no Brasil: uma análise na perspectiva da especialização e da dependência do prestador de serviços. São Paulo: LTr, 2012.
- ANTUNES, Ricardo. Os sentidos do trabalho – Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2004.
- _____. Riqueza e Miséria do trabalho no Brasil. São Paulo: Editora Boitempo, 2006.
- ANTUNES, Ricardo; BRAGA, Ruy (org.). Infoproletários. São Paulo: Boitempo, 2009.
- BONFIM, A.S.V. Entre a voz e ouvido: trabalho emocional e os impactos para a saúde dos trabalhadores do teleatendimento/telemarketing em Salvador. 2009. 198f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da UFBA. Salvador, 2009.
- CAVALCANTE JUNIOR, Ophir. A terceirização das relações laborais. São Paulo: LTr, 1996.
- CASTEL, Robert. As metamorfoses da questão social. Rio de Janeiro: Vozes, 1998
- CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de. Terceirização: uma expressão do direito flexível do trabalho na sociedade contemporânea. São Paulo: LTr, 2014.

- CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Terceirização bancária no Brasil: direitos humanos violados pelo Banco Central*. São Paulo: LTr, 2011. 198 p. ISBN 9788536117195.
- CUNHA, Yuri Rodrigues da. *Terceirização, reforma do estado e limites do sindicalismo*.
- DEJOURS, Christophe. *Travail: usure mentale. De la psychopathologie du travail à la psychodynamique du travail*. Paris: Bayard Éditions, 1993.
- DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. Rio de Janeiro. Fundação Getúlio Vargas, 2006.
- DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. São Paulo: LTr, 2014.
- _____. *Terceirização: Paradoxo do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Lr
- _____. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. São Paulo: LTr, 2006
- DELGADO, Gabriela Neves; HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira. *Terceirização no Direito do Trabalho*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- DELGADO, Gabriela Neves; Dutra, Renata Queiroz. *Obrigações constitucionais extrapatrimoniais das empresas prestadoras e tomadoras de serviços nas relações de trabalho terceirizadas*. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, São Paulo: IOB, v. 24, n. 293, (nov. 2013).
- DELGADO, Maurício Godinho. *O poder empregatício*. São Paulo: LTr, 1996.
- _____. *Capitalismo, Trabalho e emprego*. São Paulo: LTr, 2006.
- _____. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- DIEESE, *Rotatividade e flexibilidade no mercado de trabalho* – São Paulo: DIEESE, 2011.
- DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*. São Paulo Boitempo
- DRUCK, Maria da Graça; FRANCO, Tania; SELLINGMANN-SILVA, Edith. *As novas relações de trabalho, o desgaste mental do trabalhador e os transtornos mentais no trabalho precarizado*. Revista Brasileira de Saúde Ocupacional. São Paulo
- DUTRA, Renata Queiroz. *Direitos fundamentais sociais à afirmação da identidade e à proteção da subjetividade no trabalho*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol.78, nº4,
- DUTRA, Renata Queiroz. *Do outro lado da linha: Poder judiciário, regulação e adoecimento dos trabalhadores em call centers*. São Paulo: LTr, 2014.
- GUENA, R.M. *Dando voz ao trabalhador: os significados da disfonia para os operadores de telemarketing*. 2009. 124f. Dissertação (Mestrado Saúde Coletiva) – Programa Pós-Graduação em Saúde Coletiva da UFBA. Salvador, 2009.

- GOFFMAN, E. Stigmaté: les usages sociaux des handicaps. Paris: Les Éditions de Minuit.
- HARVEY, David. A Condição Pós-Moderna. São Paulo: Editora Loyola, 2003.
- MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 10. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.
- MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 13. Ed.
- MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. São Paulo: Malheiros, 1995. 162 p. ISBN 8522428492.
- MARX, Karl, ENGELSS, Friedrich. Obras escolhidas. [online]. Disponível em: <<http://www.marxists.org/português/marx/1850/.htm>>. Acesso em 10 mai. 2015
- MERCANTE, Carolina Vieira BRASIL. Terceirização sem calote: manual de atuação da Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades
- MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira; ROCHA, Ana Marques. As novas perspectivas da terceirização trabalhista no Brasil: análise dos mecanismos jurídico-retificadores sob a ótica da jurisprudência do TST. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, São Paulo, v. 23, n. 266
- PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. Terceirização e reestruturação produtiva. São Paulo: LTr, 2008. 2
- PENA, Paulo Gilvane Lopes; CARDIM, Adryanna; ARAÚJO, Maria da Purificação N.. TAYLORISMO CIBERNÉTICO E LESÕES POR ESFORÇOS REPETITIVOS EM OPERADORES DE TELEMARKEETING EM SALVADOR-BAHIA. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ccrh/v24nspe1/a10v24nspe1.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2015.
- PRUNES, José Luiz Ferreira. Terceirização do trabalho: intermediação de mão-de-obra, trabalho temporário, trabalho em favor de terceiros, empreitadas e subempreitadas, trabalho rural intermediado. Curitiba: Juruá.
- SANTOS, Diogo Palau Flores dos. Terceirização de serviços pela administração pública: estudo da responsabilidade subsidiária. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SANTOS, Ronaldo Lima dos. Fraudes nas relações de trabalho: morfologia e transcendência. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a.7, jun/2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SILVA, Danny Monteiro da. Terceirização na administração pública como instrumento estratégico de gestão. Curitiba: Juruá, 2014.
- VENCO, Selma Borghi; BARRETO, Margarida. O sentido social do suicídio no trabalho. Revista espaço acadêmico, nº 108.

A tortura e o Estado democrático de direito: a dignidade da pessoa humana é um princípio absoluto ou um valor ponderável?

Maria Luiza Gazzaneo Cabral¹

Universidade de Coimbra

1 INTRODUÇÃO

O fim da Guerra Fria trouxe à tona uma nova tendência a favor do alargamento e aprofundamento da segurança humana. O pós 11 de setembro, por sua vez, veio influenciar e transformar completamente a dinâmica securitária internacional. O ataque terrorista às Torres Gêmeas e ao Pentágono deu início, portanto, a um ciclo transformador nos seguimentos político, econômico, estrutural e de segurança dos Estados. Isso porque o pânico social instaurado se perpetuou, atravessou décadas, e continua fortemente presente, ainda hoje, em todos os Estados tidos como possíveis alvos do Estado Islâmico.

Esse tempo fértil de situações conflituosas nos coloca diante de dilemas polêmicos e de difícil resolução. São valores díspares e essenciais que estão envolvidos, em que, à primeira vista, não se pode (ou não se deve) abdicar de um em prol do outro, o que, por fim, leva-nos a um impasse paradoxal e, ao que tudo indica, sem solução. Estar-se a falar do debate existente entre a proibição absoluta da tortura e a necessidade imperiosa de impedir novos atos que põem em causa a vida de muitos inocentes.

A proibição absoluta da tortura, entendimento fortemente consolidado tanto no Direito Internacional², quanto na generalidade dos direitos nacionais³, nasceu como resultado dos sentimentos jurídicos pós-segunda guerra mundial, bem como pós-ditaduras militares, em que o Estado, de forma alguma e para nenhum fim, poderá torturar. Construiu-se, portanto, no que concerne à essa temática, um espesso muro de proteção, um "tabu", um dogma, não somente coberto por uma proibição de ação, mas também por uma proibição de tematização e discussão⁴. No entanto, o debate que ora se acende não concerne à proibição da tortura no que se refere à tortura-pena, por muito tempo praticada como consequência jurídica do

¹ Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direitos Fundamentais pela Universidade de Lisboa. Advogada

² Art. 5º da Declaração Universal dos Direitos do Homem; Art. 3º da convenção Europeia de Direitos Humanos; Art. 5º, n.2, da Convenção Americana de Direitos Humanos; Art. 7º do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos; Art. 2º da Convenção da Organização das Nações Unidas contra a tortura e outras penas e tratamentos cruéis, desumanos e degradantes.

³ V.g. Art. 5º, III, da Constituição Federal Brasileira de 1988; Art. 25º, n. 2 da Constituição Portuguesa; Art. 104º, 1, da Constituição Alemã; Art. 15º da Constituição Espanhola.

⁴ MOURA, Bruno. *A propósito da chamada tortura salvadora: outra "quebra de tabu", agora relativamente à proibição de valoração da prova?* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 101, 2013, p.231.

delito; ou a tortura-prova, utilizada como meio de obtenção de elementos probatórios no processo penal; mas sim, sobre um novel instituto, chamado de tortura preventiva ou tortura de salvamento⁵, relacionada a situações de escolha trágica.

A propósito da tortura salvadora, essa é uma situação peculiar de colisão de pelo menos dois valores (*tragic choice situation*) em que o respeito à dignidade humana de um indivíduo só é possível à custa da violação da dignidade humana de outro.⁶ "Trata-se, no fundo, de situações de tortura forçadas pelo dilema moral ou pela escolha trágica em que se vê colocada a autoridade pública que, para evitar um mal maior – a morte de pessoas inocentes, por exemplo- recorre à tortura altruísta, ou seja, utilizada em situações de emergência com estrita finalidade de salvar vidas humanas (...)"⁷.

Temos, assim, como exemplo, o caso paradigma da bomba-relógio (*ticking time bomb*), em que sendo certo que fora colocada uma bomba-relógio em um determinado local (um aeroporto, estádio de futebol) e que esta, em pouco tempo, explodirá, convém-se submeter aquele indivíduo capturado e que tem fortes indícios de saber o local onde foi colocada a bomba a algum tipo de ameaça, pressão ou tortura?

Outro exemplo controverso relativo à mesma análise é o famoso caso Daschner, ocorrido na Alemanha, segundo o qual um estudante de direito sequestrou uma criança de 11 anos, exigindo o pagamento do resgate. Capturado, e se negando revelar a localização do cativo, o vice-presidente do departamento de polícia de Frankfurt ordenou a coação do suspeito por meio da ameaça de tortura⁸.

Levando em consideração os dois casos exemplificativos citados alhures, a primeira grande questão que se deve formular, portanto, é se seria possível a existência de uma analogia com o cenário do "tiro fatal", em que é admissível um policial matar um criminoso para salvaguardar bens relevantes ou vidas ameaçadas. Conforme o Doutor Jorge Reis Novais, seria uma análise que seguiria a lógica de que "se admitimos o *mais* (que seria a morte do suspeito), também dever-se-ia admitir o *menos* (qual seja, a dor física)"⁹.

⁵ Beccaria rejeita em sua obra a espécie da tortura como punição, no entanto, dedica-se à tortura para salvamento, entendendo que deve ser aplicada ao réu quando "enquanto se forma o processo, ou para obriga-lo a confessar algum delito, ou pelas contradições em que incorre, ou para descobertas dos cúmplices, ou para não sei que metafísica e incompreensível purgação da infâmia, ou finalmente por causa de outros delitos de que poderia ser culpado, mas de que não é acusado". BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das penas*, Tradução de José Faria Costa, Revisão de Primola Vigiano, 4ª ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014, p.92.

⁶ MOURA, Bruno. *A propósito da chamada tortura salvadora: outra "quebra de tabu", agora relativamente à proibição de valoração da prova?* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 101, 2013, p.232.

⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana: Dignidade e Inconstitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 202.

⁸ Apesar da tortura não ter sido levada a cabo, somente com a ameaça verídica e concreta, o suspeito revelou onde estava o corpo da criança, pois essa, apesar dos esforços policiais, já havia sido morta. Nesse sentido, com fundamento no caráter absoluto da proibição legal de ameaça de exercício de violência sobre os detidos, decorrente da dignidade da pessoa humana, o subcomandante Daschner e seu subordinado, como esperado, foram condenados por terem preparado e obtido confissão de criminoso através de coação. No entanto, apesar da normalidade aparente da condenação, a uma segunda vista, pode configurar-se incoerente a sentença do Tribunal. O subcomandante e seu subordinado foram condenados tão somente a uma pena de multa e admoestação.

⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana: Dignidade e Inconstitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 204.

O que se pretende com esse trabalho é, portanto, analisar (ainda que de forma sucinta) se “ainda existe lugar para a existência de normas ‘irrenunciáveis’ – como a garantia da Dignidade da Pessoa Humana – em uma sociedade hipercomplexa onde o sistema jurídico se mostra cada vez mais suscetível à maleabilidade”¹⁰, ou se predominará a lógica da ponderação no que se refere à essa dignidade, fazendo ir a baixo todo o debate jurídico filosófico em que restou fortemente consolidada a ideia de rigidez e caráter absoluto desse princípio.

2 O RESSURGIMENTO DO DEBATE JURÍDICO EM TORNO DA ADMISSIBILIDADE EXCEPCIONAL DA TORTURA

Um mundo sem tortura, tratamento desumano ou degradante é ainda uma ambição por concretizar. Apesar de sua absoluta proibição nos Estados Democráticos de Direito, sobretudo naqueles signatários de acordos e tratados internacionais que versam sobre a proteção da Dignidade da Pessoa Humana, sabe-se que esse procedimento muito ainda é utilizado por autoridades estatais, inclusive dentro de estabelecimentos prisionais, para obter informações as quais por nenhum outro meio o suspeito por um determinado crime, ou possível crime, habilitar-se-ia a revelar.

Nesse contexto de proibição absoluta da tortura e sob uma perspectiva essencialmente consequencialista - sobretudo devido ao seu programa político-criminal diante da análise do custo benefício- Beccaria¹¹ invocou nove argumentos teóricos contra a admissibilidade da tortura¹². Para ele a tortura seria, portanto, um instrumento “inútil”¹³ e “supérfluo”¹⁴, levando em consideração a lógica da probabilidade das chances de descoberta da verdade, afirmando que “as chances de se torturar um inocente é tanto maior quanto maior for a probabilidade de que um homem, em condições iguais, antes tenha respeitado do que desprezado as leis” .

Tal ideia da impossibilidade de relativização da proibição da tortura é corroborada, ademais, pelo pensamento Kantiano, segundo o qual, a rejeição ao utilitarismo deixou como legado o princípio da proibição da instrumentalização, segundo o qual “um ser humano nunca pode ser tratado apenas a título de meio para fins alheios ou ser colocado entre os objetos de direitos a coisas: sua personalidade

¹⁰ MOURA, Bruno. *A propósito da chamada tortura salvadora: outra “quebra de tabu”, agora relativamente à proibição de valoração da prova?* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 101, 2013, p. 233-234.

¹¹ COSTA, José de Faria. Ler Beccaria hoje – Estudo introdutório. In. Beccaria, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007. p.5.

¹² “1) ao significar a imposição de uma pena antecipada e prescindir da exigência de culpabilidade, a tortura viola o princípio da presunção da inocência, assumindo o enorme perigo de afetar sujeitos inocentes; 2) ao exigir que um homem seja ao mesmo tempo acusador e acusado, a tortura viola a proibição da autoincriminação; 3) a tortura oferece um vergonhoso e irracional critério de verdade, capaz apenas de absolver os mais fortes e facínoras e condenar os mais fracos e ingênuos; 4) a tortura revela um ridículo significado religioso- espiritual de purgação da infâmia enquanto simples estado moral, pois nada mais faz do que acrescentar uma nova infâmia através da crueldade contra o réu; 5) assim como o ordálio ou júizo de deus, também a tortura aniquila a liberdade de vontade, uma vez que não deixa ao acusado senão o espaço para escolher o caminho mais curto para escapar do sofrimento (declarar-se culpado); 6) a tortura gera mentira, pois a confissão ou declaração resulta da dor e do desejo urgente de dela se livrar; 7) a tortura degrada a personalidade do sujeito; 8) a tortura coloca o inocente em uma situação pior do que a do culpado, pois enquanto o primeiro ou confessa o delito e é condenado ou é declarado inocente e sofre uma pena indevida, o segundo ainda pode ser absolvido como inocente se resistir com firmeza ao tormento; 9) se a tortura não é um meio adequado para descobrir a verdade, tampouco o será para revelar os demais participantes, uma das verdades a serem descobertas. BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das penas*, Tradução de José Faria Costa, Revisão de Primola Vigiano, 4ª ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014, p.92.

¹³ Idem, p.93.

¹⁴ Ibidem, p.96.

inata o protege disso, ainda que possa ser condenado à perda de sua personalidade civil". Sendo assim, a proibição da tortura configura-se como um imperativo categórico¹⁵, ou seja, uma exigência deontológica, a qual independe de qualquer resultado no que concerne às suas boas ou más consequências.

Sabendo-se disso, que a tortura é uma violação extremamente grave dos direitos humanos e, como tal, é absolutamente condenada pelo direito internacional, as Nações Unidas empenharam-se durante muitos anos na elaboração de normas de aplicação universal¹⁶¹⁷. Nesse contexto, pode-se perceber que poucas são as práticas tão consensual e integralmente proibidas quanto a tortura. Esta, por sua vez, é universalmente considerada um atentado inadmissível à dignidade humana e ao direito das pessoas à integridade pessoal¹⁸.

3 A PROIBIÇÃO ABSOLUTA DA TORTURA VERSUS A DEFESA DE VIDAS INOCENTES: A GUERRA AO TERROR

Barry Buzan¹⁹ tem considerado que a guerra contra o terrorismo instaurada no mundo atual convive de uma maneira ou de outra com um único resultado final: o medo. O que se sabe sobre tal conduta é que ela não se circunscreve ao fim imediato do seu ataque, ademais disso, transcende ao mesmo. Sobre esse assunto, é de conhecimento geral que nos últimos anos diversos esquemas de ataques terroristas vêm logrando êxito em diversos lugares do mundo, como os que se produziram na sexta-feira 13, em novembro de 2015, na cidade de Paris, onde foram mortas mais de 130 vítimas; o avião que fora derrubado com 217 passageiros russos na península de Sinai; o atentado a um bairro chiíta em Beirut; atentado a um ônibus na Tunísia; ao Hotel Bamako, em Malí; ao aeroporto e ao metrô de Bruxelas, na Bélgica²⁰; o ônibus homicida na cidade de Nice, no sul da França; as explosões ocorridas em uma casa de show em Manchester, na Inglaterra²¹²², dentre tantos outros.

Mas que tipo de ação violenta é essa que merece o rótulo de terrorista? No que ela se diferencia das demais ações violentas? Porque o bombardeio aéreo sobre

¹⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. 1. Reimp. São Paulo: Martin Claret, 2008. p. 174-175.

¹⁶ Nações Unidas (Org.). *Métodos de Combate à Tortura: O comité contra a tortura*. Genebra: Imprensa das Nações Unidas, 2001, p. 4.

¹⁷ Hoje, são vários os instrumentos internacionais que se referem à proibição da tortura: A Declaração Universal dos Direitos do Homem (Art. 5º)¹⁷, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Art. 3º), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Arts. 4º e 7º), a Convenção Interamericana para Prevenir a Tortura (Art. 2º), a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes, as quais proíbem a tortura de uma forma peremptória.

¹⁸ DIAS, Augusto Silva. *Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o gênio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror*. Revista do Ministério Público do Rs, Porto Alegre, v. 71, jan. 2012. p. 237.

¹⁹ DIAS, Vanda Amaro; MOTA, Sarah Carreira da; RANITO, Jovana Jezdimirovic. *Restrospectiva do conceito de Segurança:: alargamento e aprofundamento da agenda securitária no pós-guerra fria*. Universitas Relações Internacionais, Brasília, v. 9, n. 2. 2011. p.4.

²⁰ DELMONTE, Luis Mesa. *El terror como pilar del Estado Islámico: Una estrategia para hacerle frente*. Foreign Affairs: Latinoamérica, Council On Foreign Relations, v. 16, n. 1, abr. 2016

²¹ Ibidem, p.9.

²² Nesse sentido também se disseminou um programa de investigação no campo dos estudos sobre segurança, associado à gestão do risco, bem como ganharam destaque as abordagens de Segurança Cooperativa, construtivista, assim como as Escolas de Aberystwyth, Copenhagen e Paris. A referência à sociedade de risco constitui um programa de investigação sobre "segurança reflexiva", que emergiu para compreender os novos discursos e práticas de segurança. O autor aponta para o caráter dissuasivo e antecipatório das eventualidades, num jogo de temporalidade pelo qual a recolha da informação serve a ação repressiva antes do próprio ato de infração.

uma cidade, por exemplo, chama-se ação de guerra convencional e a explosão de bomba no metrô, ação terrorista?

Sobre isso, pode-se dizer que as definições jurídicas de terrorismo são formadas mediante combinações variadas dos seguintes elementos: o perpetrador, o método, a vítima, o alvo, o propósito e o motivo da ação violenta. Isto é, aquela ação violenta que, em nome de uma causa ou com algum propósito, deliberadamente atinge vítimas inocentes; uma ação com conteúdo ideológico, politicamente motivado, que se define conforme tenha sido praticado contra determinado regime político, por determinado ator não estatal²³.

Neste sentido, na sequência do 11 de setembro de 2001, o Assessor Legal da Casa Branca, que foi, posteriormente, promovido a Procurador-Geral, anunciou que as Convenções de Genebra²⁴ não teriam aplicabilidade na guerra contra o terrorismo. Ademais disso, o Presidente teria autoridade para mandar torturar prisioneiros e que, obedecer a tal ordem seria um argumento válido e justificável numa acusação de crime de guerra ou de crime contra a humanidade²⁵²⁶.

Por fim, é natural e até muito provável que diante de uma situação em que configure esse dilema moral extremo, a maioria de nós daria prioridade a salvação de vidas inocentes em detrimento da coação ou tortura sobre um possível detido que tenha ativado, por exemplo, uma bomba capaz de destruir uma cidade inteira como Barcelona, Rio de Janeiro ou Munique. A escolha seria pela cedência da dignidade do detido perante o estado de necessidade.

Chegando a esse ponto, cabe-nos, finalmente, iniciar o debate acerca do *ticking time bomb scenario*, caso emblemático e essencial para se compreender a questão da tortura excepcional para salvamento nas hipóteses de legítima defesa de terceiro e estado de necessidade.

3.1 A TORTURA COMO FORMA DE OBTENÇÃO DE INFORMAÇÕES EM MATÉRIA DE TERRORISMO

A tortura, já anteriormente analisada, incorporou ao nosso entendimento sobre Dignidade da Pessoa Humana o seu caráter desprezível. Isso porque não se pode definir a tortura simplesmente como a relação prática entre o sofrimento imposto e a informação que se pretende obter, uma mera ponderação de custo/benefício (*ticking-bomb argument*)²⁷.

²³ “[...] se a Al Qaeda tivesse atacado o Pentágono não com aeronaves cheias de passageiros inocentes, mas com um caminhão-bomba, isso seria um ato de guerra legal, não terrorismo” (SCHARF, 2004, P. 371). Semelhante afirmação seria válida se a Al Qaeda fosse um Estado nacional a atacar outro, o que não é o caso; mas se a considerássemos como um movimento engajado na luta armada de uma causa política, que praticou atentados contra alvos legítimos, não atingindo deliberadamente vítimas inocentes, então da mesma forma, poderíamos considerá-la um grupo revolucionário e não terrorista. – *Revista Universitas Relações Internacionais*, Brasília, v 10,n.1, jan/jun. 2012. p.1-14.

²⁴ As Convenções de Genebra condenam não somente a tortura, mas também todo e qualquer tipo de tratamento desumano e degradante.

²⁵ ANNAS, George J.. *Terrorismo, tortura e outras epidemias pós 11 de setembro*. Sub Judice: Justiça de Sociedade,Coimbra, v. 38, 2007. p.29

²⁶ Refere-se à tentativa de afirmar um novo tipo de legítima defesa – a legítima defesa preemptiva-. Maria de Assunção do Vale Pereira. *A Intervenção Humanitária do Direito Internacional Contemporâneo*, p. 262-263 e 833-837.

²⁷ BBC. The 'ticking bomb' problem. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/ethics/torture/ethics/tickingbomb_1.shtml>. Acesso em: 16 maio 2016.

Contudo, o mundo vislumbra atualmente uma situação extrema, em que o Estado Democrático de Direito se ver impotente para lidar com as ameaças externas da forma e controle tradicionais. Vale ressaltar que, apesar disso, até então, não é objetivo da presente pesquisa posicionar-se a favor da tortura, mas de ao menos "reconhecer e admitir a nova realidade, perigosa e inusitada que se vive, e que coloca em risco o próprio conceito de Estado de Direito"²⁸.

Nesse sentido, defendem alguns autores, principalmente americanos, que "quem não presta segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo como tal"²⁹. Vale ressaltar, como já visto, que o status das pessoas acusadas como criminosos de alta gravidade deteriorou-se de forma vertiginosa a partir do 11 de setembro de 2001, uma vez que, agora denominados como "terroristas", tais pessoas já não são tratadas como cidadãos comuns detentores de direitos, senão como inimigos da sociedade e do Estado, os quais devem ser combatidos por todos os meios³⁰.

Depois de se concluir historicamente pelo caráter absoluto da Dignidade da Pessoa Humana, sobretudo após as atrocidades vividas no pós 2ª Guerra Mundial, pós-guerra fria e ditaduras em diversos países no mundo, a guerra ao terror nos incitou a voltar ao ponto de partida e refletir sobre uma possível exceção: deve-se, então, reclamar-se uma revisão de nossos limites éticos?³¹³² É aceitável torturar (suspeitos) perpetradores de crimes ou terroristas para salvar a vida de outras pessoas? Tal hipótese que desperta interesse sobre a justificação da tortura é denominada *ticking time bomb scenario*. Na tradução literal para o português consiste naquilo que é chamado "cenário da bomba relógio", segundo o qual um terrorista, que sabe onde está acionada uma bomba que pode explodir a qualquer momento, gerando sérios riscos à população, é capturado.

Nesse sentido, a doutrina norte-americana é vanguardista. O jurista Alan Dershowitz é conhecido por suas posições favoráveis em relação às liberdades civis, vindo a admitir o uso de formas moderadas (não letais) de tortura, quando houver fundada suspeita de que um terrorista ou alguém da organização a que pertence colocou uma bomba que explodirá em um local público, produzindo a morte de dezenas ou milhares de pessoas. Se esse for o único meio para prevenir um ataque terrorista desse porte, o autor citado aceita que possa ser utilizado o procedimento de tortura, desde que esteja prevista em lei e a sua inflicção seja autorizada e controlada por um juiz³³³⁴.

²⁸ DELMONTE, Luis Mesa. *El terror como pilar del Estado Islámico: Una estrategia para hacerle frente*. Foreign Affairs: LatinoAmérica, Council On Foreign Relations, v. 16, n. 1, abr. 2016. p.2-6.

²⁹ *Direito Penal do Inimigo. Noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

³⁰ Chegou-se ao absurdo de haver confissão da CIA, agência de inteligência do governo norte-americano, sobre a realização de voos secretos para a Europa, levando terroristas presos em Guantánamo e que se negavam a cooperar com as autoridades americanas. COSTA PINTO, R. *Voos "Secretos" CIA. Nos bastidores da vergonha*. Lisboa, 2008.

³¹ *The history of torture*. New York: St. Martin's Press, 1998, p. 7

³² NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana: Dignidade e Inconstitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2016. p.232.

³³ Sobre a institucionalização da tortura, e a possibilidade de legalizada para casos excepcionais, debateremos mais adiante, após exaurir (mesmo que não completamente) as principais nuances acerca da possibilidade ou não da utilização de tortura em casos de salvamento.

³⁴ DIAS, Augusto Silva. *Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror*. Revista do Ministério Público do Rs, Porto Alegre, v. 71, jan. 2012. p. 240.

De toda forma, Dershowitz não defende a utilização generalizada da tortura pelo Direito, nem sua aplicação para obter provas ou confissões sobre crimes que já aconteceram. O autor admite tal método tão somente em casos-limite para prevenir um futuro e iminente ataque terrorista. Para ele a tortura é uma decisão trágica, mas que, independente disso, a decisão por sua não utilização seria, da mesma maneira, trágica, tendo em vista que quem a ela se opõe de forma absoluta, recusa ponderar devidamente os interesses em análise e terá que responder pelas vítimas deflagradas pela explosão da suposta bomba³⁵.

3.1.1 A legítima defesa de terceiros e o estado de necessidade

Continuando no sentido que tange à questão do uso da tortura como forma eficiente no combate ao terrorismo, percebe-se que ainda existem argumentos doutrinários fortes o suficiente que demonstram que a Dignidade da Pessoa Humana ou a sua integridade moral possa não ser um bem de maior relevância que a própria vida ³⁶.

No caso de uma tentativa de homicídio, por exemplo, admite-se, legalmente, que o agredido se defenda do ataque justo através do emprego da legítima defesa. No caso da tortura, portanto, não seria a mesma situação? Não seria justificável o ato de tortura como forma de atuação permeada pela legítima defesa de terceiros ou legítima defesa coletiva?³⁷

Para o autor alemão Winfried Brugger³⁸ "está fora de questão que a admissão da tortura significaria tolerar uma considerável perda do direito. Mas também está fora de questão que em uma situação em que a barbárie, faça-se o que se faça, terá lugar de qualquer forma, o direito deve se colocar não do lado do autor, mas do lado da vítima". Brugger é o autor expoente que defende a tese, já analisada neste trabalho, em que a proibição constitucional da tortura, que decorre da Dignidade da Pessoa Humana, deve ser confrontada com a imposição da obrigação, também decorrente do texto constitucional, de proteção da dignidade das vítimas do terrorista³⁹.

O referido autor é extremamente rebatido em suas afirmações, pois, para muitos estudiosos, excede o limite do razoável e aceitável no que tange à questão da tortura, sobretudo por defender que para além de ser uma situação excepcional a utilização da tortura nos casos de salvamento, esse deve ser um dever constitucional, já que a seu entender todas as pessoas são potenciais vítimas do suposto ato terrorista e que, com isso, todos teriam um direito subjetivo a exigir que a polícia torture. Ou seja, para Grugger, todos serão, ao final, titulares do que ele chama de um direito subjetivo fundamental a exigir que a polícia torture os terroristas que lhe caíam às mãos.

³⁵ Ibidem, p. 241.

³⁶ Tal ideia se ver em detrimento de todo o debate travado em que majoritariamente se compreende que a dignidade da Pessoa humana é um valor absoluto, e por isso imponderável, sendo, com isso, superior a todos os outros direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente, entre eles, o direito fundamental à vida.

³⁷ PEREIRA, Flávio Cardoso. *A investigação do terrorismo internacional e o uso da tortura*. Revista do Ministério Público do Estado de Goiás, Goiânia, v. 22. 2011. p.98.

³⁸ MOURA, Bruno. *A propósito da chamada tortura salvadora: outra "quebra de tabu", agora relativamente à proibição de valoração da prova?* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 101,2013. p. 234,244.

³⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana: Dignidade e Inconstitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 212.

O Doutor Jorge Reis Novais intitula tal pensamento como no mínimo grotesco, em que, para além de um possível "direito" *prima facie* a torturar, defendido por Alexy, com Grugger esse direito deixa de ser *prima facie* para se tornar definitivo⁴⁰.

Para além das teorias já analisadas que defendem a relativização da proibição de tortura para casos excepcionais de salvamento de vidas inocentes, sobretudo no que engloba as situações de atos terroristas, tem-se também um árduo debate em que a problemática angular é a figura da colisão entre dignidades, vale dizer, a tese de que nestes casos a dignidade humana será de todo modo violada.

Os que defendem esse conflito de dignidade *versus* dignidade⁴¹ acreditam que o direito encontra-se em uma situação em que o ilícito e o lícito estão claramente separados entre o autor e a vítima e, portanto, avaliando a conduta do torturado como antijurídica e a conduta da vítima como adequada ao direito, o ordenamento deve resolver o conflito de dignidade em favor do interesse do sujeito fiel às suas normas.

Volker ERB, por sua vez, também defende que a proibição absoluta da tortura para evitar a morte de um conjunto de pessoas representa uma ofensa maior à dignidade humana, pois, deixar que essas mortes ocorram para não adentrar ao domínio do "tabu" da tortura é resultado de um ordenamento jurídico que se baseia em valores absolutos e inquebrantáveis, relacionados a um Estado com características totalitárias e fundamentalistas. Conclui dizendo que "é a proibição da tortura que encontra o seu limite no direito à vida das pessoas ameaçadas pela bomba e não o inverso" ⁴².

4 CONCLUSÕES

Apesar da breve explanação acerca de um assunto tão complexo e delicado e de, à primeira vista, ser possível concordar com a possibilidade de utilização da tortura como legítima defesa de terceiros, deve-se levar em consideração os ordenamentos jurídicos pátrios, sabendo que, no momento em que um Estado ratifica a Convenção sobre a Tortura vincula-se automaticamente e integralmente ao seu Art. 2º, segundo o qual "Em nenhuma circunstância excepcional, qualquer que ela seja, quer se trate de estado de guerra ou de ameaça de guerra, de instabilidade política interna ou de outro estado de exceção, poderá ser invocada para justificar a tortura".

⁴⁰ Ibidem, p. 213,214.

⁴¹Novamente Brugger defender que o Estado está constitucionalmente obrigado não só a não violar a dignidade humana do autor – não me torture- mas também a proteger a dignidade humana das vítimas – proteja nossas vidas. Manter a proibição da tortura como algo absoluto seria garantir a dignidade do autor à custa da dignidade da vítima. MOURA, Bruno. *A propósito da chamada tortura salvadora: outra "quebra de tabu", agora relativamente à proibição de valoração da prova?* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 101. 2013. p. 243.

⁴²– Saliencia o autor que "a ideia segundo a qual a extorsão violenta de informações representa quase a violação última da dignidade, que tem de e pode ser impedida à custa de agressões mais gravosas à dignidade humana não é acessível a uma fundamentação racional. Ela baseia-se pelo contrário num abuso patético de premissas arbitrárias que estão em oposição crassa à apreciação geral segundo a qual o homicídio é de todos os crimes o mais censurável – e não a coacção cometida com viscompulsiva (...)" Folterverbot und Notwehrrecht, p. 32 DIAS, Augusto Silva. *Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror.* Revista do Ministério Público do Rs, Porto Alegre, v. 71, jan. 2012. p. 252.

Além de tudo o que já foi exposto, vale lembrar que se por um acaso toda violação do direito à vida fosse também uma violação à Dignidade da Pessoa Humana, não faria sentido a posição sistemática utilizada por diversas Constituições em que a Dignidade da Pessoa Humana é considerada um valor absoluto e imponderável e, portanto, superior ao próprio direito fundamental à vida. Sabe-se, também, que a dignidade humana é protegida independentemente da existência ou não de vida, a exemplo do direito de personalidade *post mortem*, assim como o inverso também é verdadeiro nas lições da bioética, em que há a possibilidade de haver vida, porém, sem dignidade.

Por fim, percebe-se que, apesar de existir muitos autores que percorrem o caminho da aceitação da flexibilização da tortura, sobretudo em casos excepcionais de salvação contra atos terroristas, a maioria da doutrina acredita que a tortura não pode ser admitida em hipótese alguma, nem em nome da segurança coletiva, nem do combate ao inimigo, nem da paz no mundo, nem de qualquer outra finalidade louvável.

REFERÊNCIAS

- AMBROS, Christiano Cruz. A utilização da tortura da obtenção de informações: O debate estadunidense na guerra contra o terrorismo. In: 1º SEMINÁRIO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM RELAÇÕES INTERNACIONAIS, 1., 2012, Brasília. **Painel de Políticas de Segurança dos Estados Unidos**. Brasília: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2012.
- ALLISON, Graham. *El desorden nuclear. Foreign Affairs: Latino América, Council On Foreign Relations*, v. 10, n. 2, p.36-47, jun. 2010.
- ANISTIA INTERNACIONAL. Tortura e maus-tratos no Brasil – desumanização e impunidade no sistema de justiça criminal. [S.n.], 2001.
- ANNAS, George J.. Terrorismo, tortura e outras epidemias pós 11 de setembro. **Sub Judice: Justiça de Sociedade**, Coimbra, v. 38, p.15-32, mar. 2007.
- BBC. **The 'ticking bomb' problem**. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/ethics/torture/ethics/tickingbomb_1.shtml>. Acesso em: 16 maio 2016.
- BECCARIA, Cesare, Dos delitos e das pena, Tradução de José Faria Costa, Revisão de Primola Vigiano, 4ª ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014,
- COSTA, José de Faria. **Beccaria e o Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.
- COSTA PINTO, R. Voos "Secretos" CIA. Nos bastidores da vergonha. Lisboa, 2008.
- COSTA, José de Faria. Ler Beccaria hoje – Estudo introdutório. In. Beccaria, Cesare. Dos Delitos e das Penas. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007. p.5.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. Uso da tortura e impedimento de actos terroristas. **Multiculturalismo e Direito Penal**, Lisboa, v. 1, p.33-57, 2012.
- DEL-CAMPO, Eduardo. **Admissibilidade da Tortura? Talvez**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/admissibilidade-da-tortura-talvez/5305>>. Acesso em: 16 maio 2016.
- DELMONTE, Luis Mesa. *El terror como pilar del Estado Islámico: Una estrategia para hacerle frente. Foreign Affairs: Latino América, Council On Foreign Relations*, v. 16, n. 1, abr. 2016.
- DIAS, Vanda Amaro; MOTA, Sarah Carreira da; RANITO, Jovana Jezdimirovic. Restrospectiva do conceito de Segurança:: alargamento e aprofundamento da agenda securitária no pós-guerra fria. **Universitas Relações Internacionais**, Brasília, v. 9, n. 2, p.1-23, jul. 2011.
- DIAS, Augusto Silva. Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, v 71, p. 235-276, jan. 2012.
- Direito Penal do Inimigo*. Noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

- HARRIS, Sam. **In Defense of Torture**. Disponível em: <http://www.huffingtonpost.com/sam-harris/in-defense-of-torture_b_8993.html>. Acesso em: 16 maio 2016.
- IDEbate. **Torture is a just means of preventing terrorism**. Disponível em: <<http://securingliberty.idebate.org/arguments/torture>>. Acesso em: 17 maio 2016.
- KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. 1. Reimp. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- MINIUCI, Geraldo. Violência e terrorismo. **Universitas Relações Internacionais**, Brasília, v. 10, n. 1, p.1-14, jan. 2012.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F. *La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿Es justificable la tortura?*. In: La respuesta del Derecho Penal ante los nuevos retos. Madrid: s.e., 2005.
- _____. *Terrorismo y derechos fundamentales: la perspectiva penal*. In: VV.AA. Terrorismo y derechos fundamentales. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- MOREIRA, Vital; GOMES, Carla de Marcelino. **Comprender os Direitos Humanos: Manual de Educação para os Direitos Humanos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- MOURA, Bruno. A propósito da chamada tortura salvadora: outra "quebra de tabu", agora relativamente à proibição de valoração da prova? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 101, n., p.229-282, mar. 2013.
- Nações Unidas (Org.). **Direitos Humanos: O comité contra a tortura**. Genebra: Imprensa das Nações Unidas, 2001.
- Nações Unidas (Org.). **Métodos de Combate à Tortura: O comité contra a tortura**. Genebra: Imprensa das Nações Unidas, 2001.4 v.
- Nações Unidas (Org.). O comité contra a tortura. Genebra: Imprensa das Nações Unidas, 2001.17 v.
- Nações Unidas (Org.). **Direitos Humanos na Administração da Justiça: Manual de Direitos Humanos para Juízes, magistrados do Ministério Público e Advogados**. Nova Iorque e Genebra: Imprensa das Nações Unidas, 2003. 1 v.
- Nações Unidas (Org.). **Direitos Humanos na Administração da Justiça: Manual de Direitos Humano para juízes, magistrados do ministério público e advogados**. Genebra: Imprensa das Nações Unidas, 2003. 2 v.
- Nações Unidas (Org.). **Protocolo de Istambul: Manual para a investigação e documentação eficazes da tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes**. Nova Iorque e Genebra: Imprensa das Nações Unidas, 2001.
- Nações Unidas (Org.). **Direitos Humanos e Prisões: Guia do Formador: Para a formação em direitos humanos dos funcionários prisionais**. Genebra: Imprensa das Nações Unidas, 2003.
- Nações Unidas (Org.). **Direitos Humanos e Aplicação da Lei: Guia do Formador: Para a formação em Direitos Humanos das Forças Policiais**. Nova Iorque e Genebra: Imprensa das Nações Unidas, 2002.
- NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana: Dignidade e Inconstitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2016.
- SANTOS JUNIOR, Belisário dos. A tortura e o Estado Democrático de Direito - O relatório da Comissão Especial da Lei 10.726 de 09.01.2011. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 46, p.289-305, fev. 2004.
- PEREIRA, Maria de Assunção do Vale. **Noções Fundamentais de Direito Internacional Humanitário**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- PEREIRA, Flávio Cardoso. A investigação do terrorismo internacional e o uso da tortura. **Revista do Ministério Público do Estado de Goiás**, Goiânia, v. 22, p.79-104, jul. 2011.
- VALENZUELA, Gerardo R.. *El día que París se aterrorizó: Entrevista con Carlos Loret de Mola*. **Foreign Affairs: Latino América**, Council On Foreign Relations, v. 16, n. 1, abr. 2016.

Corrupção e a qualidade da democracia no Brasil

André Luis Pontarolli¹

UNINTER

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos a denominada “Operação Lava Jato” tem exposto a corrupção disseminada nos mais variados níveis estatais. É evidente que a corrupção nada tem de contemporânea, ao contrário, possui raízes quase tão antigas quanto o próprio poder. Contudo, os meandros da corrupção no Brasil – aparentemente sistêmica – nunca haviam sido tão evidenciados.

Impende obtemperar, por oportuno, que o fato de a corrupção estar mais exposta atualmente não significa que ela é maior hoje do que no passado, sendo impossível fazer tal comparação (*ou qualquer afirmação neste sentido*), mas, a simples revelação de um sistema político corrompido estimula, ao menos, a reflexão sobre como esta corrupção endêmica pode afetar a qualidade da democracia brasileira.

Assim, o presente artigo tem por objeto a análise da potencial afetação da qualidade da democracia pela corrupção. Convém registrar que outros trabalhos acadêmicos já se ocuparam de tal temática, embora anteriores ao atual “escândalo” de corrupção no Brasil, a exemplo da dissertação de Carlos Joel de Formiga-Xavier sobre “*A corrupção política e o caixa 2 de campanha no Brasil*” (FORMIGA-XAVIER, 2010) e do artigo de José Álvaro Moisés intitulado “*A Corrupção Afeta a Qualidade da Democracia?*” (MOISÉS, 2010).

No desenvolvimento do objetivo proposto partir-se-á da análise conceitual da democracia, buscando-se, sobretudo, a compreensão dos seus pressupostos essenciais, refletindo-se sobre algumas concepções elaboradas em distintos momentos históricos.

Na sequência, a partir da consideração da igualdade enquanto substância do princípio democrático é que se desenvolverá a abordagem sobre a hipótese de que a corrupção rompe com a ideia de igualdade e, por consequência, afeta a qualidade da democracia.

1. DEMOCRACIA: ASPECTOS CONCEITUAIS

É difícil estabelecer um conceito fechado de democracia, até porque não existe uma única democracia, mas sim experiências democráticas ao longo dos séculos, sendo possível, inclusive, falar em democracia antiga e moderna. Ademais, as concepções de democracia podem variar de acordo com as bases epistêmicas dos diversos ramos do conhecimento que se debruçam sobre ela.

Desta forma, não é incorreto dizer que a democracia pode ter concepções jurídicas, científico-políticas e filosóficas. Tanto é assim que Robert Dahl, antes de

¹Mestrando em Direito pela UNINTER. Pesquisador da linha de pesquisa: “Jurisdição e Processo na Contemporaneidade”. E-mail: andre_pontarolli@hotmail.com

conceituar democracia, propõe inúmeros questionamentos reveladores da complexidade do tema:

Pode-se muito bem perguntar: o que realmente entendemos por democracia? O que distingue um governo democrático de um governo não democrático? Se um país não democrático faz a transição para a democracia, é transição para o quê? Com referência à consolidação da democracia, o que exatamente é consolidado? E o que significa falar de aprofundar a democracia num país democrático? Se um país já é uma democracia, como ele poderá se tornar mais democrático (DAHL, 2001: 12).

As perguntas de Dahl são pertinentes e expõem a necessidade de se refletir cuidadosamente sobre o objeto de estudo: democracia. A própria transformação – expansão ou retração – do princípio democrático, a depender do momento histórico, bem revela a variabilidade conceitual.

Assim é que, ao estudar o tema, Hans Kelsen aponta que a democracia do século XX (*a considerar pelo sufrágio*) era um privilégio de homens que pagavam impostos, já a democracia do século XXI passou a contemplar as mulheres e os homens assalariados não contribuintes (KELSEN, 2000). Kelsen se refere a regimes totalmente distintos, quando considerados a partir da distribuição do sufrágio, mas ambos denominados democráticos.

Considerando esta variabilidade de sistemas, qualquer conceito de democracia que se pretenda estabelecer tratar-se-á de conceito ideal, historicamente delimitado. São múltiplas, portanto, as possibilidades teóricas sobre a democracia. Não obstante, é importante esclarecer que o vertente artigo não tem o escopo de realizar amplo estudo conceitual, mas apenas trabalhar com algumas das concepções possíveis, como ponto de partida para a análise da intersecção entre corrupção e afetação qualitativa do princípio democrático.

Assim, algumas concepções de democracia merecem destaque, a fim de que se possa aprofundar um pouco mais a base conceitual do tema proposto.

Norberto Bobbio, a partir da perspectiva grega de tipificação das formas de governo, aponta possível conceito de democracia como “*o governo dos muitos, dos mais, da maioria, ou dos pobres*”. Em síntese: a democracia era vista pelos gregos antigos como o governo do povo, antagonizando com o “*governo de uns poucos*” (BOBBIO, 2000: 31). Esta é efetivamente a concepção mais notória de democracia: governo do povo, na representação da vontade do povo, em busca do bem comum.

Contudo, a concepção de democracia enquanto “*governo do povo*” sempre foi alvo de críticas – iniciadas no próprio pensamento grego – tendo em vista a abertura conceitual e, sobretudo, a dificuldade em se definir o que seria a “*vontade*” uniforme do povo. Além disso, não se pode perder de vista, seguindo a linha do que é enunciado por ideólogos de uma “*democracia constitucional*” (FERRAJOLI, 2010), a preocupação com o fato de que a vontade “*onipotente*” da maioria pode sufocar direitos fundamentais legítimos das minorias.

Neste sentido, Hans Kelsen sustenta que o “*governo do povo*”, não necessariamente representa um “*governo para o povo*”, ademais, diz o autor que “*o povo não tem uma vontade uniforme, que somente o indivíduo tem uma vontade real, que a chamada vontade do povo é uma figura de retórica e não uma realidade*” (KELSEN, 2000: 141).

Agora, mais interessante do que estabelecer um conceito de democracia, parece ser a busca pela compreensão dos fundamentos da democracia, ainda que estes possam ser considerados, também, ideais. Assim é que Kelsen aponta a liberdade e a igualdade como elementos essenciais da democracia moderna:

Se a liberdade e a igualdade são elementos essenciais do relativismo político, sua analogia com a democracia política torna-se óbvia. Pois liberdade e igualdade são as ideias fundamentais da democracia e os dois instintos primitivos do homem enquanto ser social; o desejo de liberdade e o sentimento de igualdade estão em sua base (KELSEN, 2000: 167).

Com base na lição de Kelsen é possível dizer que o respeito aos direitos fundamentais de liberdade e igualdade – equilibrados pela ideia de fraternidade, na formação da tríade revolucionária – constitui pressuposto de qualquer regime que pretenda receber a alcunha de democrático.

A partir desta ideia de respeito a direitos humanos fundamentais, alguns autores sustentam que a verdadeira democracia deve ser uma democracia constitucional. Neste sentido, Luigi Ferrajoli afirma que a “*democracia constitucional*” se perfaz na existência de um conjunto de limites impostos ao poder, na busca da efetivação dos direitos fundamentais, bem como na existência de mecanismos reparadores em casos de violações. Ainda sobre os limites democráticos, diz Ferrajoli:

Un sistema em el cuall a regla de la mayoría y ladel mercado vale nsolamente para aquello que podemos llamar esfera de lo discrecional, circunscrita y condicionada por la esfera de lo que está limitado, constituida justamente por los derechos fundamentales de todos: los derechos de libertad, que ninguna mayoría puede violar, y los derechos sociales – derecho a la salud, a la educación, a la seguridad social y a la subsistencia – que toda mayoría está obligada a satisfacer (FERRAJOLI, 2010: 27).

Considerando a evolução das concepções sobre democracia é possível identificar, portanto, alguns elementos que aperfeiçoam o princípio democrático. Neste sentido, Robert Dahl sustenta que a verdadeira democracia deve seguir algumas exigências: (a) representantes eleitos; (b) eleições livres, justas e frequentes; (c) liberdade de expressão; (d) fontes alternativas e independentes de informação; (e) cidadania inclusiva (DAHL, 2001).

As exigências descritas por Dahl agregam à perspectiva do sufrágio, a essência da igualdade e liberdade, como pressupostos da “*cidadania inclusiva*”. A compreensão destas exigências constitui a base para a análise de como a corrupção afeta a qualidade da democracia.

2. QUALIDADE DA DEMOCRACIA E CORRUPÇÃO

Bem se verifica que não é possível estabelecer um conceito único, ou pretender uma democracia perfeita, senão por concepção utópica. O que se pode estruturar, em verdade, é uma análise, a partir de elementos que compõem o ideal de democracia. Assim, é possível que se faça uma análise qualitativa, a partir do maior ou menor respeito a estes elementos essenciais.

Neste sentido, pertinente é o questionamento provocativo de Robert Dahl: “*E quão democrática é a democracia nos países hoje chamados de democráticos?*”

(DAHL, 2001: 14). Seguindo a ideia de Dahl: não basta saber se um Estado é (ou não) democrático; para além disso, é preciso compreender o quão democrático ele é!

Na linha da provocação de Dahl, aceitando-se a hipótese de que um regime pode ser mais ou menos democrático, torna-se possível conceber a democracia por critérios, não meramente "existenciais", mas, também, qualitativos. Assim, o regime será mais democrático quanto maior for o respeito aos elementos essenciais que compõem o princípio democrático (*igualdade, liberdade, sufrágio, inclusão cívica, etc.*). Em síntese: a verdadeira democracia exige respeito à essência do princípio democrático.

Partindo daí: a igualdade parece ser o ideal maior do processo democrático, constituindo a sua verdadeira substância. Para usar as exatas palavras de Ferrajoli, "*es ésta la substancia de la democracia constitucional – el pacto de convivencia basado sobre la igualdad em droits*" (FERRAJOLI, 2010: 27). Ainda sobre a importância da igualdade enquanto instrumento de plena efetivação da democracia, valiosa é a lição de Pontes de Miranda:

As transformações da democracia operam-se no sentido de se admitir número cada vez maior de indivíduos. Isso exigia que se abolisse a escravidão e a servidão e que se reconhecesse o voto de todos. Aí se colhe a maior verdade lógica que se podia extrair do progresso social dos povos: é impossível realizar-se completamente a democracia sem certa porção de liberdade e de igualdade [...]. Também se há de extrair da instituição e das formas de governo (democracia, monocracia ou oligarquia) que aquela marcha no sentido de maior igualdade, ao passo que essas se baseiam de si mesmo na desigualdade. (MIRANDA, 1979: 409)

É pressuposto, portanto, de qualquer regime democrático, a limitação de interesses particulares em prol do interesse público, igualitário e distributivo. Tal postura é essencial, pois, enquanto entes individuais, as pessoas – físicas ou jurídicas – tendem buscar a concretização de interesses próprios, atuando com postura instintivamente desigualitária.

Nas palavras de Robert Dahl: "*os atores econômicos motivados por interesses egoístas têm pouco incentivo para levar em consideração o bem dos outros; ao contrário, sentem-se fortemente incentivados a deixar de lado o bem dos outros, se com isso obtiverem ganhos*" (DAHL, 2001: 193).

Norberto Bobbio, também analisando a democracia por uma perspectiva econômica, sustenta que "*um Estado liberal não é necessariamente democrático: ao contrário, realiza-se historicamente em sociedades nas quais a participação no governo é bastante restrita, limitada às classes possuidoras*" (BOBBIO, 2000: 07).

Assim, a verdadeira democracia deve se instrumentalizar de maneira a evitar que interesses particulares se sobressaiam, em prejuízo da igualdade política, o que pode acarretar a perversão autocrática do sistema pretensamente democrático.

Contudo, a participação igualitária do processo político é ideal dificilmente efetivado de forma plena em economias capitalistas de mercado, sendo que "*alguns cidadãos, significativamente, adquirem mais influência do que outros nas políticas, nas decisões e nas ações de governo*". (DAHL, 2001: 196)

Infelizmente, esta é uma distorção relativamente comum em muitos países democráticos, incluindo o Brasil. *“Consequentemente, os cidadãos não são iguais políticos – longe disso – e assim a igualdade política entre os cidadãos, fundamento moral da democracia, é seriamente violada”*. (DAHL, 2001: 196)

Na concepção de Robert Dahl, a união entre capitalismo de mercado e democracia acaba revelando uma estrutura aporética, pois, *“se a existência de um país de instituições políticas democráticas afeta de maneira significativa o funcionamento do capitalismo de mercado, a existência desse tipo de capitalismo afeta o funcionamento das instituições políticas democráticas”* (DAHL, 2001: 195).

Não obstante a inegável constatação de que a desigualdade de recursos políticos marca presença nas mais variadas democracias, tal violação do fundamento moral não revela problema estrutural do sistema, mas sim a perversão deste, mais ou menos grave, a depender da maturidade do regime democrático. O que se quer dizer é que o problema não reside na democracia, enquanto regime ideal, mas sim nas violações à essência deste. Não é o regime que é defeituoso, mas sim o seu desvirtuamento é que constitui verdadeiro problema. Neste ponto é precisa a contribuição de Pontes de Miranda:

Os inimigos da democracia, certos, no íntimo, de que ela é a tendência mesma da vida humana, tomam às vezes o caminho, não de negá-la – de deformá-la. Servem-se, não raro, do conceito de democracia para os seus obscuros propósitos; e forjam definições, ampliações, confusões. Hitler e Mussolini, como outros, usaram e abusaram disso, no começo; depois, golpearam-na. Hipocritamente, porém, continuaram a empregar o termo, quando lhes era útil. (MIRANDA, 1979: 136)

Enfim, a democracia inevitavelmente convive com a desigualdade política, mas o que evita a sua perversão em autocracia é a busca constante de redução do desequilíbrio na distribuição dos recursos políticos.

A verdade é que as democracias existentes não perfectibilizam a plenitude do ideal teórico democrático, possibilitando que se faça, portanto, a análise qualitativa da menor ou maior aproximação deste ideal. Pode-se sustentar, desta forma, a existência de fatores positivos e negativos na efetivação da democracia, os quais, por consequência, afetam a qualidade desta.

Entre os fatores negativos é possível listar a corrupção, a qual, a depender do enraizamento sistêmico no seio do poder, pode afetar a própria essência da democracia, revelando verdadeiros regimes autocráticos disfarçados. A corrupção *“endêmica”* é força diametralmente oposta à efetivação da igualdade política.

A corrupção é um dos problemas mais sérios e complexos que assolam as novas e velhas democracias. O conhecimento convencional mostra que ela envolve o abuso do poder público para qualquer tipo de benefício privado, inclusive, vantagens para os partidos de governo em detrimento da oposição. (MOISÉS, 2010: 27-37)

A corrupção afeta o processo democrático das mais variadas maneiras: (a) eleições amplamente financiadas com recursos ilícitos, visando à compra de *“boa vontade”*; (b) leis editadas para promover interesses particulares, mediante o recebimento de propinas ou *“mesadas”* interpartidárias; (c) licitações dirigidas para

favorecer empresas, nas contratações com o executivo; (d) decisões judiciais “comercializadas” para garantir privilégios dirigidos ou evitar sanções.

É perceptível que a corrupção pode marcar presença nos distintos poderes, o que afeta, inclusive, o sistema de freios e contrapesos, tão relevante à ideia de separação dos poderes estatais. Mas, o que parece ser ainda mais grave, a corrupção desequilibra o processo democrático, já que afeta o respeito ao direito fundamental da igualdade e, portanto, perverte a essência do princípio democrático.

Assim, é possível sustentar que a corrupção afeta significativamente a qualidade do regime democrático, a iniciar pela percepção que os indivíduos passam a ter da democracia quando se deparam com o enraizamento sistêmico da corrupção. Neste aspecto perceptivo, a corrupção inevitavelmente gera a desconfiança dos cidadãos nas instituições democráticas e a potencial sensação de deslegitimação destas instituições (FORMIGA-XAVIER, 2010).

Em síntese: quando se deparam com a corrupção, os cidadãos não se sentem legitimamente representados, o que afeta a qualidade da democracia, enquanto regime consolidado. Ainda, de acordo com Moisés, a afetação perceptiva não se dá apenas sobre a legitimidade do Estado que se diz democrático, mas afeta, também, a percepção sobre o respeito à essência do princípio democrático. Nas exatas palavras de Moisés:

Os efeitos disto afetam tanto a legitimidade do Estado democrático quanto o princípio segundo o qual ninguém está acima da lei na democracia; fraudam o princípio de igualdade política inerente ao regime, pois os seus protagonistas podem manter o poder e benefícios políticos desproporcionais aos que alcançariam através de modos legítimos de competir politicamente; e distorcem a dimensão republicana da democracia porque faz as políticas públicas resultarem, não da disputa aberta de projetos diferentes, mas de acordos de bastidores que favorecem interesses espúrios. (Moisés, 2010: 27-37)

Assim, pode-se concluir que não se trata apenas de um problema de percepção; além disso, a corrupção afeta a própria essência do princípio democrático, desequilibrando a igualdade entre os entes políticos, beneficiando uns e prejudicando outros.

Os recentes casos de corrupção investigados pela denominada “Operação Lava Jato” dão conta deste desequilíbrio na distribuição dos recursos políticos.

Não tão recente, mas com desfecho já conhecido, o caso do “mensalão”, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, a partir da ação penal nº 470, também pode ser citado para exemplificar a problemática interação entre democracia e corrupção.

No caso do “mensalão” apurou-se que parlamentares de variados partidos vendiam os seus votos, no curso do processo legislativo, mediante o recebimento de valores mensais. Ora, tal situação bem revela grave afetação da qualidade da democracia, pois os representantes eleitos do povo viabilizavam a edição de leis não necessariamente em prol daqueles que deveriam representar, mas sim preocupados tão só em satisfazer interesses monetários pessoais ou partidários.

A “Operação Lava Jato”, por sua vez, acabou por expor um enraizamento ainda maior da corrupção no seio dos poderes. Os exemplos poderiam ser os mais variados possíveis, mas a referência específica ao “Caso Odebrecht” parece ser

suficiente para demonstrar o quanto a corrupção é capaz de afetar a igualdade, enquanto essência do princípio democrático, e por consequência a qualidade da democracia.

Os diversos depoimentos prestados pelos executivos da empresa Odebrecht, no bojo de procedimento judicial de colaboração premiada, encontram-se públicos, por decisão do Supremo Tribunal Federal, e já foram amplamente divulgados pelos canais de comunicação. A partir dos depoimentos verifica-se a existência de um complexo esquema de corrupção, envolvendo dezenas de políticos (*ministros, governadores, senadores, deputados*). A Odebrecht, de acordo com as informações divulgadas, teria criado um departamento específico para repassar propinas, buscando: (a) favorecimentos em contratações com o Executivo; (b) liberações de financiamentos estatais; (c) propostas e aprovações de medidas provisórias e de emendas parlamentares; entre outros atos de ofício. O dinheiro era repassado aos políticos por doações oficiais, entregas em espécie e depósitos em contas estrangeiras. Interessante é que, durante as campanhas, os repasses eram tanto para governistas, quanto para opositores, o que serve como indicativo de que os benefícios à empresa se manteriam, independentemente de quem viesse a ganhar a eleição.² Isto representa grave afetação da qualidade da democracia, pois a compra – totalitária – de leis e privilégios afeta toda e qualquer possibilidade de igualdade política. Sobre tal afetação, relevante colacionar a contribuição de Formiga-Xavier:

Em outras palavras, haveria no Brasil uma intensa competição política, evidenciada pelos grandes volumes gastos nas campanhas eleitorais. Essa competição sofreria, entretanto, a distorção de somas desproporcionais de dinheiro gastas em campanhas pelas elites políticas dominantes, que levantariam tais recursos através da prática da corrupção política no exercício do poder público. O fato de os atores detentores do poder político serem incentivados por essa intensa competição a praticar a corrupção política afeta, como se viu, a qualidade da democracia. (FORMIGA-XAVIER, 2010, p. 46)

O que se verifica, portanto, é o financiamento de campanhas e a constante destinação de verbas, através de verdadeiros fundos monetários disponibilizados como moeda de troca, visando: (a) edições legislativas favoráveis; (b) liberação de financiamentos governamentais; (c) resultados direcionados de licitações; entre outras possibilidades, mas sempre com o intuito de obtenção de facilidades perante o Governo.

Ora, o simples fato de que apenas alguns poucos possuem a capacidade financeira para desempenhar tal atividade, bem revela o desequilíbrio do jogo político e a afetação da qualidade da democracia. Afinal, é praticamente impossível perceber o respeito à igualdade política, quando se tem conhecimento de que alguns representantes políticos recebem cifras milionárias para fazer prevalecer interesses particulares.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se percebe, por fim, é que a corrupção afeta significativamente a qualidade da democracia, sobretudo quando se verifica o seu enraizamento endêmico

² Informações extraídas de notícia jornalística disponível em: <http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/delacao-da-odebrecht-veja-as-suspeitas-levantadas-sobre-os-principais-politicos.ghtml>

no seio do poder. Isto porque, a corrupção desequilibra a distribuição dos recursos políticos, fazendo com que interesses particulares acabem sobressaindo sobre o interesse público.

A corrupção afeta o direito fundamental da igualdade entre os sujeitos políticos e, portanto, a verdadeira substância do princípio democrático. É possível dizer, enfim, que o grau de corrupção de determinado governo é inversamente proporcional à maturidade ideal do regime democrático.

Neste contexto, a corrupção endêmica acaba afetando tanto a qualidade perceptiva, quanto a qualidade essencial da democracia, não se podendo falar em democracia plena enquanto a corrupção continuar a ser elemento natural – massivamente presente – do sistema, ao invés de elemento acidental.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. Liberalismo e democracia. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6ª edição. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- DAHL, Robert A. Sobre a democracia. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.
- FORMIGA-XAVIER, Carlos Joel Carvalho de. A corrupção política e o caixa 2 de campanha no Brasil – Dissertação de Mestrado. São Paulo: Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. Democracia y garantismo. Edición de Miguel Carbonell. 2ª edición. Madrid: Editorial Trotta, 2010.
- KELSEN, Hans. A democracia. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MIRANDA, Pontes de. Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1979.
- MOISÉS, José Álvaro. A corrupção afeta a qualidade da democracia? – Revista Em debate. Volume 2, número 5, páginas 27-37. Belo Horizonte: Em debate, 2010.

As sementes geneticamente modificadas e o direito ao desenvolvimento

Milena Barbosa de Melo¹

Universidade de Coimbra

Nájila Bezerra²

UNIFACISA

INTRODUÇÃO

O sistema agrícola mundial modificou-se com o tempo, em virtude das adversidades que surgiram nas várias regiões do mundo, nomeadamente, mudanças climáticas (seca e chuvas exageradas), crise energética, aumento dos custos da produção agrícola, acarretando, portanto, um aumento significativo no preço dos alimentos e, conseqüentemente, interferindo diretamente na rotina da população.

Nessa perspectiva, o presente artigo tem como objeto o estudo das questões sobre direitos de propriedade intelectual, no contexto das necessidades apresentadas pela população e ainda, a importância das questões que envolvem tais direitos e a grande influência identificada com as questões agrícolas, nomeadamente, nos organismos geneticamente modificados.

Além da mudança de foco, parte significativa das pesquisas sobre biotecnologia agrícola e quase todas as atividades de comercialização estão, na atualidade, sendo realizadas por empresas privadas transnacionais. A biotecnologia aplicada aos organismos e as sinergias entre esses e os insumos químicos provocaram uma profunda mudança na estrutura do mercado de sementes em nível global.

Várias discussões surgem em relação à temática proposta, especialmente quanto ao uso dos organismos geneticamente modificados, mas, o presente estudo será norteado pela seguinte pergunta problema: o uso das sementes geneticamente modificadas afetará o direito à saúde e, conseqüentemente, o direito ao desenvolvimento?

Para responder a pergunta, ter-se-á como objetivo geral analisar se o uso dos organismos geneticamente modificados afetará a efetivação do direito a saúde e, em consequência do direito ao desenvolvimento. No intuito de alcançar as diretrizes estabelecidas anteriormente, buscar-se-á vencer as seguintes etapas: identificar se o sistema da modificação genética das sementes afeta o direito à saúde; enquadrar o direito à saúde como elemento fundamental para o direito ao desenvolvimento e analisar se o direito ao desenvolvimento é afetado a partir da entrada de sementes geneticamente modificadas no mercado de consumo.

¹¹ Especialista, mestre e doutoranda em Direito Internacional pela Universidade de Coimbra. Professora Universitária da Universidade Estadual da Paraíba e da Universidade de Ciências Sociais e Aplicadas- UNIFACISA. Consultora e pesquisadora jurídica. www.milenamelo.com. email: milena@milenamelo.com.br/milenabarbosa@gmail.com.

² Graduada em Direito pela UNIFACISA. Advogada.

A discussão proposta encontra-se localizada no campo das Ciências Sociais Aplicadas, especificamente no espaço da Propriedade Intelectual e encontra respaldo teórico na interlocução entre o Direito e outros territórios do conhecimento que destaquem a importância do diálogo no campo científico com pertinência à Ciência Jurídica e demais territórios do conhecimento no âmbito histórico-social. No concernente à relevância teórico-acadêmica, o trabalho procura reestabelecer novos diálogos de forma a possibilitar respostas aos novos problemas advindos do tecido social e que estão hoje a questionar o saber jurídico.

1. O SISTEMA DE PROPRIEDADE INTELECTUAL E A SUA RELAÇÃO COM O SETOR AGRÍCOLA

As mudanças no cenário econômico, político regional e mundial, bem como o advento de novas tecnologias, especialmente biotecnologias, provocaram uma verdadeira revolução nos sistemas de propriedade intelectual que se conformaram ao longo do século XX em um grande número de tratados e acordos internacionais e foram consolidados no âmbito das negociações da Rodada do Uruguai do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) que deu origem à OMC (Organização Mundial do Comércio).

Assim, apesar da insuficiência da disciplina dos conflitos, a legislação procura estabelecer limites. Em 1970, foi criada a Organização Mundial da Propriedade Intelectual - OMPI, com o objetivo de proteger as obras intelectuais humanas, abrangendo as áreas da ciência e da tecnologia, bem como fomentar o seu uso.

Verifica-se que os países em desenvolvimento acabam por enfrentar determinados obstáculos no que diz respeito à efetivação do direito ao desenvolvimento, pois quando se trata de engenharia genética, as dificuldades vão surgindo, já que a sociedade enfrentará, prioritariamente, problemas sociais, nomeadamente, a falta de alimentos, a qualidade dos alimentos, a efetivação do direito à saúde.

O sistema jurídico internacional concede a liberdade para que cada país, em âmbito interno, possa desenvolver sua prática específica voltada para as questões de agricultura e de propriedade intelectual. Por isso, existe uma variação considerável em termos de legislação voltada para a regulamentação do direito de propriedade intelectual e da agricultura.

1.1. OS ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS E O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Não se sabe, ao certo, as consequências que podem surgir a partir dos organismos geneticamente modificados, tanto no âmbito da saúde, como no que diz respeito aos aspectos do meio ambiente. Dessa maneira, por se tratar de uma nova tecnologia e considerando o reduzido conhecimento científico a respeito dos riscos de OGMs, torna-se indispensável que a liberação de plantas transgênicas para plantio e consumo, em larga escala, seja precedida de uma análise criteriosa de risco à saúde humana e do efeito desses produtos e serviços ao meio ambiente, respaldadas em estudos científicos, conforme prevê a legislação vigente.

Sendo assim, surge a necessidade de estabelecimento de normas adequadas de biossegurança, licenciamento ambiental, mecanismos e instrumentos para monitoramento, no sentido de assegurar o afastamento de danos à saúde humana e animal, assim como danos ao meio ambiente. Por isso, torna-se de substancial importância que cada país estabeleça um padrão de adoção de medidas essenciais de segurança para a produção dos alimentos geneticamente modificados. Essa questão se justifica a partir da ausência de informação sobre as questões relativas aos organismos geneticamente modificados.

Dessa maneira, as informações das leis nacionais devem estar estruturadas a partir de regras e princípios voltados para os direitos humanos e, conseqüentemente do direito ao desenvolvimento.

Em relação à produção de plantas e sementes geneticamente modificadas, observa-se que existem obstáculos para a reprodução, pois com a modificação genética da semente, surgirão restrições ao uso de elementos do próprio ecossistema pelo oferecimento de sementes melhoradas e mais produtivas que indubitavelmente serão mais utilizadas pelos produtores que visam uma maior produtividade para concorrer no mercado externo em função da maior possibilidade de obtenção de exportação.

A insegurança causada pelo uso dos organismos geneticamente modificados passou a ser um problema real, tanto para os países desenvolvidos como para os países em desenvolvimento. O que se observa, na verdade, é o questionamento sobre as conseqüências do uso desses produtos pelos indivíduos. No que tange ao meio ambiente, existem estudos revelando as conseqüências para os seres vivos a partir da utilização de OGMs na agricultura, por exemplo. A exposição de insetos e microorganismos a substâncias tóxicas produzidas pelos vegetais geneticamente modificados podem ocasionar a sua eliminação, provocando sério impacto ambiental.

Além disso, pesquisas citam a possibilidade de algumas culturas transgênicas, quando plantadas sob condições climáticas específicas, apresentarem queda na produtividade em relação à convencional; alteração no metabolismo humano a partir do consumo de certas substâncias transgênicas; oligopolização do mercado de sementes (risco tecnológico); aumento no preço final do produto, a partir da rotulagem de OGMs; dependência e exclusão dos pequenos agricultores, devido ao patenteamento da tecnologia pelas empresas que detêm o tipo de pesquisa (MORAIS 2004).

Os avanços biotecnológicos no campo da agricultura que estão intimamente relacionados com a engenharia genética, com a chegada dos organismos geneticamente modificados, têm sido acompanhados por uma grande polêmica, despertando muitas dúvidas e questionamentos em toda a sociedade, no sentido de qual a real necessidade de se criar OGMs.

Portanto, em face à insegurança gerada pelo uso dos organismos geneticamente modificados, entende-se que a lei que desenvolve culturas resistentes aos herbicidas precisa abrir canais de comunicação e discussão sobre os valores que essa tecnologia pode trazer à agricultura, à sociedade e às estratégias que assegurem o uso responsável e eficiente das culturas resistentes.

Por se tratar de uma nova tecnologia e considerando o reduzido conhecimento científico a respeito dos riscos de OGMs, torna-se indispensável que a liberação de plantas transgênicas para plantio e consumo, em larga escala, seja precedida de uma análise criteriosa de risco à saúde humana e do efeito desses produtos e serviços ao meio ambiente, respaldadas em estudos científicos, conforme prevê a legislação vigente. Nessa perspectiva, como forma de auxílio para a tomada de decisões, muita países, acabam por se utilizar do princípio da precaução. E, assim, quando é possível identificar riscos evidentes de prejuízos da biodiversidade e, ainda, para a saúde do indivíduo, não deve existir resistência na busca por medidas preventivas, mesmo que não existam evidências científicas.

O Princípio da Precaução foi formulado primeiramente pelos gregos e significava ter cuidado e estar ciente. Somente nos anos 70, o Princípio da Precaução foi consolidado na Alemanha em resposta à poluição industrial, ficando conhecido como *Vorsorge Prinzip*. Para atender o Princípio da Precaução, a liberação de AGM deve atender às necessidades de informação e de segurança do cidadão consumidor, sendo imprescindível que a avaliação

da segurança desse produto aconteça antes da sua introdução no mercado de consumo (BARROS, 2008).

2. USO DOS TRANSGÊNICOS, SISTEMA JURÍDICO INTERNACIONAL E O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Como elucidado, os transgênicos causaram um impacto significativo no âmbito internacional, no sentido da aceitação por partes dos países. Nesse sentido, no ano de 2000, o sistema jurídico internacional começa a se movimentar no sentido de regulamentar as questões dos organismos geneticamente modificados, no sentido de equilibrar os interesses entre as partes envolvidas na polêmica.

Nessa perspectiva, surge o protocolo internacional de biossegurança ou protocolo internacional de Cartagena com o objetivo de contribuir para a garantia de um nível adequado de proteção à transferência, manipulação e utilização segura dos organismos vivos modificados resultantes da biotecnologia moderna, que possam ter efeitos adversos na conservação e na utilização sustentável da diversidade biológica, levando-se em conta os riscos para a saúde humana.

Importante discussão e conseqüente proteção trazida por este diploma internacional foi a questão da soberania dos países sobre os seus recursos biológicos, uma vez que o pensamento que prevalecia na época era que a biodiversidade era uma herança comum da humanidade, permitindo ao país que descobriu aquele recurso, explorar sem contrapartida para o país de origem.

O protocolo determina, ainda, que o acesso deverá ser de comum acordo, consentido previamente, bem como os benefícios deverão ser distribuídos de forma justa e igualitária, aduzidos de sua utilização comercial e científica. Aqui, destaca-se que a biodiversidade tem relação direta com as biotecnologias, uma vez que é matéria-prima imprescindível para o desenvolvimento da atividade agrária e da economia.

Contudo, apesar dos esforços para a proteção da biodiversidade e da propriedade intelectual na modalidade propriedade industrial e na modalidade direitos autorais, observa-se que as regras ainda são esparsas e, em muitas delas, há o conflito com a própria CDB.

3. BIOSSEGURANÇA E O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

A biossegurança surge como instrumento essencial para garantir a manutenção equilibrada do sistema de produção agrícola e, portanto, refere-se ao processo de proteção para a melhoria das culturas, conservação da biodiversidade, redução dos riscos de biopirataria, combate às pragas e doenças, com o intuito exclusivo de garantia do bem-estar da humanidade.

Por isso, o objetivo da biossegurança é identificar, avaliar e responder adequadamente a todas as pragas e doenças que representem uma ameaça significativa para a agricultura, à silvicultura, à horticultura, à pesca, à biodiversidade nativa e à saúde humana.

Quando se analisam os elementos que envolvem as questões sobre biossegurança, observa-se uma aproximação considerável dos elementos previstos da Declaração de Direito ao desenvolvimento e, ainda, na Declaração Universal de Direitos do Homem, especificamente, quando se analisa a segurança alimentar que é o acesso à alimentação de qualidade, o que incorre na garantia do direito à saúde e à educação, ou seja, o direito ao desenvolvimento atravessa elementos essenciais à condição humana. Por isso, as garantias normativas previstas no âmbito internacional precisam ser efetivadas. Os critérios para efetivação dos direitos humanos através da segurança alimentar são

essenciais e, por isso, qualquer atuação, no sentido de violar os direitos humanos no âmbito da qualidade de vida através da segurança alimentar, deve ser afastada.

Partindo dos elementos jurídicos internacionais estabelecidos no âmbito da biodiversidade, observa-se que os objetivos que se desejam alcançar são referentes à conservação da biodiversidade, ao uso sustentável dos recursos genéticos e, ainda, à partilha justa e equitativa dos benefícios decorrentes da utilização dos recursos.

Portanto, os elementos indicados nos acordos internacionais, como é o caso do acordo TRIPS/OMC são medidas que visualizam a conservação e o uso sustentável dos componentes na biodiversidade. Nesse contexto, o acordo TRIPS leva em consideração a transferência de tecnologia, gestão de biotecnologia e distribuição de benefícios e mecanismos financeiros.

Ao ressaltar essa importância, observa-se a integração com o texto estabelecido na Declaração de direito ao desenvolvimento no artigo 8 e, apesar de ser um dispositivo um pouco amplo, não se pode olvidar dos elementos de respeito aos direitos humanos através das políticas nacionais para motivação do crescimento da qualidade de vida.

3.1.A LEI DE BIOSSEGURANÇA E OS SISTEMAS JURÍDICOS NACIONAIS DOS BRICS A PARTIR DE UM MUNDO SOCIALMENTE DESENVOLVIDO

Os países, dentro das suas perspectivas, devem seguir o padrão mínimo de estruturação das regras sobre biossegurança. Importante ressaltar que a falta de padronização, no âmbito internacional, decorre da falta de harmonização normativa em virtude dos elementos evidenciados pela soberania. Analisa-se, portanto, os sistemas jurídicos dos países, nomeadamente os que compõem os BRICS, que se propõem a desenvolver o estudo comparativo entre Estados Unidos e União Europeia.

Em se tratando de União Europeia, observam-se os elementos dispostos na legislação do bloco econômico ao preceituar um tratamento adequado destinado à proteção à saúde e, ainda, à preservação do meio ambiente, perante o mercado da biotecnologia que vem se desenvolvendo abruptamente.

As autoridades europeias buscam o estabelecimento de procedimentos para a autorização e supervisão dos gêneros alimentícios e alimentos para animais que sejam geneticamente modificados, no sentido de assegurar a segurança alimentar. Uma das medidas mais marcantes realizadas pela autoridade europeia é a exigência das informações através dos rótulos dos alimentos.

O Brasil ocupa o segundo lugar em área de OGMs plantada, perdendo apenas para os EUA, e tem emergido como um líder global na área de OGM. Pelo terceiro ano consecutivo, o Brasil se apresenta como a força motriz do crescimento global, aumentando a sua área mais do que qualquer outro país no mundo.

O princípio da precaução foi introduzido às normativas brasileiras com a formulação da Constituição Federal de 1988, que apresentou as primeiras normas voltadas especificamente para a defesa do meio ambiente. Essa abordagem transmite à sociedade e ao Poder Público o dever de defender e preservar o meio ambiente de forma a evitar que prevaleça apenas o intuito corretivo, que também existe na forma de sanções e punições para os causadores dos danos.

Portanto, analisando ambos os dispositivos legislativos, observa-se que o sistema governamental brasileiro deverá introduzir políticas públicas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional à população. Tais políticas públicas evidenciam os elementos relacionados com o princípio da precaução.

Por isso, o sistema de biossegurança do Brasil passa pela questão da rotulagem dos produtos, pois parte-se do pressuposto de que se a população tem acesso às informações adequadas apontadas nos produtos, poderá haver a devida instrução dos consumidores e, conseqüentemente, o afastamento de problemas que podem ser prejudiciais à população e ao meio ambiente.

Assim, o primeiro impacto das normas internacionais sobre a política e a legislação brasileira foi derivado do regime de proteção ao consumidor como resultado da convergência entre os regimes ambiental e comercial. Se essa tendência se confirmar, o direito do consumidor será fortalecido nos próximos anos.

A legislação sobre a utilização de técnicas para a elaboração de organismos geneticamente modificados é bastante flexível, pois passa a considerar os alimentos transgênicos como substancialmente equivalentes aos alimentos tradicionais, excluindo a obrigatoriedade de submissão dos produtos aos testes da FDA e da agência de proteção ambiental.

O mercado de transgênicos na China é bastante promissor, de forma que conseguiu, com a união de todos os países em desenvolvimento, ultrapassar o mercado de produção dos países desenvolvidos. A China é um dos maiores produtores de algodão GM no mundo e, como tal, é um dos maiores importadores de culturas biotecnológicas do mundo.

Entretanto, o sistema de produção das principais culturas de biotecnologia no país ainda não foi desenvolvido, em virtude do receio da população sobre a segurança alimentar.

E, apesar de ter um sistema de agricultura transgênica em franca expansão, a China aplica em seu sistema normativo, a necessidade de regulamentação das questões acerca da rotulagem dos produtos. Dessa maneira, da revisão da lei de segurança alimentar da China incorpora disposições sobre rotulagem de produtos de biotecnologia, situação que iria criar obstáculos para a entrada no mercado de produtos não rotulados ou com rótulos errados.

A estratégia jurídico-política da Rússia é bastante semelhante ao que é apresentado pela União Europeia e pelo Japão, se afastando, portanto, das políticas praticadas pelos Estados Unidos, China e Brasil. O quadro jurídico russo regula a segurança dos produtos transgênicos, e o controle sobre a sua circulação no mercado consiste principalmente de várias leis federais e resoluções governamentais que regulam a política de biotecnologia agrícola.

O quadro jurídico russo sobre a segurança dos produtos transgênicos (controle da circulação e da produção) é composto por várias leis federais e resoluções governamentais. Ainda na mesma perspectiva, o sistema jurídico russo observou, em 2015, a intenção de implementar uma política destinada a proibir a utilização de sementes geneticamente modificadas, plantas e animais, por qualquer razão, exceto em casos quando feito para fins de pesquisa científica.

A responsabilização por violação dos acordos estabelecidos no sistema jurídico russo é bastante interessante, pois em termos pecuniários, os valores são tratados de maneira irrelevante, apesar de as questões jurídicas serem bastante rigorosas. Assim, a venda de produtos com ausência de informações essenciais para a introdução no mercado é passível de responsabilização, nos termos de suspensão de comercialização e ainda na imputação de multa pecuniária.

Diante do que foi exposto, o sistema jurídico russo atravessa um processo de adequação no que diz respeito ao sistema da agricultura geneticamente modificada e, apesar de existir a possibilidade de produção e comercialização no mercado interno, o país

se preocupa com a segurança alimentar e, em virtude destas questões, o princípio da precaução evidenciado no protocolo de Cartagena é, de fato, levado em consideração.

No caso do sistema jurídico indiano, existe a previsão legal tendo em vista os riscos potenciais para a saúde humana e para o meio ambiente, quando do uso indiscriminado. O sistema regulatório de biossegurança na Índia evoluiu em resposta aos avanços observados nas ciências biológicas e nas preocupações dos cidadãos indianos, cientistas e agências do governo em relação aos produtos de biotecnologia que estavam sendo produzidos através da nova biologia.

O objetivo do sistema regulatório indiano é assegurar que os cultivos transgênicos não representem grande risco para a segurança alimentar, segurança ambiental e produção agrícola, e que não haja impactos econômicos negativos sobre os agricultores. Entretanto, mesmo sendo possível identificar uma legislação de combate ao uso de alimentos que gerem riscos para a segurança alimentar, ambiental e produção agrícola, existem casos que ocorrem na Índia que são considerados, especialmente, violações de Direitos Humanos.

O primeiro caso de cultivo de transgênico na Índia ocorreu, no ano de 2002, com a Monsanto. Tratava-se da inserção de cultivares híbridos em algodões pertencentes à empresa indiana Mahyco (PRAY, 2005). A empresa também é líder no desenvolvimento de sementes geneticamente modificadas, abarcando um mercado monopolizador e, em decorrência desse monopólio, a produção mundial de alimentos tem atravessado um forte período de turbulência, pois os agricultores estão constatando a dependência na produção e, ainda, de certa forma, o empobrecimento, em virtude dos contratos que são assinados com as empresas de transgênicos, gerando a proibição do plantio das sementes que são produzidas nas colheitas, obrigando os agricultores a comprarem novas

Como os frutos das sementes não podem ser reproduzidos, os agricultores acabam tendo que adquirir novas sementes e, como agravante, as empresas praticam preços altíssimos na venda. E, ainda, as questões ambientais na Índia acabam por prejudicar a reprodução das sementes, pois a perda nas plantações passou a ser significativa e, conseqüentemente, acabou por gerar o endividamento dos agricultores indianos.

A realidade da África do Sul é bastante complexa, quando comparada às questões identificadas nos demais países que compõem os BRICS. A situação decorre justamente do problema da fome que acomete grande parte da população. E, dessa maneira, os organismos internacionais, em especial a Organização das Nações Unidas, estabelecem políticas setoriais de combate a fome não apenas na África do Sul, mas nas demais regiões da África.

A legislação nacional da África do sul é um pouquinho ampla no que diz respeito aos organismos geneticamente modificados, mesmo assim o princípio da precaução é evidentemente identificado. No entanto, as condições sociais sul-africanas acabam por relaxar em alguns aspectos relativos à rotulagem dos produtos alimentícios. Ver o conteúdo depois da alteração.

CONCLUSÃO

O avanço da engenharia genética e a introdução no mercado mundial de um novo tipo de alimento "os geneticamente modificados ou transgênicos" têm gerado muita polêmica. De um lado, a indústria da biotecnologia deposita extrema confiança na segurança da engenharia genética e na sua importância para o desenvolvimento econômico e, de outro lado, há uma desconfiança generalizada da sociedade, motivada em parte pela ausência de informação.

Verificou-se uma forte insegurança gerada pelo uso dos organismos geneticamente modificados, uma vez que se entende que a lei que desenvolve culturas resistentes aos herbicidas precisa abrir canais de comunicação e discussão sobre os valores que essa tecnologia pode trazer à agricultura, à sociedade e às estratégias que assegurem o uso responsável e eficiente das culturas resistentes.

Constata-se a premente necessidade de estabelecimento de normas adequadas de biossegurança, licenciamento ambiental, mecanismos e instrumentos para monitoramento no sentido de assegurar o afastamento de danos à saúde humana e animal, bem como danos ao meio ambiente. É, portanto, de substancial importância que cada país estabeleça um padrão de adoção de medidas essenciais de segurança para a produção dos alimentos geneticamente modificados.

REFERÊNCIAS

- AFORI, Orit Fischman. **Human Rights and Copyright: The Introduction of Natural Law Considerations into American Copyright Law.** In: Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal. Volume 14, Issue 2 2004 Article 4 Volume XIV Book 2. P. 524.
- ANDERSON-SPRECHER, Andrew; JIE, Ma. and Ma Jie. **China - Peoples Republic of Agricultural Biotechnology Annual China Considering Major Revisions to Biotechnology Regulations.** 2015.
- ARAUCARIA, Márcia Rodrigues. **Biotecnologia moderna e desenvolvimento humano sustentável: uma composição possível.** In: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, año 17, nº 33
- FUCK, Marcos Paulo; BONACELLI, Maria Beatriz. Revista CTS, nº 12, vol. 4, Abril de 2009.
- GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à Internet: direitos autorais na era digital.** 4. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- HUGENHOLTZ, P. Bernt; Martin R.F. Senftlebe. **Fair use in europe.** In search of flexibilities. VU Centre for Law and Governance. Novembro de 2011.
- MELO, Milena Barbosa de Melo; MIRANDA, Laura Costa; SILVA, Jordanny Barbosa. **Socialização de obras: uma saída para o conflito entre direitos autorais e direito à informação e cultura.** In: Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun.
- MAGALHÃES, Vladimir Garcia. **Propriedade intelectual: biotecnologia e biodiversidade.** São Paulo: Editora Fiuza, 2011.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e biotecnologia.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2005.
- MING, Hu; JIAO, Feng. **Legal Protection of China's Biotechnology Patents.** In: Biotechnology law report. June 2014. Vol 33. N.3; 103-107
- MOLINA, J. Carlos Fernandez; PEIS, Eduardo. **The Moral Rights of Authors in the Age of Digital Information.**
- MORAIS, Roberta Jardim de. **Segurança e rotulagem de alimentos geneticamente modificados – seragem: uma abordagem do direito econômico.** 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- PRAY, Carl E.; BENGALI, Prajakta. **The cost of biosafety regulations: the Indian experience.** In: Quarterly Journal of International Agriculture 44 (2005), No. 3.
- RAMALHO, Ana. **The competence of the European Union in Copyright Lawmaking: a normative perspective of EU powers for copyrights harmonization.** Springer.2016.
- RAPPERT, Brian; GOULD, Chandré. **Biosecurity Origins, Transformations and Practices. Palgrave Macmillan.** New York 2009.
- RIBEIRO, Isabelle Geoffroy; MARIN, Victor Augustus. **A falta de informação sobre os Organismos Geneticamente Modificados no Brasil.** In: Ciência e Saúde Coletiva. 17(2) 359-368.2012.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O direito a vida digna.** Belo Horizonte: Fórum, 2004.

- RODRIGUES, Maria Rafaela Junqueira Bruno. **Biodireito: alimentos transgênicos**. 1. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2002.
- RODRIGUES, Edson Beas. **The general exception clauses of the TRIPS agrément promoting sustainable development**. Cambridge University Press. 2012.
- SACHS, Jeffrey. **The age of sustainable development**. Columbia University Press. New York. 2015. P. 45.
- (UN General Assembly. Future We Want - Outcome document .Resolution 66/197 of 22 December 2011. para. 4)
- SITDIKOVA, Lubov Borisovna; SHILOVSKAYA, Anna Leonidovna; Volkova, Maria Alexandrovna, Lenkovskaya, Renata Romanovna; Natalya Alexandrovna Stepanova. **Legal Regulation and Copyright Protection in Internet in Russia and Abroad**. In: Mediterranean Journal of Social Sciences . Vol. 6. Número 6. Novembro de 2015.
- PALANISSAMY, Ayyappan. **The Future of Copyright in India** – A Special reference to software piracy, its challenges and proposal for reform. International Conference on Software and Computer Applications IPCSIT vol.9 (2011) © (2011) IACSIT Press, Singapore
- WEI, Xinjie; LIN, Wanlong; HENNESSY, David A. **Biosecurity and Disease Management in China's Animal Agriculture Sector**. Working paper 13-WP 542. October 2013. Center for Agricultural and Rural Development Iowa State University.

The protection of individual identities: identity as a human right

Patrícia Tuma Martins Bertolin¹

Fernando R. M. Bertoncello²

Universidade Presbiteriana Mackenzie

1. PROTECTION OF HUMAN IDENTITY

Throughout the history on the protection of human rights, we can see a protection that happens collectively, aiming at what it is to be human in a global way and not individual issues. However, when certain individuals are disregarded, certain groups seem to be disregarded. Human rights systems have thus sought to recognize the rights of more individualized groups, such as women's rights with the *UN Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (1966), the *International Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women* (1979) and the *International Convention on the Rights of the Child* (1989). However, it is pointed out to the continuity of the evolution of this protection in the sense of recognizing intimate rights to the specific human being, such as identity, for example.

What in the field of social sciences and related disciplines is understood by identity, in the field of psychoanalysis and psychology, is confused with what is meant by personality.

Freud began the study of personality by developing a theory for it. Sigmund Freud's psychoanalytic personality theory argues that human's behavior is a result of interactions between three parts of mind: *id*, *ego*, and *superego*³ (BOUNDLESS, 2017).

This structural theory of personality attaches great importance to how conflicts between parts of the mind shape behavior and personality. These conflicts are mostly unconscious (*Ibid.*).

¹ Doctor and Master in Labor Law from the University of São Paulo (USP); Post-Doctorate by the Carlos Chagas Foundation; Professor of the Law Undergraduate Program and the Graduate Program in Political and Economic Law at Mackenzie Presbyterian University.

² Lawyer, with a degree in Law from Mackenzie Presbyterian University, Brazil, a specialist in Public Law and also in Civil Law and Civil Law Procedure at Cândido Mendes University, Brazil, a master and doctorate candidate in Political and Economic Law from Mackenzie Presbyterian University, Brazil.

³ In very simple terms, not intending a technical deepening in psychoanalytic matter, what Freud understands by *id* would be a part of the *self*, duly governed by the pleasure principle. *Id* would therefore be closely linked to the libido and the action of impulses. In other words, it is located in the unconscious zone in mind, without knowing the conscious and ethical reality, acting, therefore, only from instinctive stimuli, which attributes to it the characteristic of amoral.

Superego, on the other hand, according to Freud, would be the inhibiting component of mind, acting contrary to *id*. Considered hypermoral, it follows the "principle of duty" and makes the judgment of the intentions on the subject always acting according to cultural inheritances related to values and rules of conduct. *Superego* is then the moral and social component of personality.

Ego, according to Freud, would be mind's conscious part, being responsible for functions such as perception, memory, feelings, and thoughts. It would be governed by the principle of reality, being the main influence regarding the interaction between the subject and external environment. It is a moral component that takes into account existing ethical standards and acts as mediator between *id* and *superego* (PSICOATIVO, 2017).

According to Freud, personality is developed during childhood and is critically shaped through a series of five psychosexual stages⁴, which he called the psychosexual development theory. During each stage, a child is presented with a conflict between biological movements and social expectations. Successfully dealing with these internal conflicts will lead you to the mastery of each stage regarding development and, ultimately, to a fully mature personality (*ibid.*).

Freud's ideas, however, were criticized for their singular focus on sexuality as the protagonist in the personal development of personality (*ibid.*).

Post-Freudian theories have often held the view that personality development basically occurs in childhood and that personality is stable in late adolescence. From the 1990s, modern personality theorists agreed that their personality development extends until the age of 30 (COSTA, 1994).

Currently, the personality's perspective formation is based upon the *plasticity's principle*, since personality traits are open systems that can be influenced by the environment at any age (BALTES, 2017). This interactional development model emphasizes the relationships between an individual and his / her environment and suggests that there is a dialectic between continuity and change throughout life (ROBERTS; CASPI, 2003).

It is also worth mentioning that the process of personality formation is considerably complex and seems to take place through genetic and social factors (HARKNESS; LILIENFELD, 2017).

What it seems to be lacking in the protection of human rights is to recognize the personality / identity as a fundamental right, because it is from this that a human being is formed.

In this sense, it is asked: what would be the formative elements of the human personality / identity?

As dynamic as the formation process of this personality / identity would be the answer, because personalities / identities are distinct precisely because they are formed by distinct elements, full of nuances that make up the human being as unique.

Besides religion, it seems that sexuality has been the protagonist for the intimate construction of a human being. In this sense, the theories of gender rescued Freudian and Lacanian concepts about sexuality in the formation of personality / identity of the individual. Mackinnon (1989), for example, points out that in societies, being a man or woman is inherent in the identity of the human being. To conceive of man or woman, influences the perceptions of the world and the construction of a forced identity.

⁴ According to the Freudian psychosexual theory, the stages of human development are the following ones: (i) the oral phase (from the period of birth to 1 year old) and consists of a kind of primary interaction of a child with the world through the child's mouth; ii) the anal phase (from 1 to 3 years old), in which Freud believed that the main focus of libido was on bladder control and bowel movements; iii) the phallic phase (which covers the period between 3 and 6 years old), in which Freud suggested that the main focus of the *id* energy is on the genitals and also at this time the boys and girls experience Oedipus and Electra's Complex, as well as the period in which children adopt values and characteristics of the same-sex parent and then form their superego; iv) the latent phase (which comprises the period from 6 to 11 years old), in which the superego continues to develop, while *id* energies are suppressed and children develop social skills, values and relationships with colleagues and adults outside the family; v) the genital stage (which covers the period from 11 to 18 years old), in which the onset of puberty causes the libido to become active again (*ibid.*).

This feminine identity is an especially social construction, limiting the capacity of women to what, in fact, means to be a woman and how to behave like a woman⁵. Those women who have resisted following these standards are considered less women, less female (*ibid.*).

As long as it has been shown, the formation of this personality, which begins in childhood, affects not only childhood but also the fate of these human beings. In this same sense, Mackinnon (*ibid.*) points out that daughters, girls, can not say yes to sex, for example. Married women, on the other hand, can never deny it, as well as prostitutes, which puts them on the same level. That is, from the point of view regarding gender, the formation of the feminine identity does not seem free. Sexuality of women does not only seem to determine identity, but also their destiny.

This social construction of what it is to be a woman therefore limits the capacity of women to what, in fact, means to be a woman and how to behave. Those women who have resisted these following standards are considered less women, less female. Moreover, in these attempts at ruptures, they realize how much they are dependent economically, just how few money circulates in the hands of many women (*ibid.*).

The construction regarding male identity can also be tantalizing, because being in a position of power does not necessarily mean being in touch with who you really are in the aspect of identity / personality. Gilligan (2011), in analyzing the early years of boys' childhood demonstrates how much they resist to introject masculine values and how much they are able to feel and show affection. For Gilligan (2011), the construction of the masculine is very torturing, because it separates what it is to be a man and what it is to be human, trying to transform men into soldiers and / or providers. Gilligan (*ibid.*) also shows how boys in the early years of life resist the internalization of male values, such as showing no affection, especially for other boys.

The question of sexuality in the composition of the personality / identity becomes even more complex when one discusses the limits that differ and approaches the concept of gender and the concept of sexuality.

In this sense, Grossi (1998) understands that he understands gender by a set of social and historical characteristics of the human being, serving the gender, therefore, to determine everything that is culturally and historically determined in a society.

Another dimension of human identity / personality seems to be the body itself. The body can not be limited only by its form, but rather it is represented in gestures, forms, attitudes, in its multiple presentations (LOURO, 2000).

The discussion about identity and body goes through the most diverse facets: physical disability, abortion, plastic surgery, organ donation, transsexuality, travestilities, euthanasia, dysthanasia, orthathanasia, fashion, image right, rape, incest, apothemophilia, acrotomophilia.

Discussing the body, under any of these various facets, allows one to realize that it is not free. The body seems to be strongly regulated by positive laws and social conditions, which often disrupt the intimate of what is human (of its identity, of its essence) and transforms the individual into a performative being that needs to first meet the yearnings of a society than to their own longings (BUTLER, 2003).

⁵ It is important to note the term the *woman* is used until nowadays in phrases such as "how a woman should behave" or "a woman can not behave in this way".

The identity / personality's right needs to rediscover the body in order to seek to liberate it, to deregulate it.

Another component of human identity / personality seems to be affection. This idea was developed by Freud, who turned affection into a central point of his psychoanalytic theory, as it is possible to observe in one of the passages of his work:

We can not continue our elucidation if we do not consider **the role of affections in these processes**, which, however, is only possible here in an incomplete way. Let us therefore formulate this statement: The suffocation of the Ics becomes necessary, above all, because the course of the representations within the Ics, left to itself, would develop an affection which, in its origin, had the characteristic of pleasure, but, since produced the process of repression, leads to the characteristic of displeasure. Suffocation has the purpose, but also the result, of preventing this development of displeasure. (...). **On the basis of this, there is a very definite assumption about the nature of the development of affect.** (Freud, 1900, p.573). (author's italics) (author's translation)⁶

Simplifying Freud's complex words, affection seems to be central to his psychoanalytic theory, precisely because it also seems to be central to the formation of the human psyche. The affection (or lack thereof) form the human being who, in turn, develops his ability to love and be loved (or does not develop).

In this same sense, Jean Piaget (1975) postulates that the full development of personality under its most intellectual aspects is inseparable from all the affective, social and moral relations that constitute the life regarding educational institutions, recognizing, therefore, that affection composes what it is a human being.

Therefore, protecting one's identity / personality also seems to protect their affections: their way of giving and receiving love, their way of relating, as well as seeking guarantees so that these individuals, from childhood, in the course of their processes, have ensured such an affective development.

2. MIGRATION AS AN ALTERNATIVE TO PROTECT THE RIGHT TO INDIVIDUAL IDENTITY

From migration's point of view, it seems that the act of migrating is part of the history of human existence and, therefore, it seems incorrect to regard it as mere action, and not as a human right.

Multiculturalism (or cultural pluralism), on the other hand, is no longer a presupposition of human existence either, since its plurality is undeniable. Indeed, at least under the aegis of individuality, in the face of the various facets of what it is to be human, it can be said that the only characteristic common among the almost 8 billion human beings existing on the planet is the very fact that they are different of others.

⁶ "No podemos continuar nuestra elucidación si no tenemos en cuenta el papel de afectar a estos procesos, los cuales, sin embargo, sólo es posible aquí de forma incompleta. A continuación, vamos a formular esta declaración: se necesita la sofocación del sistema Ic, sobre todo, porque el curso de las representaciones dentro del sistema Ic., abandonada a sí misma, se desarrollaría un afecto que, en su origen, tenía la característica de placer, pero desde ese produjo el proceso de la represión toma la característica de desagrado. La asfixia es el final, pero el resultado, para evitar este descontento desarrollo. (...). Sobre la base de esto, no es una suposición muy específica acerca de la naturaleza de desarrollo del afecto".

Therefore, it is necessary to demonstrate how important is the protection of diversity for the maintenance of human existence itself; diversity that is reinvented by migratory flows that happen and will happen throughout history.

Migratory flows have been part of the history of the world. In this regard, the following consideration is given to data from the International Labor Organization:

Migration is the result of the world's troubled political and economic situation, and is also an important component in building a historical process. However, migration has occurred in the last two decades as a result of wars, famine and economic imbalances, having a special character therefore. Since World War II, large-scale migrations across seas, lands, and cultural and linguistic boundaries are no longer exceptional events and have become the norm as in previous historical periods. (BASCH, LERNER, 1986, pp. 4-5).⁷

In this context, migration is a human right, since the boundaries established and defining the sovereign states are merely artificial.

It was in the sense of understanding, migration as a human right, that the United Nations Convention on the Status of Refugees, on the occasion of the General Assembly of the United Nations, was published on July 28, 1951. entered into force on April 22, 1954.

Therefore, it is very important to note that it is reiterated that the Statute also falls within the scope of granting protections to those who have their identities violated or persecuted.

FINAL CONSIDERATIONS

It is noticed that the discussion about the human right regarding identity / personality in its most individual aspect is a challenge that begins to be structured from the moment in which it is considered, in the global, regional and also constitutional scope. The questions concerning to sexuality, religions, genders, bodies, affection, to human development itself, in addition to possible new discoveries shall somehow corroborate with the formation of a system on protection of the identity / human personality.

It is also understood that rethinking a concept of migration on grounds of inheritance is essential for all groups that need to migrate effectively to be recognized as refugees, not just those who are in a war situation. Thus, from this new design, the adoption of international guidelines so that the countries that host the refugees adopt public policies is also necessary.

Regarding the design of such public policies, it is very important that their resourcefulness takes place within a democratic process, systematized and also very articulated with various spheres and organs of the federation. In addition, the importance of migrant participation in the construction of public policies was verified.

⁷ *“La emigración que se produjo a consecuencia de la agitada situación económica y política del mundo ha sido un componente importante del proceso histórico. Sin embargo, los movimientos migratorios ocurridos en las dos últimas décadas –resultado de las guerras, el hambre y los desajustes económicos del apos-guerra, han tenido un carácter especial, debido a las trayectorias geográficas que han seguido y la magnitud de la población afectada. Desde la segunda guerra mundial, las migraciones en gran escala, a través de mares, tierras y fronteras lingüísticas y culturales, han dejado de ser fenómenos excepcionales y se han convertido en la norma como ocurrió en períodos históricos anteriores”.*

REFERERENCES

- ANCUR. CONVENÇÃO RELATIVA AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS (1951). Disponível em: <<
http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1>>. Acesso em: 7 nov. 2015.
- BASCH, Linda; LERNER, Gail. *En el umbral del nuevo siglo: las mujeres migrantes se organizan*. In: *Las mujeres migrantes reclaman sus derechos – Nairobi y después de Nairobi*. Secretaría de migraciones, 1986.
- BALTES, Paul *On the incomplete architecture of human ontogeny: Selection, optimization, and compensation as foundation of developmental theory*. Disponível em: <
<http://psycnet.apa.org/index.cfm?fa=buy.optionToBuy&uid=1997-03698-009>>. Acesso em: 8 jan. 2017.
- BOUNDLESS. *Freudian Psychoanalytic Theory of Personality*, Disponível em: <
<https://www.boundless.com/psychology/textbooks/boundless-psychology-textbook/personality-16/psychodynamic-perspectives-on-personality-77/freudian-psychoanalytic-theory-of-personality-304-12839/>>. Acesso em: 7 jan. 2017.
- CHARRIÈRE, Florianne. «Réfugié» ou «migrant»? *Analyse des représentations de l'asile au Sénégal et au Ghana*. Institut d'ethnologie, Université de Neuchâtel, 2010.
- COSTA, P. T. Jr.; MCCRAE, R. R. *Set like plaster? Evidence for the stability of adult personality*. In HEATHERTON, T. F. & WEINBERGER, J. L., *Can personality change?*. Washington, DC: American Psychological Association, 1994.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. A Luta pelos Direitos Humanos. In: LOURENÇO, Maria Cecília França. *Direitos Humanos em Dissertações e Teses da USP: 1934-1999*. São Paulo: Universidade de São, 1999.
- DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1976*. Disponível em: <
http://www2.mre.gov.br/dai/m_591_1992.htm>. Acesso em: 01 out. 2016.
- _____, Legislação. *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966*. Disponível em: <
http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/067.pdf>. Acesso em: 01 out. 2016.
- DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <
http://direitoshumanos.gddc.pt/2_3/IIPAG2_3.htm>. Acesso em: 06 jan. 2017.
- FREUD, Sigmund. *Sigmund Freud - Obras completas. La interpretación de los sueños*. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1900.
- GROSSI, Miriam Pillar. *Identidade de gênero e sexualidade*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1998.
- HARKNESS, Allan; LILIENFELD, Scott. *Individual differences science for treatment planning: Personality traits*. Disponível em: <
<http://psycnet.apa.org/index.cfm?fa=buy.optionToBuy&uid=1997-43856-002>>. Acesso em 8 jan. 2017.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- JUNG, Carl Gustav. *The Earth Has a Soul: the nature writings of C.G. Jung*. 3 ed. Berkeley, California: North Atlantic Books, 2002.
- LALAGUNA, Paloma Durán. *Manual de Derechos Humanos*. Granada: Comares, 1993.
- LOURO, Guacira Lopes. *O corpo educado: pedagogias da sexualidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

- MARTIN, Susan Forbes. *Mujeres e niños refugiados*. In: *La mujer ausente: derechos humanos en el mundo*. España: Isis Internacional. 2010.
- MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. *Dignidade da Pessoa Humana: Princípio Constitucional Fundamental*. Curitiba: Juruá Editora, 2003.
- MESQUITA, Raúl; DUARTE, Fernanda. *Dicionário de psicologia*. 1 ed.. São Paulo> Plátano, 1996.
- PARDO MONTANO, Ana Melisa Migración internacional y desarrollo. Aportes desde el transnacionalismo. In: *Revista de Estudios Sociales*. oct-dic 2015, Edición n. 54, p. 39-51.
- PATRICIO, Maria Cecília. *O travesti: uma questão de gênero*. Recife, 2002. Mestrado (Antropologia), 2002.
- PIAGET, Jean. *A equilibração das estruturas cognitivas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.
- PSICOATIVO. *Id, ego e superego*. Disponível em: <<http://psicoativo.com/2016/05/resumo-id-ego-e-superego.html>>. Acesso em 08 jan. 2017.
- ROBERTS, Brent; CASPI, Avshalom. *The cumulative continuity model of personality development: Striking a balance between continuity and change in personality traits across the life course*. In: STAUDINGER, Ursula; LINDENBERGER, Ulman. (Org.), *Understanding human development: Life span psychology in exchange with other disciplines* (pp.183-214). Dodrecht: Kluwer, 2003.
- ROUGHGARDEN, Joan. *The gender binary in nature, across human cultures, and in the bible*. In: SCHREIBER, Gerhard. *Transsexualität in theologie und neurowissenschaften*. Walter: De Gruyter, 2016.
- RUBIO, Valle Labrada. *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos: Fundamento. Historia. Declaración Universal de 10 de diciembre de 1948*. Madrid: Civitas, 1998.
- RIOS, Roger Raupp. *Notas para o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade*. In: RIOS, Roger Raupp (Org.). *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SACHS, Ignacy. *Caminhos do desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.
- SCOTT, Parry. *Fluxos migratórios femininos, desigualdades, autonomização e violência*. In: AREND, Silvia Favero; RIAL, Carmen Silvia de Moraes; PEDRO, Joana Maria (Org.). *Díásporas, mobilidades e migrações*. Florianópolis: Editora Mulheres, 2011.
- DUARTE, Clarice Seixas. *O ciclo de políticas públicas*. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Org.). *O direito e as políticas públicas Atlas*, 2014.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legitimidade jurídica das políticas públicas: a efetivação da cidadania*. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Org.). *O direito e as políticas públicas Atlas*, 2014.
- _____. *Dimensões da cidadania*. In: *Novos Direitos e Proteção da Cidadania – Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público*. Ano 2 – janeiro/junho 2009.
- SODER, José. ***Direitos do homem***. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1960.
- SOLOMON, Robert C. Solomon, *Existentialism*, 1974.
- TOLEDO, Ines Lopes de Abreu Mendes. *O tribunal penal internacional na repressão do crime de genocídio*. In: LOIS, Cecilia Caballero; LEISTER, Margareth Anne; SILVEIRA, Vladimir Oliveira (Org.). *Direito Internacional dos Direitos Humanos II*. Conpedi: Santa Catarina, 2016. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/va83toup/N2uC51M0M3d17xYT.pdf>>. Acesso em 30.01.2017.

Autonomia privada e neutralidade na tributação do comércio internacional

Andreia Isabel Dias Barbosa*

Universidade do Minho

A. Introdução

Constituindo o comércio internacional um dos mais poderosos motores da Era da Globalização em que vivemos, já há várias décadas que têm vindo a ser estudados os termos em que a expansão das trocas comerciais além fronteiras deve ser concretizada. Sendo hoje dado adquirido que «[n]enhum país é uma ilha» e que «[t]odos os países participam na economia mundial e estão interligados através do comércio internacional e das finanças»¹, novas soluções jurídicas tiveram que ser criadas, perante cenários que não tinham sido ainda sequer prospetivados, em plena concretização da ideia de que o Direito deve ir atrás da realidade².

Pois bem, no concreto domínio da tributação das importações e das exportações, é vastíssimo o elenco de novos problemas com relevância jurídica que têm vindo a surgir, considerando-se, a este propósito, que «[ca]da solução tributária causa problemas no comércio internacional e cada solução no comércio traz problemas tributários»³.

Porém, no presente escrito não é nosso intento debruçar-nos sobre tão alargado conjunto de implicações tributárias que o comércio internacional tem trazido e sobre as soluções que têm vindo a ser desenvolvidas. Se o objetivo esse fosse, dificilmente seria plenamente concretizado e padeceria, com grande probabilidade, de incompletude. O presente escrito servirá, isso sim, para debater um concreto problema relacionado com os termos em que a tributação das importações e das exportações é concretizada em sede de Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA) e de direitos aduaneiros e, em particular, na forma como a tributação influencia ou deve ou não influenciar as escolhas dos operadores económicos, com especial atenção para o domínio das relações comerciais ibero-americanas.

A referência à tributação no comércio internacional sem preocupações de delimitação levaria a uma amplitude inoportável do nosso objeto estudo, ao exigir a inclusão de todas as operações de trocas comerciais de mercadorias que fossem

* Doutoranda em Ciências Jurídicas Públicas, Mestre em Direito tributário, Licenciada em Direito, na Escola de Direito da Universidade do Minho | Consultora fiscal na Deloitte Portugal

¹ Cf. SAMUELSON NORDHAUS, *Economia*, 19.ª edição, Nova Iorque, McGraw Hill, 2011, p. 380.

² «O buraco do real não é somente a inevitável constatação de que a vida é mais complexa do que o sistema jurídico, mas uma conclusão lógica» - cf. MISABEL ABREU MACHADO DERZI, «O planeamento tributário e o buraco do Real. Contraste entre a Completabilidade do Direito Civil e a Vedação da Completude no Direito Tributário», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier*, Volume II, Coimbra, Almedina, 2013, p. 413.

³ Cf. HOMER MOYER, «WTO Compliance May Spur Far Reaching Tax Reform», in *Tax Notes International*, 2002, apud JINYAN LI, «Relationship Between International Trade Law and National Tax Policy: Case Study of China», in *Bulletin for International Taxation*, 2005, p. 1.

concretizadas internacionalmente, entre todos os países, territórios ou regiões do Mundo. Por esse motivo, importa desde já esclarecer que a nossa atenção incidirá sobre os termos em que é concretizada a tributação das operações de importação e de entre os países pertencentes ao território aduaneiro da União Europeia e países terceiros, atribuindo especial relevância às operações que são estabelecidas num contexto ibero-americano.

Não obstante a análise normativa ter como referência a Diretiva do IVA e o Código Aduaneiro da União (comuns a Portugal e a Espanha), sempre que possível e quando a pertinência assim o impuser, faremos a devida contextualização para os países ibero-americanos.

A especialidade da nossa exposição assentará na convergência de dois ramos do Direito – do Direito civil e do Direito tributário – e, mediante o cruzamento principiológico das traves mestras da autonomia privada e da neutralidade no domínio do comércio internacional. Feito esse cruzamento, e com a devida contextualização, daremos conta daquele que nos parece ser o papel que o primeiro dos princípios enunciados assume no contexto económico e tributário atual. Pretendemos, em suma, contribuir para a construção de um debate teórico, principiológicamente fundamentado, de problemas que, por regra, são apenas equacionados numa perspetiva técnica.

B. A tributação das importações e das exportações – densificação concetual e articulação das imposições tributárias

A densificação dos conceitos operativos mais importantes nos presentes escritos torna-se essencial, não só para delimitação do tema, mas também para correta e completa apreensão das conclusões que pretendemos partilhar. Ademais, considerando que em causa estão duas imposições tributárias – o IVA e os direitos aduaneiros –, é relevante explicitar os termos em que a articulação entre os respetivos regimes jurídicos pode ser feita. É o que faremos nos pontos que se seguem.

i) As importações e as exportações – principais aspetos caracterizadores

As importações e as exportações correspondem a operações transfronteiriças, que se prendem com a circulação internacional de mercadorias e que envolvem trocas comerciais com países ou territórios terceiros, ultrapassando fronteiras e, conseqüentemente, envolvendo diferentes jurisdições. As importações e as exportações de bens têm por objeto mercadorias, não se reconduzindo a serviços, mesmo quando sejam prestados *cross-border*. As mercadorias que saem ou que entram do Território Aduaneiro da União devem ser submetidas às formalidades aduaneiras relativas à importação e exportação de mercadorias, sendo necessário ainda proceder, relativamente aos bens importados, ao pagamento do IVA devido.

Concretamente, as importações reconduzem-se à entrada, em território nacional, de bens originários ou procedentes de países terceiros (e que não se encontrem em livre prática ou tenham sido colocados em livre prática nesses países, no âmbito de acordos de União Aduaneira) e de bens procedentes de território terceiros (e que se encontrem em livre prática).

As importações de bens constituem operações tributáveis em sede de IVA, independentemente da natureza do importador. No entanto, no caso de os bens ficarem sujeitos, desde a sua entrada no território nacional aos regimes aduaneiros, aos procedimentos de depósito provisório, zona franca ou entreposto franco, entreposto aduaneiro, importação temporária com isenção total de direitos, trânsito

externo ou procedimento de trânsito interno, a importação apenas se verifica quando forem declarados para livre prática e consumo. A introdução em livre prática de uma mercadoria sujeita a direitos de importação é, pois, facto constitutivo de dívida aduaneira na importação.

No que às exportações diz respeito, importa salientar que o respetivo significado é distinto para efeitos de direitos aduaneiros e de IVA. Na expressão aduaneira, a exportação corresponde a um dos regimes aduaneiros enunciados no CAU, que permite a saída de mercadorias-UE do território aduaneiro da União, aplicando as formalidades previstas, incluindo medidas de política comercial. Assim, de acordo com o sentido aduaneiro atribuído à operação de exportação, a sua aplicação encontra-se condicionada por dois requisitos. Por um lado, em causa têm de estar mercadorias-UE, que correspondem (i) às mercadorias inteiramente obtidas no território aduaneiro da União, sem incorporação de mercadorias importadas de países ou territórios que não façam parte daquele território; (ii) às mercadorias introduzidas no território aduaneiro da União a partir de países ou territórios que não façam parte desse território e introduzidas em livre prática; e (iii) às mercadorias obtidas ou produzidas no território aduaneiro da União, quer exclusivamente a partir das mercadorias a que se refere o ponto (ii), quer a partir das mercadorias a que se referem os pontos (i) e (ii). Por outro lado, as mercadorias têm que abandonar o território aduaneiro da União, com destino a país ou território terceiro. A partir deste requisito, ganha relevo a inexistência de coincidência entre o território aduaneiro da União e o território fiscal para efeitos de IVA.

No que concerne ao IVA, o conceito de exportação não se encontra especificamente definido em sede de IVA em qualquer dos quadros legislativos atinentes a este imposto. No entanto, encontra-se assegurado que as formalidades na exportação de bens no âmbito do IVA adotam as que estão previstas na legislação aduaneira.

O IVA atende à localização das operações tributáveis e, regra geral, obedece ao princípio da tributação no destino – procurando contribuir para a neutralidade do IVA no comércio internacional – através da tributação no país para onde se dirigem os bens. Assim, os bens abandonam o país exportador sem carga fiscal e serão tributados à entrada do país importador. A Diretiva do IVA define o âmbito geográfico da sua aplicação, identificando os territórios que integram a União fiscal para efeitos de IVA e onde não se aplica a Diretiva e quais os territórios que, apesar de não fazerem parte daquela, a devem aplicar. Também o Código do IVA português circunscreve o âmbito territorial de aplicação das disposições relativas ao IVA. As exportações correspondem, pois, a transmissões de bens, efetuadas onerosamente, no território nacional, por um sujeito passivo de IVA, que aja como tal, incluindo-se, por isso, no conceito de operação objetivamente sujeita a imposto. Porém, estão em causa operações que, respeitando o princípio do destino, se tornam isentas de IVA.

ii) A articulação entre o IVA e os direitos aduaneiros

Previamente ao estabelecimento do cruzamento principiológico tributário e civilista que constitui o cerne dos presentes escritos, cumpre tecer algumas considerações relativamente aos termos em que a articulação entre o IVA e os direitos aduaneiros deve ser concretizada. Isto porque o tratamento fiscal do constante fluxo de bens que ultrapassa fronteiras está revestido de alguma complexidade.

Ademais, e sem prejuízo da relevância que assume a discussão sobre a justificação (ou ausência dela) para que as importações e exportações sejam

tributadas⁴, não aproveitaremos o momento para nela também participar, optando por partir daquela que é a realidade jurídico-tributária atual: as operações de importação (e, em alguns casos, as de exportação) encontram-se sujeitas ao pagamento de IVA, de direitos aduaneiros e, em algumas situações, de direitos *antidumping*⁵.

Centrando a análise no IVA e nos direitos aduaneiros, importa começar por esclarecer os termos em que estas imposições tributárias têm lugar, considerando que ambas têm relevância em quase todos os países, incluindo, evidentemente, os países ibero-americanos⁶.

⁴⁴ Tem vindo a ser entendimento maioritário que «[o] comércio internacional deveria desenvolver-se num ambiente seguro e simples, eliminando-se os custos fiscais e administrativos desnecessários» - cf. GLÓRIA TEIXEIRA, *Manual de Direito Fiscal*, 4.^a edição, Coimbra, Almedina, 2016, p. 173. Especificamente sobre os direitos aduaneiros, há quem os acuse de constituírem um fator de restrição ao comércio internacional e um entrave à internacionalização devendo, por esse motivo, ser eliminados. Neste sentido, vide LUIS M. BARATA, «Os direitos aduaneiros e os impostos especiais sobre o consumo podem contribuir para a internacionalização?», in *Internacionalização e Tributação* (Manuel Pires e Rita Calçada Pires – Coord.), Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2012, p. 104.

⁵ Existe *dumping* quando um produto é exportado a um preço inferior ao custo ou inferior ao preço que esse produto tem no mercado interno do país exportador. Assim pode acontecer porque o mercado em causa está muito protegido e as empresas podem aumentar os preços do produto, enquanto que quando exportam aplicam preços mais baixos (por exemplo, porque no mercado para o qual se exporta há mais concorrência). Nestes casos, o país importador pode estabelecer um direito *antidumping*, igual à diferença entre o preço pelo qual se realiza a importação e o preço de custo, ou igual ao preço no país de exportação. Os direitos *antidumping* são, assim, geridos paralelamente aos direitos de importação.

⁶ Relativamente ao IVA, a respetiva implementação no âmbito europeu iniciou-se através da Primeira e Segunda Diretivas do Conselho, de 11 de abril de 1967 (67/227/CEE e 67/228/CEE). A efetiva implementação do imposto estava prevista para 1970, mas por força das prorrogações acordadas pelas Terceira, Quarta e Quinta Diretivas, foi atrasada para 1 de janeiro de 1973. Por fim, a 17 de maio de 1977 foi adotada a Sexta Diretiva, que introduziu uma base de uniformidade ao imposto, a qual foi efetivamente implementada por todos os Estados a partir de 1 de janeiro de 1980. As sucessivas modificações da Sexta Diretiva, juntamente com o surgimento de outras Diretivas sobre aspetos concretos do imposto, deram lugar à Diretiva 2006/112/CEE, de 28 de novembro, relativa ao sistema comum do IVA.

Já o Brasil foi o primeiro país latino-americano a estabelecer o IVA, em 1967, sendo aplicáveis no Brasil (i) o imposto sobre produtos industrializados; (ii) o imposto sobre circulação e serviços (iii) e o imposto sobre serviços de qualquer natureza. Posteriormente, foi-se estendendo a quase todos os países ibero-americanos: Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá (onde se aplica o *Impuesto de Transferencia de Bienes Muebles y Servicios*), Paraguai, Perú, Uruguai e Venezuela. Em concreto sobre a adoção do IVA no Brasil, vide AAVV – *IVA para o Brasil, Contributos para a Reforma da Tributação do Consumo*, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho, Sérgio Vasques e Vasco Branco Guimarães (organizadores), Belo Horizonte, Instituto Fórum de Direito Tributário, Editora Fórum, 2007.

No que concerne aos direitos aduaneiros, as uniões aduaneiras que importam para os presentes escritos são as da União Europeia (que inclui, para além dos demais países, os países ibero-americanos Portugal e Espanha) e a do Mercado Comum do SUL (MERCOSUL), que integra vários países ibero-americanos. O MERCOSUL criado em 1991 pela Argentina, pelo Brasil, pelo Paraguai e pelo Uruguai, com a assinatura do Tratado de Assunção. A Venezuela é membro de pleno direito desde julho de 2012 e a Bolívia encontra-se em fase de transição para a plena integração desde dezembro de 2012. Por sua vez, o Chile, a Colômbia, o Equador e o Perú são Estados associados. Enquanto uniões aduaneiras, partilham as seguintes características: (i) completa eliminação de direitos aduaneiros entre os países membros; (ii) estabelecimento de uma tarifa uniforme sobre as importações de mercadorias provenientes de países, territórios ou regiões terceiros; e (iii) repartição das receitas aduaneiras entre os membros da união, de acordo com uma fórmula acordada. Sobre a caracterização das Uniões Aduaneiras, vide JACOB VINER, *The Customs Union Issue* (edited and with an introduction by Paul Oslington), Oxford, University Press, 2014, p. 5 e ss..

Ora, apesar de a União Europeia contar com uma regulamentação aduaneira uniformizada, em sede de IVA a harmonização que existe não é ainda total, para além de que são várias as diferenças entre os aludidos regimes, que devem ser tidos em consideração simultaneamente. Acresce, ainda, que o regime tributário das operações transfronteiriças assenta, essencialmente, na matriz do Direito aduaneiro e as regras que se lhes aplicam surgem como um corpo estranho na Diretiva do IVA, que recorre frequentemente a remissões. Consequentemente, a articulação entre ambos os regimes tributários fica dificultada, em prejuízo do estrito cumprimento das normas aplicáveis. Tal incumprimento poderá, no mínimo, resultar em custos adicionais para os sujeitos envolvidos nas transações e em atrasos nas entregas dos bens aos países de destino.

Mostra-se, pois, imperioso desmistificar e compreender a interação existente entre as regras tributárias atinentes aos direitos aduaneiros e ao IVA quando aplicadas às transações internacionais, através, essencialmente, de uma análise articulada entre os diplomas legais atinentes ao IVA e aos direitos aduaneiros, com enfoque na Diretiva do IVA e no Código Aduaneiro da União, a qual se mostra particularmente relevante para a correta aplicação simultânea de ambos.

Em termos muitíssimo sucintos que servem apenas para fazer o necessário enquadramento do tema a tratar, poder-se-á dizer que as diferenças entre os aludidos regimes jurídico-tributários se reportam à origem e à incidência objetiva, subjetiva e territorial dos mesmos.

- No que concerne à origem, a legislação aduaneira é da exclusiva competência da União Europeia e é diretamente aplicável nos Estados Membros. Pelo contrário, as regras fundamentais do IVA encontram-se estabelecidas numa Diretiva e carecem de ser transpostas para o ordenamento jurídico dos Estados Membros. Para além do vasto conjunto de disposições obrigatórias, a Diretiva do IVA prevê uma série de opções que resultam em divergentes regras de IVA nos vários Estados Membros. Consequentemente, o nível de harmonização em sede de IVA é mais baixo do que aquele que existe no domínio dos direitos aduaneiros.
- Relativamente à incidência, a legislação aduaneira e de IVA têm diferentes âmbitos de aplicação. A legislação aduaneira abrange o comércio de mercadorias e os direitos aduaneiros são cobrados sobre as mercadorias importadas para a União Europeia (e, excecionalmente e em casos específicos, sobre as mercadorias exportadas). Por seu turno, a legislação do IVA aplica-se sobre bens e serviços e o IVA é devido nas operações de importação e nas transações estabelecidas entre os sujeitos passivos dos Estados Membros da União Europeia, encontrando-se as exportações isentas. Destarte, o âmbito de aplicação do IVA é mais amplo do que o dos direitos aduaneiros.
- Por fim, o IVA é, geralmente, cobrado nas operações de venda de bens, enquanto os direitos aduaneiros são cobrados assim que as mercadorias são introduzidas em livre prática, independentemente de serem vendidas a terceiros.

Atento o exposto, embora as regras aduaneiras e de IVA aplicáveis às importações e às exportações estejam, em grande medida, alinhadas, subsistem diferenças significativas, que acabam, inclusivamente, por justificar que uma mesma operação de importação seja tributada em sede de IVA e de direitos aduaneiros.

Note-se que nos temos vindo a referir, mesmo em relação aos direitos aduaneiros, a «imposições tributárias». Assim o fazemos por considerarmos que tanto o IVA como os direitos aduaneiros são verdadeiros tributos e que, em concreto, são impostos. A este propósito, se dúvidas não restam quanto à natureza tributária do IVA, relativamente aos direitos aduaneiros a discussão tem sido acesa.

Porque não queremos desvirtuar o nosso objeto de estudo, diremos sinteticamente que os direitos aduaneiros encaixam no conceito de imposto que tem vindo a ser aceite sem grandes hesitações. Com efeito, em causa estão prestações patrimoniais, definitivas, unilaterais, estabelecidas por lei, a favor de entidades que exercem funções públicas, para satisfação de fins públicos e que não constituem sanção de um ato ilícito⁷. Ainda que à cobrança de direitos aduaneiros estejam subjacentes outras finalidades que ultrapassam a arrecadação de receita tributária – relacionadas, por exemplo, com a proteção da saúde pública, com o combate ao narcotráfico, ao contrabando e ao crime organizado, e com a proteção da produção interna – não perdem os direitos aduaneiros a qualidade de impostos e, em concreto, de impostos indiretos. Trata-se de um entendimento que vai ao encontro da designada «teoria da finalidade secundária invertida» (*umgekehrte Nebenzweck Theorie*), de acordo com a qual um imposto não perde a sua natureza ainda que a angariação de receita represente uma finalidade secundária⁸.

C. A simbiose principiológica entre a autonomia privada e a neutralidade

i) A autonomia privada e a neutralidade

A palavra autonomia, que deriva do grego *auto* (próprio) e *nomos* (regra), foi utilizada pela primeira vez como referência à autorregulação e ao autogoverno das cidades independentes. Assim, autónomo será aquilo que, de forma independente, seja capaz de se organizar ou governar de acordo com as regras ou normas próprias.

Trazendo o conceito para o âmbito jurídico, a autonomia foi elevada a princípio fundamental, ao abrigo do qual os atores jurídicos têm a liberdade de definir os efeitos dos atos por si praticados, vinculando-se aos mesmos⁹.

No concreto domínio do Direito tributário, o princípio da autonomia privada permite aos contribuintes que, nas suas atuações perante o Estado fiscal, ajam de acordo com as suas convicções de gestão, desde que as mesmas se insiram no quadro da licitude, sendo-lhes permitido que procurem e encontrem esquemas *intralegem*, no sentido de evitar, reduzir ou diferir a carga impositiva¹⁰. Assim, os

⁷ Cf. AMÉRICO FERNANDO BRÁS CARLOS, *Impostos - Teoria Geral*, 4.ª edição, Coimbra, Almedina, 2015, p. 36.

⁸ Cf. STEFAN HOMBURG, *apud* SÉRGIO VASQUES, *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 186 e 187. No mesmo sentido, *vide* JOSÉ JUAN FERREIRO LAPATZA, *et al*, que consideram que «[l]os derechos a la importación, más exactamente, el Impuesto sobre las Importaciones, es un impuesto indirecto, real y objetivo, cuya recaudación está destinada a financiar la Hacienda comunitaria. (...) La finalidad del impuesto es gravar el uso y consumo [de las] mercancías. Este gravamen responde a varias razones: a que la adquisición, para su uso o consumo, de estas mercancías es un índice de capacidad contributiva, a que se puede perjudicar la actividad económica interna, etcétera» - cf. JOSÉ JUAN FERREIRO LAPATZA, JAVIER MANTÍN FERNÁNDEZ, JESÚS RODRÍGUEZ MÁRQUEZ e JOSÉ MARÍA TOVILLAS MORÁN, *Curso de Derecho Tributario (Parte especial. Sistema tributario. Los tributos en particular)*, 4.ª edição, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 362 e 363 [interpolações nossas].

⁹ «O princípio da autonomia privada traduz a ideia de liberdade» - cf. HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português - Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 52.

¹⁰ Cf. JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, «Direito fiscal e autonomia da vontade. Do direito à livre planificação fiscal», *in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 1213 e ss..

contribuintes, porque são autónomos, não têm que escolher a opção mais onerosa do ponto de vista tributário, considerando que a poupança fiscal constitui um direito dos contribuintes e é, inclusivamente, potenciadora da obtenção da segurança jurídica. Ganha, então, nesta sede, relevo o direito ao planeamento fiscal.

O planeamento fiscal pode ser concetualizado como o «conjunto de atos voluntários dos sujeitos passivos tributários que, num quadro de licitude, têm por objetivo atingir um resultado de afastamento, desoneração ou diferimento fiscal»¹¹.

Quando os efeitos do planeamento fiscal irradiam em direção a outro(s) ordenamento(s) jurídico(s), estaremos perante planeamento fiscal internacional.

No planeamento fiscal internacional aproveitam-se as vantagens da utilização conjunta de diversos sistemas jurídicos, verificando-se uma verdadeira concorrência tributária internacional entre os vários ordenamentos jurídicos. Na verdade, o planeamento é intrínseco aos regimes de tributação, atentas, essencialmente, as normas de incidência distintas e os regimes diversos de tributação neles previstos, que permitem aos contribuintes fazer escolhas. Consequentemente, também no domínio da tributação das importações e das exportações existem alternativas de atuação (em maior ou menor medida), considerando que o planeamento fiscal tanto se pode referir aos impostos diretos como aos impostos indiretos¹².

Por seu turno, a neutralidade é sinónimo de intransitividade. Diz-se que um imposto é neutro quando não interfere nas decisões dos agentes económicos.

Em sede de IVA, o imposto opera com base no método subtrativo indireto nas várias fases do processo produtivo, sendo dada aos produtores a liberdade de escolher o que produzir e como produzir (neutralidade no produtor), ao mesmo tempo que se permite aos consumidores a liberdade de escolher o que consumir, sem os afastar da sua inclinação natural (neutralidade no consumidor)¹³. Também a nível internacional, o IVA assegura adequadamente os ajustamentos fiscais necessários nas fronteiras, ao abrigo do princípio de tributação no país de destino. Assim, será sempre possível, em qualquer fase do circuito económico, apurar o valor do IVA dos bens, mediante a aplicação da respetiva taxa ao valor do bem na fase em que se encontrar.

No que respeita aos direitos aduaneiros, a neutralidade não constitui uma sua característica basilar, sendo os operadores económicos influenciados pelos direitos que poderão ter que pagar. E assim o é por força, aliás, da extrafiscalidade subjacente aos direitos aduaneiros a que no início dos presentes escritos fizemos referência.

Com efeito, a cobrança dos direitos aduaneiros não visa, apenas, a arrecadação de receita. Ainda que o comércio internacional se encontre, atualmente,

¹¹ Cf. JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, «Direito fiscal e autonomia da vontade. Do direito à livre planificação fiscal», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 1221.

¹² Por exemplo, nos Estados Unidos a entrega da mercadoria num determinado Estado pode significar uma poupança fiscal no *Sales Tax* (um imposto sobre as vendas a retalho), seja porque nesse Estado não é cobrado esse imposto (como acontece no Alaska, Delaware, Montana, New Hampshire e Oregon), seja porque é cobrado a um montante inferior, o que, tendo também em conta os impostos locais, pode dar lugar a diferenças substanciais. Nestes casos, verifica-se uma situação de *Sales Tax Planning*, permitindo às empresas venderem os seus produtos a preços finais mais reduzidos e com uma redução no imposto suportado nas compras.

¹³ Cf. SÉRGIO VASQUES, *Imposto sobre o Valor Acrescentado*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 105.

facilitado e regulamentado harmoniosamente, tal não significa que os limites ou os obstáculos ao comércio tenham deixado de existir ou que devam deixar de existir. O comércio puramente livre, sem quaisquer entraves de índole tributária parece reconduzir-se a uma mera utopia. Enquanto forem necessárias as barreiras ao comércio, ditadas, nomeadamente, para alterar os termos de troca¹⁴ a favor de um país, para proteção temporária de uma «indústria nascente» com um potencial de crescimento, para facilitar e melhorar o controlo dos fluxos de mercadorias na cadeia logística internacional, para proteção das economias nacionais, do meio ambiente e da saúde pública, os direitos aduaneiros continuarão a ser cobrados e a serem considerados como os instrumentos mais importantes da política comercial externa.

ii) Termos e efeitos da simbiose principiológica

Ora, atenta a densificação conceitual e consequencial exposta, e concretizando uma simbiose entre os princípios da autonomia privada e da neutralidade, parece-nos que se poderá entender que a autonomia privada no domínio jurídico-tributário não é afetada (não é restringida nem alargada) perante imposições tributárias que sejam neutras. Ou seja, as decisões dos contribuintes não são influenciadas pelo imposto a pagar, não partindo nem dependendo do mesmo. Nestes casos, a autonomia é anterior à neutralidade.

Pelo contrário, quando um imposto não é neutro e, por isso, é influenciador de decisões, as escolhas dos contribuintes serão verdadeiramente afetadas, considerando que deverão escolher entre produzir/importar/adquirir ou não produzir/não importar/não adquirir. Nestes casos, a autonomia é posterior à ausência de neutralidade.

Saliente-se, a este respeito, que a falta de neutralidade não afasta a autonomia. Simplesmente, os termos em que as decisões são tomadas são influenciados pelos termos com que as imposições tributárias serão aplicadas.

Pois bem, no concreto domínio do comércio internacional e, especificamente em sede de IVA e de direitos aduaneiros, a simbiose principiológica entre a autonomia e a neutralidade é capaz de produzir interessantes efeitos. Efetivamente, uma mesma operação poderá estar simultaneamente imbuída por neutralidade e por ausência de neutralidade, considerando que o IVA é um imposto neutro e que os direitos aduaneiros o não são.

Passamos a explicar.

Em conformidade com o que se disse no ponto anterior, o princípio da neutralidade constitui uma das traves-mestras mais importantes do IVA, assumindo a função de garantir a existência de um verdadeiro mercado interno no território fiscal da União. Como decorrência do princípio da neutralidade, o IVA não condicionaria os produtores a alterar o seu processo produtivo nem a criar distorções na concorrência.

Pelo contrário, os direitos aduaneiros não se encontram imbuídos pelo espírito da neutralidade. O legislador europeu consagrou soluções capazes de influenciar verdadeiramente os termos em que as transações de mercadorias além fronteiras são concretizadas, atentas as finalidades subjacentes a este tipo de tributação, que ultrapassam as que se reconduzem à arrecadação de receita tributária.

¹⁴ Os termos de troca representam o *ratio* entre os preços de exportação e os preços de importação. A ideia é de que quando um país aplica direitos aduaneiros sobre as suas importações isso irá reduzir o preço mundial das suas importações, ao mesmo tempo que aumentará os preços das suas exportações.

Consequentemente, ainda que os operadores económicos não sejam influenciados pelo IVA a pagar, já o serão pelos direitos aduaneiros e demais obrigações que das atividades de importação e de exportação possam decorrer (como por exemplo, direitos *antidumping*). Prova disso mesmo é o elenco alargado de opções de planeamento que assistem aos operadores económicos.

Em concreto, a introdução do Código Aduaneiro da União significou uma autêntica revolução no campo aduaneiro e passou a exigir dos operadores económicos alterações significativas nas suas formas de atuar, mediante a adaptação dos procedimentos que seguiam à nova realidade jurídica. Constatamos também que o planeamento do ponto de vista tributário dos termos em que se desenvolvem os fluxos de bens deve assumir uma prioridade para os atores do comércio internacional e que ainda não é concretizado por desconhecimento do quadro legal. O desconhecimento ou o não conhecimento completo é motivado pela complexidade dos regimes, mas também pelas constantes mutações que têm sofrido.

Desde logo, é preocupação dos operadores económicos saber, nomeadamente:

- Que tributos é que têm de pagar e quais é que são os que podem evitar;
- Em que momento é que podem ser pagos os tributos (imediate ou diferidamente à concretização das operações);
- Que trajetos internacionais podem ou devem as mercadorias seguir;
- De onde é que os bens podem ou devem vir;
- De que forma é que as mercadorias devem ser classificadas;
- Onde é que podem ser centralizadas as operações;
- Que burocracias é que podem ser evitadas e de que forma é que podem ser simplificados os procedimentos.

O aproveitamento das isenções previstas nos diplomas legais, a possibilidade de implementação de regimes aduaneiros suspensivos, da aquisição do estatuto de operador económico autorizado, do aproveitamento dos acordos de comércio internacional celebrados, com eventuais alterações dos fluxos de bens, da identificação de mercadorias cuja exportação para determinados países é sancionada, da identificação de oportunidades para reembolso ou dispensa de pagamento de direitos aduaneiros e da possibilidade de implementação do sistema de exportador registado, são apenas alguns exemplos de atuações que, dentro de um quadro de plena legalidade, podem consubstanciar formas de os operadores económicos planearem, ao nível tributário, a forma como podem desenvolver as suas atividades.

No que em concreto respeita às relações comerciais entre a União Aduaneira da União Europeia e o MERCOSUL, já há vários anos (desde 1998) que está em discussão a celebração de um acordo de livre comércio, que permita a importação e a exportação de mercadorias entre os países abrangidos pelo acordo sem sujeição a direitos aduaneiros ou com sujeição aos mesmos a um reduzido valor.

A União Europeia tem vindo a incentivar o reforço do MERCOSUL e a apoiar as suas iniciativas, nomeadamente através de um Acordo de Cooperação Interinstitucional, que prevê a prestação de apoio técnico e institucional às respetivas estruturas.

Em 1995, foi assinado entre a União Europeia e o MERCOSUL um Acordo-Quadro de Cooperação Inter-regional, que entrou em vigor em 1999. Uma declaração comum em anexo ao Acordo prevê as bases para um diálogo político entre as partes,

que decorre regularmente ao nível de Chefes de Estado, Ministros e altos funcionários¹⁵.

No ano de 2000, as partes encetaram negociações com o objetivo de concluírem um Acordo de Associação assente no diálogo político, na cooperação e no comércio. Em 2004, as negociações foram suspensas por força de divergências estruturantes relacionadas com o comércio. Porém, as relações políticas progrediram, nomeadamente com a assinatura, em 2008, de um acordo para alargar as relações a três novas áreas: ciência e tecnologia, infraestruturas e energias renováveis, durante a Cimeira EU-MERCOSUL de Lima¹⁶.

Depois de terem estado suspensas durante seis anos, as negociações reiniciaram-se em maio de 2010, aquando da Cimeira UE-ALC de Madrid, e continuam em curso. O objetivo é negociar um acordo comercial abrangente que contemple não só o comércio de bens industriais e agrícolas, mas também o comércio de serviços, a melhoria das regras relativas aos concursos públicos, a propriedade intelectual, a facilitação dos procedimentos aduaneiros e comerciais e a remoção dos obstáculos técnicos ao comércio.

Ora, a partir do momento em que o acordo de livre comércio seja celebrado, prevê-se a intensificação das trocas comerciais entre os países envolvidos, por força da influência que o acordo terá junto dos operadores económicos, em manifestação da ideia de que o pagamento de direitos aduaneiros é um efetivo fator de decisão para os atores do comércio internacional, que serão agora tentados a alterar a trajetória das importações concretizadas.

Por conseguinte, quando um operador económico se vê na obrigação de pagar IVA e direitos aduaneiros, a neutralidade que estava associada à primeira das imposições tributárias poderá ficar aniquilada pelo pagamento das segundas. Poder-se-á dizer, pois, que não existirá neutralidade (pelo menos, em termos absolutos) em sede de IVA nas importações, sempre que para além do IVA sejam também devidos direitos aduaneiros. Ainda que nas trocas comerciais internacionais se possa conhecer o montante da carga fiscal que incide sobre os bens, sendo possível efetuar uma exata compensação dessa carga fiscal, as operações poderão deixar de ser concretizadas ou poderão assumir contornos completamente distintos por força dos direitos aduaneiros devidos.

A verdade, aliás, é que a ideia de que a neutralidade do imposto existirá sempre que o mesmo não influa na vida económica está ultrapassada, considerando que a tributação, seja ela qual for, é produtora de inevitáveis alterações na economia¹⁷.

Parece-nos, pois, que a evolução dos nossos sistemas tributários, que desde há várias décadas são criados e desenvolvidos, principalmente, ao abrigo de preocupações de atratividade e competitividade, esteja definitivamente a afastar-se do sistema fiscal idealista previsto há 50 anos por Maurice Lauré (o Pai do IVA), que

¹⁵ O aludido acordo encontra-se disponível em [http://collections.internetmemory.org/haeu/20160313172652/http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/all/?uri=celex:21996a0319\(02\)](http://collections.internetmemory.org/haeu/20160313172652/http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/all/?uri=celex:21996a0319(02)) [29-10-2017].

¹⁶ O aludido acordo encontra-se disponível em http://collections.internetmemory.org/haeu/20160313172652/http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/en/er/100459.pdf [29-10-2017].

¹⁷ «Toda a fiscalidade produz hoje inevitáveis modificações na economia; entende-se hoje que o imposto é 'neutro' quando opera modificações homotéticas, iguais para todos os elementos do meio económico» - cf. PITTA E CUNHA, «A tributação do valor acrescentado», in *Vinte Anos de Imposto Sobre o Valor Acrescentado em Portugal: Jornadas Fiscais em Homenagem ao Professor José Guilherme Xavier de Basto*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 113.

colocou o princípio da neutralidade num pedestal. O inspetor de finanças francês considerava que num sistema legal e económico otimizado as decisões tomadas pelos agentes económicos não deveriam, de modo algum, ser influenciadas pelas regras fiscais. Ora, enquanto testemunhas da crescente intervenção do legislador fiscal na esfera do *homo economicus*, somos levados a crer que o princípio da neutralidade, pelo menos no âmbito do comércio internacional e, em particular, das importações, não assume a relevância que, outrora, se lhe pretendeu atribuir.

Responsabilidade objetiva da pessoa jurídica em razão da prática de ato lesivo contra a administração pública: inovações trazidas pela Lei nº 12.846/2013 no sistema anticorrupção

Dielson Cláudio dos Santos¹

Margareth Vetis Zaganelli²

Universidade Federal do Espírito Santo

Introdução

A Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013), de 1º de agosto de 2013, denominada de Lei Anticorrupção (LAC), ou ainda de Lei Anticorrupção Empresarial (LAE) ou Lei da Empresa Limpa (LEL), vem em momento sensível da sociedade brasileira, instituir novo modelo jurídico de combate à corrupção, qual seja, a responsabilização objetiva, administrativa e civil, de pessoa jurídica em razão da prática de ato lesivo contra administração pública, nacional ou estrangeira (BERTONCINI, 2016). Tal objetivo vem expressamente explícito no preâmbulo da referida lei.

A Lei Anticorrupção foi promulgada em decorrência de compromissos internacionais assumidos pela República Federativa do Brasil no intuito de promover o incremento do enfrentamento da corrupção, em particular a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da OCDE, e também a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção que influenciaram grandemente a criação do projeto de lei para promulgação da Lei Anticorrupção brasileira (CAPANEMA, 2014).

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), por intermédio de seus países membros, firmou em 17 de dezembro de 1997, em Paris, França, a "Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais" (*ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT*, 2011). Em seu artigo segundo, o texto da citada convenção informa que os países membros signatários do acordo deverão adotar "*as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos*".

¹Auditor Federal de Finanças e Controle Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU) / Vitória / ES – Brasil. Mestre em Gestão Pública Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. E-mail; dielsons@hotmail.com

² Doutora em Direito (UFMG). Mestre em Educação (UFES). Estágios Pós-doutorais na Università degli Studi di Milano-Bicocca (UNIMIB) e na Alma Mater Studiorum Università di Bologna (UNIBO). Professora Titular da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Docente permanente no Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Coordenadora do Grupo de Pesquisa *Bioethik* (UFES). E-mail: mvetis@terra.com.br.

A República Federativa do Brasil ratificou e promulgou a referida convenção em 30 de novembro de 2000, por intermédio do Decreto nº 3.678, publicado em 1º de dezembro de 2000 (BRASIL, 2000).

A “Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção” (UNCAC)³, foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas 31 de outubro de 2003 e foi aberta para assinatura em Mérida, México, em 9 de dezembro de 2003 (WOUTERS; RYNGAERT; CLOOTS, 2013). O artigo 26 dessa convenção informa diretrizes para que cada estado parte signatário adote medidas que sejam necessárias a fim de estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas em decorrência de sua participação em delitos qualificados pela convenção. E complementa acrescentando que, observados os princípios jurídicos de cada país, a responsabilização da pessoa jurídica poderá ser de índole penal, civil ou administrativa (NAÇÕES UNIDAS, 2003).

A República Federativa do Brasil manifestou sua adesão à UNCAC em 1º de fevereiro de 2006, com a publicação do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006 (BRASIL, 2006).

Após a ocorrência de vários protestos da população, em junho de 2013, onde milhares de pessoas saíram às ruas reivindicando melhores serviços públicos, o governo do Brasil, influenciado em parte pelos referidos protestos, edita a Lei nº 12.846/2013, de 1º de agosto de 2013, a qual entrou em vigor no dia 29 de janeiro de 2014.

A inovação trazida pela Lei Anticorrupção veio suprir uma lacuna legislativa no ordenamento jurídico brasileiro ao prever a responsabilização de pessoas jurídicas por atos de corrupção, uma vez que

Até o advento do referido diploma legal, existia, [...] verdadeiro vácuo no ordenamento brasileiro com relação à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos corruptos, uma vez que os crimes ligados a tais atos – incluída a corrupção ativa e passiva – atingem tão somente a conduta de pessoas naturais (DEMATTE, 2014).

O presente artigo tem por objetivo discutir brevemente algumas das inovações trazidas pela Lei nº 12.846/2013, de 1º de agosto de 2013, denominada de Lei Anticorrupção brasileira, por meio de pesquisa de natureza exploratória, mediante levantamento bibliográfico. Preliminarmente, são apresentados os antecedentes históricos sobre o contexto de criação da lei anticorrupção. A seguir, discute-se sobre a natureza jurídica da Lei nº 12.846/2013 e sobre a responsabilidade objetiva. Por derradeiro, aborda-se as condutas tipificadas como ilícitas pela legislação em comento e os tipos de sanções prevista no âmbito administrativo e civil com o fito de ressaltar algumas das inovações trazidas pela Lei nº 12.846/2013 no tocante à responsabilização objetiva, administrativa e civil de pessoa jurídica em razão da prática de ato lesivo contra administração pública, nacional ou estrangeira.

1. Natureza jurídica da Lei Anticorrupção.

A Lei Anticorrupção possui natureza jurídica administrativa, encontrando-se situada no âmbito do Direito Administrativo Sancionador (ABDO, 2016, p.37).

O Direito Administrativo Sancionador dedica-se ao estudo dos ilícitos administrativos e é a vertente sancionadora da administração pública, embora haja controvérsias entre doutrinadores no tocante à relação entre o direito penal e o

³ Sigla UNCAC na língua inglesa significa *United Nations Convention Against Corruption*.

direito administrativo. Alguns doutrinadores defendem a transposição das construções garantistas penais, enquanto que outros, a adaptação de institutos penais ao âmbito do Direito Administrativo Sancionador. Outros, ainda, consideram impossível tais adaptações, sugerindo a elaboração de uma construção própria tendo por base o direito público de natureza eminentemente administrativa (KRUSSEWSKI, 2010, p. 48).

O regime jurídico administrativo da LAC é caracterizado pelo conjunto de traços, conotações que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública em uma posição privilegiada na relação jurídico-administrativa. Tal posição, tem, entre suas características, a possibilidade de Administração Pública utilizar-se da prerrogativa de aplicar sanções administrativas (DI PIETRO, 2010, p. 60-61), observando-se o direito do contraditório e da ampla defesa.

O Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (2016, p. 16), define o conceito de processo administrativo sancionador da seguinte maneira:

[...] pode-se conceituar o processo administrativo sancionador como a sequência de atos processuais, ordenada na forma de rito procedimental, com a necessária observância do contraditório e da ampla defesa, cujo objeto volta-se à apuração de supostos ilícitos administrativos e à recondução da normalidade administrativa, com a eventual possibilidade da cominação de ato administrativo sancionador, previamente estabelecido em lei.

Percebe-se, então, que sempre que for possível a aplicação de sanção administrativa, ainda que de forma eventual, por expresse mandamento constitucional, faz-se necessária a instauração do devido processo administrativo, mormente nos casos em que se esteja diante de uma relação de sujeição especial.

2. Responsabilização objetiva.

O artigo 1º da LAC diz que o regime de responsabilidade adotado é o da responsabilização objetiva.

O texto da lei é explícito no aspecto da responsabilização objetiva pois estabelece de imediato em sua abertura, como dispositivo geral, que as pessoas jurídicas, independentemente de sua forma (inclusive as não personificadas), serão responsabilizadas objetivamente, administrativa e civilmente. E esclarece ainda, em seu artigo 3º, que os dirigentes ou administradores serão responsabilizados na medida da sua culpabilidade (MOREIRA; BAGATIN, 2014).

Ressalte-se, entretanto, nas palavras do jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, citado por Dal Pozzo e outros (2014), que a "pessoa jurídica" é uma ficção jurídica, um ente que existe apenas no mundo do direito, mas que não tem vontade própria e nem age por si mesma. A externalização de sua vontade é realizada por pessoas devidamente qualificadas em seus estatutos e contratos. Em suma, o seu "agir" são os atos materializados de seus órgãos, administradores e prepostos.

Dessa forma, considerando o contido na LAC, tendo como parâmetro a responsabilização objetiva, aquele que agir ou se manifestar em nome da pessoa jurídica e cometer um dos atos lesivos à Administração Pública "estará atribuindo esse ato diretamente à própria pessoa jurídica, como se ela própria agisse, independentemente do ânimo ou do elemento subjetivo que o animou a agir (dolo ou culpa em sentido estrito [...])." (DAL POZZO et al., 2014, p. 25).

O regime de responsabilidade objetiva da LAC afasta a necessidade da comprovação de dolo ou culpa da pessoa jurídica nos atos praticados por seus

administradores, empregados, prepostos, representantes, consultores e afins (ABDO, 2016).

Não há a necessidade de se comprovar culpa ou dolo da pessoa jurídica. Não há que se buscar entender se a pessoa jurídica teve ou não a intenção de praticar o ilícito administrativo previsto na lei (ARRIETA, 2014).

Claro que em cada caso concreto observar-se-á a existência de elementos dogmáticos relativos à responsabilidade objetiva, quais sejam: (i) existência de uma conduta; (ii) nexos de causalidade; e (iii) resultado.

Por fim, ressalte-se o veto presidencial ao texto do §2º, do artigo 19 da Lei nº 12.846/2013, que estabelecia o seguinte: "*§2º - Dependerá da comprovação de culpa ou dolo a aplicação das sanções previstas nos incisos II a IV do caput deste artigo.*". A mensagem nº 314, de 1º de agosto de 2013, da Presidência da República, informa as razões do veto:

Tal como previsto, o dispositivo contraria a lógica norteadora do projeto de lei, centrado na responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas que cometam atos contra a administração pública. A introdução da responsabilidade subjetiva anularia todos os avanços apresentados pela nova lei, uma vez que não há que se falar na mensuração da culpabilidade de uma pessoa jurídica. (BRASIL, 2013b).

3. Condutas tipificadas como lesivas à administração pública.

O artigo 5º da LAC dá início ao capítulo II que trata "Dos atos lesivos à administração pública nacional e estrangeira". No caput do artigo são definidos três bens jurídicos que são tutelados pela norma, quais sejam: (i) patrimônio público nacional e estrangeiro; (ii) princípios da administração pública; e (iii) compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

O texto da LAC informa ainda a tipificação dos atos considerados lesivos à administração pública, quais sejam: (i) prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; (ii) comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; e (iii) comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

A enumeração de atos considerados lesivos à administração pública continua no inciso IV, do artigo 5º, onde são discriminados aqueles que dizem respeito às licitações e contratos. São eles:

- a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
- b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
- c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
- d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
- e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

Por fim, o artigo 5º, inciso V, da Lei nº 12.846/2013, informa que criar dificuldades nas atividades de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, também configura ato lesivo à administração pública para fins de responsabilização da pessoa jurídica.

Pela leitura do texto da lei, percebe-se que os atos que tipificam condutas consideradas ilícitas pela Lei nº 12.846/2013 estão ligados a dois temas: o combate à corrupção e o combate às fraudes cometidas em processos licitatórios (HEINEN, 2015, p. 113).

O Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, em seu "Manual de Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas", esclarece que os atos tipificados na LAC podem ser agrupados em quatro categorias: (i) atos lesivos de corrupção em sentido estrito, composto por aqueles tipificados no inciso I; (ii) atos lesivos de instrumentalização da corrupção; compreendendo os tipificados nos incisos II e III; atos lesivos de fraudes a licitações e contratos públicos, tipificados pelos atos descritos nas alíneas do inciso IV; e atos lesivos por obstrução ao controle exercido pelo Poder Público; abrangendo os atos tipificados no Inciso V (MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2016, p. 73-74).

Finalizando, é primordial estar atento ao fato de que os incisos do artigo 5º da LAC não disciplinam condutas exemplificativas, mas sim, hipóteses taxativas. Não se trata de um rol aberto de tipos administrativos, mas, no dizer do texto legal, atos "assim definidos", em concordância com os princípios da legalidade e da especificidade (HEINEN, 2015, p. 117).

3.1. Sanções administrativas previstas na Lei Anticorrupção.

No âmbito administrativo, as sanções aplicáveis às pessoas jurídicas que pratiquem atos lesivos à administração pública nacional e estrangeira são disciplinadas no artigo 6º da LAC, incisos I e II. As sanções podem ser:

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

A multa aplicável apurada no trâmite do Processo Administrativo de Responsabilização é relativamente alta e visa à inibição e desestimulação da ocorrência de prática de atos lesivos à administração pública por pessoas jurídicas.

De certo, o forte impacto pecuniário que a sanção administrativa prevista no inciso I, do artigo 6º da LAC (multa) provocará nas finanças de pessoas jurídicas deixa claro o objetivo do legislador em desestimular atos de corrupção a partir do atingimento de seu patrimônio (DEMATTÉ, 2014, p.116).

Embora a margem para aplicação da multa apresente-se demasiadamente ampla (0,1% a 20% do faturamento bruto⁴ do último exercício anterior ao da instauração do PAR), capaz de “decretar” a pena de morte de uma empresa, o Decreto nº 8.420/2015 (BRASIL, 2015), que regulamenta a LAC, estabeleceu critérios de cálculo para definição da multa em seu artigo 17 e seguintes, medida salutar pois atenua o grau de discricionariedade da autoridade julgadora competente na aplicação da penalidade.

Assim, o ordenamento jurídico promoveu a redução da margem de atuação do agente estatal, tratando-se de verdadeira autolimitação administrativa (HEINEN, 2015, p. 159).

A pena de publicação extraordinária da decisão administrativa condenatória possui natureza dissuasória e pedagógica, dado seu caráter de estigmatização do corruptor (HEINEN, 2015, p.165). De fato, a segunda modalidade sancionatória se amolda à técnica denominada como “*name and shame*”⁵, o que significa que a referida sanção surte efeitos repressivos sobre a esfera reputacional da pessoa jurídica. Vale ressaltar, que em determinadas circunstâncias a publicação extraordinária de decisão condenatória pode ter efeito mais grave que a própria multa, pois o alcance de tal publicação pode gerar danos substanciais, de modo que a imagem da empresa permaneça manchada por um longo período de tempo no mercado⁶.

3.2. Sanções judiciais previstas na Lei Anticorrupção.

O capítulo VI da Lei Anticorrupção trata do tema “Da responsabilização judicial”. A LAC informa em seu artigo 18 que a possibilidade de responsabilização judicial não é afastada por eventual responsabilização administrativa.

As sanções previstas na LAC que podem ser aplicadas às pessoas jurídicas que praticarem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, são (artigo 19 da LAC):

- (i) perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;
- (ii) suspensão ou interdição parcial de suas atividades;
- (iii) dissolução compulsória da pessoa jurídica; e
- (iv) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovar-se (i) ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou (ii) ter sido constituída para ocultar ou

⁴ O Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União editou a Instrução Normativa nº 1, de 7 de abril de 2015, que estabelece metodologia para a apuração do faturamento bruto e dos tributos a serem excluídos para fins de cálculo da multa a que se refere o artigo 6º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (BRASIL, 2015f).

⁵ Em tradução livre, “name and shame” significa “designar e envergonhar”. Nota do autor.

⁶ MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Lei Anticorrupção: Manual de Responsabilização Administrativa de Pessoa Jurídica, nov.2016. Disponível em: <www.cgu.gov.br>. Acesso em: 25 jan. 2017.

dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados (Incisos I e II, artigo 19 da LAC).

4. CONCLUSÕES

A responsabilização objetiva de pessoas jurídicas por atos de corrupção é uma inovação no cenário jurídico nacional. Aguarda-se que, com a efetiva aplicação da legislação por todos os atores competentes da administração pública, haja uma mudança de postura na forma de relacionamento entre as pessoas jurídicas e órgãos e entidades dos setores públicos, buscando-se uma posição de conformidade com as normas (*compliance*). De certo, o que se sabe até o momento é que as sanções administrativas e civis são muito rígidas, podendo chegar a multas no valor de 20% do faturamento bruto das empresas ou, em outros casos, à dissolução da pessoa jurídica, a chamada pena de morte empresarial. Estudos futuros, objetivando o conhecimento dos resultados da aplicação da lei, proporcionarão identificar as eventuais mudanças de aspecto comportamental não só das empresas, mas também da própria Administração Pública.

REFERÊNCIAS

- ABDO, Ricardo Camarotta. Lei anticorrupção: o acordo de leniência e seus principais aspectos. 2016. 148 fl. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016.
- ARRIETA, Lindsay B. Taking the jeitinho out of Brazilian procurement: the impact of Brazil's anti-bribery law. **Public Contract Law Journal**, p. 157, outono 2014.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 30ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.
- BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. Análise econômica do direito e a lei anticorrupção empresarial – Lei 12.846/2013. *Conpedi Law Review*, Oñati, Espanha, v.2, n. 3, p. 332-353, jan./jun. 2016.
- BRASIL. Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 01 dez. 2000. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 15 mai. 2016.
- BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 01 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 15 mai. 2016.
- BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 02 ago. 2013a. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 15 mai. 2016.
- BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 19 mar. 2015a. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 15 mai. 2016.
- CAPANEMA, Renato de Oliveira. Inovações da Lei nº 12.846/2013. In: NASCIMENTO, M. D. do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial. Aspectos críticos à Lei 12.846/2013*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.
- DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz; DAL POZZO, Augusto Neves; DAL POZZO, Beatriz Neves; FACCHINATTO, Renan Marcondes. *Lei Anticorrupção: apontamentos sobre a Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

- DEMATTÉ, Flávio Rezende. **Responsabilidade de pessoas jurídicas por corrupção: A Lei nº 12.846/2013 segundo o direito de intervenção**. 1ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2010.
- HAMMOND, Scott. **Cornerstones of an Effective Leniency Program in ICN Workshop on Leniency Programs**, Australia, 2004. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/206611.htm>. Acesso em 11/07/2015.
- HEINEN, Juliano. **Comentários à lei de acesso à informação – Lei nº 12527/2011**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014.
- HEINEN, Juliano. **Comentários à lei anticorrupção – Lei nº 12.846/2013**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015.
- KRUSSEWSKI, Cristina. **Direito Administrativo Sancionador: apontamentos gerais sobre as infrações administrativas e alguns aspectos de sua relação com o direito penal**. 2010. 173 fl. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de concentração em Direito do Estado, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2010.
- MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Lei Anticorrupção: Manual de Responsabilização Administrativa de Pessoa Jurídica**, nov. 2016. Disponível em: <www.cgu.gov.br>. Acesso em: 25 jan. 2017.
- MOREIRA, Egon, Bockmann; BAGATIN, Andréia Cristina. **Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas: responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n.47, p. 55-84, jul./set. 2014.
- NAÇÕES UNIDAS (UNITED NATIONS). **Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção**. Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime (UNDOC), Brasília: Disponível em <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em 15 mai. 2016.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD. **Convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions**. OECD Publishing: Paris, 2011. Disponível em <<http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm>>. Acesso em: 15 mai. 2016.
- WOUTERS, Jan; RYNGAERT, Cedric; CLOOTS, Ann Sofie. *The international legal framework against corruption: Achievements and challenges*. **Melbourne Journal International Law**, volume 14, número 1, p. 205, jan. 2013.
- ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. **Lei anticorrupção (Lei nº 12.846/2013): uma visão do controle externo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

Políticas públicas em liberdade de expressão para o enfrentamento a pobreza - contribuições do sistema interamericano de direitos humanos¹

Anna Luisa Walter de Santana Daniele²

Danielle Anne Pamplona³

Pontifícia Universidade Católica do Paraná

“...só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos;...”(Pacto de San José de Costa Rica)

1. INTRODUÇÃO

Não é novidade o reconhecimento de que o hemisfério sul concentra os países com maiores índices de pobreza no mundo. A América do Sul e a América Central não fogem dos resultados das pesquisas que demonstram que, em comparação com o hemisfério norte, há muito o que ser conquistado para que sejam alcançados os níveis de riqueza da maior parte dos países daquele hemisfério. Mas a situação já foi muito pior. Os índices que indicam os níveis de pobreza têm melhorado, aliás, nunca foram tão bons como na última década. Segundo a Organização das Nações Unidas, dos 580 milhões de habitantes da região, 25% vivem em situação de pobreza, contra os 41% em avaliação bem recente, entre 1990 e 2015, a pobreza de rendimento em regiões de países em desenvolvimento sofreu uma redução de mais de dois terços. O número de pessoas que vive em situação de pobreza extrema em todo o mundo desceu de 1,9 mil milhões para 836 milhões" (PNUD, 2015, p.12). Em uma avaliação de termos absolutos, significa dizer que pelo menos 56 milhões de pessoas superaram a linha da pobreza entre os anos de 2001 e 2012.

Ainda assim, há muito o que fazer. Se os índices indicam expressiva melhora, ainda há 70 milhões de indigentes (CEPAL, 2015, p.8) que enfrentam inúmeras

¹ As autoras agradecem à CAPES pelo financiamento da pesquisa.

² Doutoranda em Direito pela da Pontifícia Universidade Católica do Paraná- Brasil. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-SP. Professora Universitária.

³ Doutora em Direito pela UFSC Universidade Federal de Santa Catarina; International Visiting Scholar na American University, Washington, DC (2015-2016); Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos do PPGD/PUC-PR.

dificuldades por conta de sua situação econômica e os consequentes disso, como o acesso a serviços básicos de saúde, educação e transporte.

Por outro lado, institutos de pesquisa e organizações não governamentais demonstram os níveis de garantia do exercício da liberdade de expressão em diferentes países. Enquanto Finlândia, Holanda e Noruega lideram a pesquisa como os países onde a liberdade de expressão da mídia é a maior, a maior parte dos países da América estão na metade inferior da lista (REPORTERES SEM FRONTEIRAS, 2016).

Os trabalhos que enfrentam o tema da pobreza e suas causas relacionam o histórico dos países, a luta por emancipação, por descolonização, a globalização, a macroeconomia, ou seja, diversos temas, à situação de pobreza destas populações. Tendo esses dados em mente, o presente trabalho busca, essencialmente, relacionar a pobreza à falta de liberdade de expressão. Ainda que não seja possível, a partir dos dados objetivos, estabelecer uma relação causal entre a falta de liberdade de expressão e a pobreza, é possível afirmar que onde há pobreza, falham as políticas públicas voltadas ao exercício da liberdade de expressão. O texto busca avaliar as causas desta relação. O direito à liberdade de pensamento e de expressão tem sido objeto de preocupação e estudo constante nos mais diversos países, inclusive no Brasil, em razão da sua importância para a proteção da autonomia individual e a promoção da democracia.

O Sistema Interamericano de proteção aos direitos humanos, na dicção da Convenção Americana, é o sistema que oferece maiores garantias para o exercício do direito à liberdade de pensamento e expressão. Por essa razão optou-se analisar o conteúdo da liberdade de expressão no sistema interamericano. O sistema interamericano está assentado no trabalho realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). A CIDH possui em seu âmbito relatorias que se dedicam a tratar de temas específicos que merecem destaque dentro do sistema. A Relatoria especial para a liberdade de expressão foi criada em 1997 e busca estimular a defesa do direito à liberdade de pensamento e expressão, considerando seu papel fundamental no desenvolvimento e consolidação dos sistemas democráticos.

A presente pesquisa foi feita no texto da Convenção Americana, nas manifestações jurisprudenciais e consultivas da Corte Interamericana e nos relatórios produzidos pela Relatoria Especial para Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Apesar de reconhecer que a liberdade de expressão não se trata de direito absoluto e que, portanto, admite restrições legítimas, a preocupação central da pesquisa está em se dedicar a um óbice não legítimo a esse tão caro direito essencial, que é a pobreza. Isto porque, a pobreza e marginalização social em que vivem parte significativa da América Latina afetam a liberdade de expressão na medida em que exclui essas pessoas dos processos comunicativos e, conseqüentemente do processo democrático.

2. LIBERDADE DE PENSAMENTO E EXPRESSÃO

A liberdade de expressão nasce associada à possibilidade de manifestação de críticas ao governo. A primeira vez em que se torna possível o exercício desta liberdade foi quando o Presidente do Parlamento inglês, no século XV, solicita essa deferência à Coroa. Aos poucos o direito é estendido à todos os Parlamentares e então, à todos os súditos ingleses. Nasce, portanto, essencialmente vinculada ao direito de manifestação sobre os atos do governo. Esse tem sido o fundamento central deste direito desde então. Ao se falar na possibilidade de qualquer restrição ao direito, há sempre uma interpretação restritiva, por força do potencial de restringir o que é tão caro para o funcionamento de um regime democrático: a possibilidade de participação do povo.

A liberdade de expressão sempre se fez presente nos textos protetivos de direitos humanos no âmbito internacional. Na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, fruto da Revolução Francesa de 1789, o art. XI já ressaltava que a livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, aparece disposta em seu art. 19: "Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras".

No Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU, sua proteção também está disposta no art. 19:

1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos, adotada em 1953 pelo Conselho da Europa, dispõe em seu art. 10:

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.

Por fim, na Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, de 1986, prevê, em seu art. 9º:

1. Toda a pessoa tem direito à informação.
2. Toda a pessoa tem direito de exprimir e de difundir as suas opiniões no quadro das leis e dos regulamentos.

No âmbito do Sistema Interamericano de proteção aos direitos humanos, a liberdade de expressão goza de amplas garantias, eis que a Convenção Americana é mais tímida quando estabelece o rol de situações nas quais pode haver intervenção do Estado na liberdade de expressão, ou seja, ela é a mais protetiva em relação à liberdade de expressão, por prever de modo mais amplo o seu exercício. Esse fato é tributo da influência norte-americana na redação da Convenção eis que o direito doméstico dos Estados Unidos não permite que o Congresso edite legislação restringindo a liberdade de expressão, exceto quando a defesa do uso da força ou de uma violação à lei seja utilizada para incitar ou produzir ação ilegal iminente (FARRIOR, 1996).

O direito à liberdade de pensamento e expressão está previsto no artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, com a seguinte redação:

Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

A análise do artigo leva à conclusão de que essa liberdade se expressa de duas maneiras. Primeiro, em uma dimensão individual, segundo, em uma dimensão social. Em sua dimensão individual, a liberdade de expressão não se esgota no direito a falar e escrever, mas compreende o direito de utilizar qualquer meio apropriado para fazer difundir seu pensamento e chegar ao maior número de destinatários. Em sua dimensão social, a liberdade de expressão é um meio de intercâmbio de ideias e compreende o direito de cada um de comunicar seus pontos de vista e conhecer a opinião alheia (BRASIL, Ministério da Justiça, 2014, p.12). Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos não é possível a subsistência de uma sociedade democrática sem a livre "circulação de notícias, ideias e opiniões, bem como o mais amplo acesso à informação por parte da sociedade em seu conjunto. A liberdade de expressão se insere na ordem pública primária e radical da democracia, que não é concebível sem o debate livre e sem que a dissidência tenha pleno direito de se manifestar" (CorteIDH, 1985, p.20).

O direito à liberdade de expressão não é absoluto, mas como é bastante caro à democracia, os próprios instrumentos internacionais estabelecerão em que situações e em qual extensão ele pode ser restringido. Assim, para dar um exemplo, é vedado o discurso de ódio. As restrições previstas nos documentos internacionais levam em conta a proteção de outros direitos, que acabam por relativizar o exercício do direito da liberdade de expressão. O presente texto, todavia, enfrenta uma restrição que não traz qualquer benefício para as partes envolvidas. É o tipo de restrição que tão somente prejudica o exercício de um direito, sem ampliar o exercício de outros.

O conteúdo do direito à liberdade de pensamento e de expressão tem sido objeto de preocupação e estudo constante no âmbito do Sistema Interamericano em

razão da sua importância para a proteção da autonomia individual e a promoção da democracia. Sob o termo 'liberdade de expressão' estão designadas liberdades individuais e coletivas. Segundo Sarmiento (2007) apesar do debate intenso sobre qual seria o objetivo mais importante da liberdade de pensamento e expressão, entende-se que esses dois objetivos são igualmente importantes e reforçam-se mutuamente.

De manera más precisa, sin libertades civiles, como la libertad de prensa y de opinión, como la libertad de la asociación y de reunión, la participación del Pueblo em el poder político es un engaño, pero sin participación popular em el poder, las libertades civiles tienen bien pocas probabilidades de durar (BOBBIO, 1993, p. 117).

Isso porque ao permitir que o indivíduo exteriorize suas ideias, opiniões, sensações e sentimentos, estar-se-á possibilitando a formação da sua autonomia, alcançando um sentido em sua vida e tornando-se soberano sobre si mesmo (TAVARES, 2015).

Conforme jurisprudência da Corte Interamericana a liberdade de expressão é também "pedra angular na própria existência de uma sociedade democrática" na medida em que cada um possa participar da vontade do Estado (BRASIL, Ministério da Justiça, 2014, p.19). Para Bobbio (2000, p. 44) [...] Os direitos de liberdade foram desde o início a condição necessária para a direta aplicação das regras do jogo democrático [...].

Dada a sua relevância para a democracia e o pluralismo político, a liberdade de expressão - pelo menos de acordo com significativa doutrina - assume uma espécie de posição preferencial (preferred position), quando da resolução de conflitos com outros princípios constitucionais e direitos fundamentais, muito embora se afirme que no Brasil a teoria da posição preferencial - em que pese consagrada pelo STF quando do julgamento da ADPF 130 — tem sido, em geral aplicada de forma tímida (SARLET, 2014, p. 446).

O Sistema Interamericano (OEA, 2010) compreende a liberdade de expressão com tríplice função no sistema democrático. Sua primeira função é viabilizar aos indivíduos a virtude de pensar o mundo através das nossas perspectivas e de nos comunicarmos com os outros para construir o modelo de sociedade em que queremos viver.

Em segundo lugar a liberdade de expressão é condição indissolúvel para o fortalecimento e funcionamento dos sistemas democráticos pluralistas e deliberativos mediante a proteção e o fomento da livre circulação de informações, ideias e expressões de todo tipo. Para essa função a liberdade de imprensa é pressuposto indispensável.

Por fim, a liberdade de expressão é uma ferramenta chave para o exercício dos demais direitos fundamentais, tais como, liberdade religiosa, educação, identidade étnica e cultural e igualdade. Liberdade e igualdade estão, por certo,

interligadas, e o desrespeito a um deles, importa violação ao outro. Nesse sentido Aguiar (2013, p. 240):

Entretanto, o que se propõe (assim como Dworkin) é que liberdade e igualdade sejam compreendidas politicamente como valores indissociáveis cuja harmonia é fundamental para o desenvolvimento humano em todas as suas dimensões. Desse modo, suas concepções e delimitações não podem ficar restritas as disposições do Estado, de forma que a sociedade também tenha o direito (e seja motivada) de se manifestar sobre seus ideais acerca de cada um destes princípios.

Se é assim, impossível exercer o direito de liberdade de expressão sem a garantia de direitos anteriores. Impossível garantir que esse direito contribua com o exercício democrático se não restarem garantidos direitos básicos e constitutivos dele. Por isso, já em 2002, o relatório anual da relatoria para liberdade de expressão (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2002) destacou capítulo especial para tratar do impacto da liberdade de expressão para o enfrentamento da pobreza, o que é melhor explorado em seguida.

3. RELAÇÕES ENTRE POBREZA E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Isaiah Berlin (1998, p.221) nos lembra que

Se dice muy plausiblemente que si un hombre es tan pobre que no puede permitirse algo, respecto de lo cual no hay ningún impedimento legal –una barra de pan, un viaje alrededor del mundo o el recurso de los tribunales- él tiene tan poca libertad para obtenerlo como si la ley se lo impidiera.

Essa é a maior privação: ser desprovido do exercício de uma liberdade por outras razões que não legais, o que coloca os indivíduos em posição de incapacidade de participar da vida coletiva. E não se trata de corrigir os rumos econômicos confiando nisto como a tábua de salvação para as liberdades políticas. Ao contrário, a Relatoria Especial para Liberdade de Expressão no âmbito americano, lembra os ensinamentos de Amartya Sen na obra Desenvolvimento como Liberdade, para indicar os motivos pelos quais as liberdades políticas não podem ficar em segundo plano:

El Premio Nobel de economía explica que la preeminencia de las libertades básicas tiene que ver con: a) su directa importancia para la vida humana asociada con las capacidades básicas, incluida la participación social y política; b) su rol instrumental para permitir que los individuos puedan expresar sus demandas y ponerlas en la atención política, incluyendo sus reclamos de necesidades económicas; y c) su rol constructivo en la conceptualización de lo que son las “necesidades”, incluyéndose lo que se debe entender por necesidades económicas en un determinado contexto social. (OEA, 2002, par.12)

O Protocolo de San Salvador também reconhece, em seu preâmbulo “a estreita relação que existe entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais e a dos direitos civis e políticos”. Por isso, a relevância de estudos que relacionem a pobreza ao exercício da liberdade de expressão. Uma das competências da Relatoria Especial para Liberdade de Expressão da Organização dos Estados Americanos é produzir, anualmente, um relatório abrangente sobre a situação da liberdade de expressão nas Américas. Em 2002, o relatório, além de cumprir com a mencionada tarefa, ainda apresentou uma relação entre a pobreza e as possibilidades de exercício da liberdade de expressão em seu contexto. O relatório começa afirmando que “a pobreza y la marginación social en que viven amplios sectores de la sociedad en América, afectan la libertad de expresión de los ciudadanos del hemisferio, toda vez que sus voces se encuentran postergadas y por ello fuera de cualquier debate” (OEA, 2002, par.102).

Mas já no ano de 2000 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos reconhecia o papel da pobreza na privação do exercício de direitos:

La pobreza extrema constituye una violación generalizada a todos los derechos humanos, tanto civiles y políticos como sociales, económicos y culturales. Los requerimientos del derecho humano a una vida digna trascienden los contenidos igualmente fundamentales del derecho a no ser ejecutado arbitrariamente, del derecho a la integridad personal, del derecho a la libertad personal, de los derechos relacionados con el sistema de democracia representativa y de los demás derechos civiles y políticos. Además de destinar recursos públicos por un monto suficiente para los derechos sociales y económicos, los Estados deben velar por el uso apropiado de tales recursos. La experiencia demuestra que la pobreza extrema puede afectar seriamente la institucionalidad democrática, pues constituye una desnaturalización de la democracia y hace ilusoria la participación ciudadana, el acceso a la justicia y el disfrute efectivo, en general, de los derechos humanos.(OEA, 2001)

A pobreza é avaliada, essencialmente, por um critério de renda e na capacidade do indivíduo em adquirir produtos e serviços. O Banco Mundial (2013) desenvolveu critério que é o mais utilizado para estabelecer a partir de que renda a pessoa pode ser considerada pobre. De acordo com o critério apresentado pelo Banco, a pobreza é relativa se a renda do indivíduo for de até 2,5 dólares diários, e será absoluta se for de 1,25 dólares diários. Mas não é nova a ideia de que somente a renda não qualifica adequadamente a pobreza. É necessário ter atenção para outros fatores, e “(...) sair da linha de pobreza significa obter: um regime alimentar adequado, um certo nível de conforto, o desenvolvimento de papéis e de comportamentos socialmente adequados” (CRESPO; GUROVITZ, 2002, p.5).

Para avaliar o que é a pobreza, Amartya Sen (2000) avalia que além da renda restrita é preciso considerar a pobreza como privação das capacidades básicas. A capacidade tende a variar frente aos critérios de idade, papéis sexuais e sociais, localização geográfica, dentre outras variantes de controle inexistente ou limitado por parte do indivíduo. Nesse sentido, o combate à pobreza não se restringiria a renda, dependeria dos incentivos econômicos, da participação política, da cidadania ativa para gerar oportunidades de crescimento integrado e consciente.

Desse modo, "é essencial que as pessoas sejam envolvidas, de modo ativo, oportunamente, na luta por seu próprio destino, e não como meros destinatários de elaborados programas de desenvolvimento, mas sim por meio do fortalecimento e proteção de suas capacidades" (STRAPASSON, PAMPLONA, 2014, p.59).

A pesquisa Avaliações Participativas sobre a Pobreza (NARAYAN, 1999), do Banco Mundial, concluiu que valores como a honestidade, paz e capacidade de ação, falta de voz, de poder e de independência são elementos que colaboram para a exploração, o tratamento desumano e a humilhação das pessoas. Isso corrobora a ideia de que a pobreza está intimamente relacionada à capacidade de uma pessoa exercer livremente seu direito de expressão. Sempre que as pesquisas sobre pobreza saem do eixo da renda são encontradas relações com a falta de capacidade de ação, ou de voz, das pessoas envolvidas. Por isso é que

As situações que causam e mantêm as pessoas na pobreza não podem ser compensadas apenas por meio de transferências do Estado, pois essas ações desencadeiam efeitos debilitadores contribuindo para a exclusão social, acarretando a perda da autonomia, da autoconfiança e até da saúde física e psicológica. É preciso permitir a articulação política e participação direta do grupo assistido na gestão das políticas, para controle e aprimoramento (STRAPASSON, PAMPLONA, 2014, p.61).

Pela utilização de tais critérios, é possível afirmar que parte da população do território americano se encontra fora do processo comunicativo, suas necessidades não são conhecidas, assim como seus desejos e o modelo de sociedade em que querem viver. De fato, a pobreza tem um impacto muito mais amplo do que somente sobre a liberdade de expressão. Ela leva à violação de diversos humanos e nesse sentido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos afirma, em seu preâmbulo:

Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos.

O Relatório Anual de 2002 lembra que a Comissão Interamericana tem reiterado inúmeras vezes que a pobreza é uma negação fundamental dos direitos humanos e a pobreza extrema constitui uma violação generalizada a todos os direitos humanos, tanto civis e políticos como sociais, econômicos e culturais (OEA, 2002).

En este sentido, el efectivo respeto a la libertad de expresión es una herramienta fundamental para incorporar a quienes, por razones de pobreza, son marginados tanto de la información, como de cualquier diálogo. Dentro de este marco de referencia, es deber del Estado garantizar la igualdad de oportunidades a todas las personas para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación, eliminando todo tipo de medidas que discriminen a un individuo o grupo de personas en su participación igualitaria y plena de la vida política, económica y social de su país (OEA, 2002, p.103).

O relatório procura identificar de que modo a pobreza em que vivem amplos setores das sociedades do continente restringe o modo como eles exercem o direito à liberdade de expressão, a quantidade de informações que recebem e, como consequência, a forma como participam do processo democrático. Além disso, busca identificar aspectos relacionados com diversas formas no exercício da liberdade de expressão que de acordo com a Relatoria para a Liberdade de Expressão, contribuiriam para melhorar as condições dos pobres no hemisfério.

A primeira condição que deve ser verificada para que seja permitido o exercício da liberdade de expressão é a ausência de discriminação de origem social ou posição econômica. Os Estados membros devem procurar eliminar todas as medidas que discriminem o indivíduo de uma participação plena na vida política, econômica, pública e social de seu país.

La falta de participación equitativa impide el desarrollo de sociedades democráticas y pluralistas, exacerbando la intolerancia y la discriminación. La inclusión de todos los sectores de la sociedad en los procesos de comunicación, decisión y desarrollo es fundamental para que sus necesidades, opiniones e intereses sean contemplados en el diseño de políticas y en la toma de decisiones. (OEA, 2002, p.104).

Assim, para garantir o pleno exercício da liberdade de expressão dos pobres, sem discriminação, os Estados devem implementar as condições para a sua participação ativa dentro dos mais variados setores. A questão essencial, aqui, é que o Estado garanta que não haverá discriminação pela condição econômica e social. Devem ser implementados mecanismos que garantam a participação ativa destas pessoas na vida política, social, econômica e cultural de seu país. Se o Estado consegue garantir que não haverá discriminação, a porta estará aberta para que sua participação seja consolidada.

Outra possibilidade de incremento do exercício da liberdade de expressão vem da garantia de acesso à informação pública, aspecto fundamental para fomentar a autonomia individual e viabilizar uma participação cidadã, assim como para permitir a real fiscalização dos atos do Estado.

En el informe sobre desarrollo humano del PNUD se ha señalado que los pobres, en general, son los que tienen menos posibilidades de obtener información sobre decisiones y políticas públicas que los afectan directamente, privándolos de información vital para sus vidas como ser, entre otros, información sobre la existencia de servicios gratuitos, conocimiento de sus derechos, acceso a la justicia, etc. A su vez, estos sectores tienen menor acceso a las fuentes de información tradicionales para expresar sus opiniones o hacer pública denuncias sobre violaciones a sus derechos básicos (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2002, p.105).

Tendo como fundamento as pesquisas realizadas e os resultados apresentados pelo Banco Mundial no Relatório "Vozes dos pobres. Existe alguém que nos escuta?", a Relatoria Especial para Liberdade de Expressão alerta para os

obstáculos enfrentados pelos pobres quando tentam ter acesso aos serviços oferecidos pelo governo. Há falta de informações sobre esses serviços, sobre quem os oferta e em que condições.

A informação possibilita a mobilização, vista como um instrumento fundamental para alcançar melhores condições de vida.

No entanto, o acesso à educação, é visto como pré-condição para efetiva mobilização da comunidade. Um homem consultado em Sacadura afirma: "a gente só pode ter qualidade de vida através da nossa mobilização. Devemos ter educação e informação para a gente ter o nosso projeto para melhorar a qualidade de vida". (BANCO MUNDIAL, 2000, p.29)

O terceiro aspecto refere-se ao direito de reunião, isto porque, os setores mais empobrecidos têm pouco acesso à informação e planejamento das medidas que impactam sua vida e possuem pouca possibilidade de manifestar suas opiniões nos meios tradicionais, assim os protestos e as manifestações sociais são uma ferramenta para realizar seus pedidos as autoridades e fazer suas denúncias.

Os meios de comunicação comunitários são outro fator de importante destaque, na medida em que os debates sobre as instituições e os rumos do Estado protege os mais pobres das violações aos seus direitos. Os meios comunitários de comunicação têm ajudado a gerar uma consciência pública e exercer pressões para a melhoria da qualidade de vida.

Las radios comunitarias, que deben actuar en un marco de legalidad facilitado por los Estados, responden en muchos casos a las necesidades, intereses, problemas y expectativas de sectores muchas veces relegados, discriminados y empobrecidos de la sociedad civil. La necesidad creciente de expresión de las mayorías y minorías sin acceso a medios de comunicación, y su reivindicación del derecho de comunicación, de libre expresión de ideas, de difusión de información hace imperante la necesidad de buscar bienes y servicios que les aseguren condiciones básicas de dignidad, seguridad, subsistencia y desarrollo. (OEA, 2002, p.105).

Em relatório sobre a liberdade de expressão de expressão na Guatemala a Comissão e sua relatoria afirmam que as rádios comunitárias são importantes na medida em que fomentam a cultura e história da comunidade, bem como são importantes instrumentos para o desenvolvimento e educação das diversas comunidades que integram o país (OEA, 2003).

Importante que os Estados não criem marcos legais que impeçam o funcionamento das rádios comunitárias. Em visita a própria Guatemala a Comissão recebeu informação que o acordo de 2002 do governo guatemalteco não garantia igualdade de condições de acesso dos povos indígenas as frequências radioelétricas disponíveis e concluiu:

Por lo tanto, las subastas que contemplan criterios únicamente económicos o que otorguen concesiones sin una oportunidad

equitativa para todos los sectores son incompatibles con la democracia y con el derecho a la libertad de expresión e información garantizados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. La obligación del Estado de mantener criterios democráticos en las concesiones de canales de televisión y ondas de radiodifusión se hace evidente en el actual contexto guatemalteco de consolidación democrática e implementación de los Acuerdos de Paz. (OEA, 2003, p. 389).

Dessa forma, segundo a Relatoria Especial para a liberdade de expressão as normativas sobre radiodifusão comunitária devem reconhecer as características especiais desses meios e conter a existência de procedimentos rápidos para obtenção das licenças, a não exigências de requisitos tecnológicos muito severos que impeçam o acesso das rádios comunitárias e a possibilidade dessas rádios usarem da publicidade para se financiarem (OEA, 2010).

Em 3 de fevereiro de 2010 a CIDH estabeleceu os dez desafios-chaves para a liberdade de expressão na próxima década, e o apoio as emissoras públicas e comunitárias recebeu destaque importante e ressaltou dois pontos preocupantes: a falta de reconhecimento legal específico para o setor das emissoras comunitárias com base em critérios adequados para esse setor e a decisão de não reservar frequências suficientes para as emissoras comunitárias, e de não criar mecanismos adequados de financiamento.

Assim, quando o tema é liberdade de expressão os Estados devem se abster de realizar ações que discriminem ou excluam arbitrariamente, certos grupos ou pessoas, e devem, ainda, adotar medidas positivas (legislativas, administrativas ou de qualquer outra natureza) para mudar as situações discriminatórias já existentes, que comprometam o efetivo exercício da liberdade de expressão de certos grupos (OEA, 2010).

Por fim, todas as medidas sugeridas no relatório de 2002 da Relatoria Especial para liberdade de expressão da CIDH, quando se refere à pobreza, pretende por certo incentivar os Estados a adotarem as medidas necessárias para dar voz a uma parcela da população que tem pouco acesso à informação, pouco acesso aos debates públicos e pouca possibilidade de expressarem suas necessidades e seus desejos para uma sociedade mais digna e mais inclusiva. Trata-se de reconhecer que a participação ativa da sociedade em todas as instituições que compõem a democracia só pode ser feita se respeito o direito de liberdade de expressão, contudo, o exercício desse direito pela população é frontalmente impactado pelas condições sociais que restringem ou impedem a informação e a capacidade de dar voz às suas demandas.

4. CONCLUSÃO

A proteção ao direito à liberdade de expressão é bastante ampla nos documentos internacionais estudados. Afastando-se da análise do conteúdo das possíveis restrições, previstas internacionalmente, para o exercício deste direito, o presente texto procurou relacionar a restrição imposta pela pobreza.

Para tanto, avaliou a doutrina e as manifestações do Sistema Interamericano de proteção aos direitos humanos, sobre a pobreza e suas relações com o exercício da liberdade de expressão.

Não restam dúvidas de que a pobreza é um fator importante na capacidade das pessoas se manifestarem. Há que se perceber que há um círculo vicioso que precisa ser quebrado. Por um lado, as pessoas não conseguem sair da pobreza, entre outros fatores, porque não estão empoderadas para se fazer ouvir, e conseqüentemente, exercer sua liberdade de expressão. Por outro lado, as pessoas não conseguem se manifestar porque não estão empoderadas por força da situação de pobreza em que vivem.

O texto demonstra que é papel do Estado quebrar esse círculo vicioso com políticas que não discriminem os pobres para que se sintam confortáveis ao assumir a sua voz. Cabe ao Estado estabelecer políticas que garantam o acesso à informação, mas essa informação deve ter conteúdo compreensível pelas pessoas que não tem condições socioeconômicas de compreendê-las, nesse sentido, o Estado deve ser proativo e encorajar os indivíduos a compreender as informações propondo-as em linguagem acessível. Por fim, cabe também ao Estado a proteção às rádios comunitárias, pelo papel que desempenham na distribuição de informação às classes menos privilegiadas.

Conclui-se que, ao contrário do que se pode pensar em uma análise mais breve, as questões econômicas não devem refletir, isoladamente, a preocupação de quem procura resolver a situação de pobreza da população. Em outras palavras, pode parecer que a pobreza é, tão somente, uma questão econômica. O que o texto pretendeu foi indicar que a proteção às liberdades políticas, em especial à liberdade de expressão, tem papel crucial no combate à pobreza. É com o desenvolvimento das características necessárias para o exercício do direito de se expressar que a população pode fazer parte da solução para a condição econômica em que se insere. É pela possibilidade de estar informada que a população se instrumentaliza para tomar decisões que lhe afetem. Por fim, é a garantia do exercício da liberdade de expressão que a democracia se concretiza, aproximando as necessidades prementes das decisões políticas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR, Marcus Pinto. Liberdade de expressão e busca pela igualdade na sociedade plural. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**. Fortaleza: Ano 13, vol. 13, n. 13. , 2013.
- BANCO MUNDIAL. Dados sobre a pobreza no mundo. Disponível em :<<http://data.worldbank.org/topic/poverty?display=graph>.. Acesso em 24.03.16.
- _____. Vozes dos Pobres. Disponível em <http://siteresources.worldbank.org/INTPOVERTY/Resources/335642-1124115102975/1555199-1124138866347/brazilpr.pdf>, Acesso em 21.set.16.
- BERLIN, Isaiah. Cuatro Ensayos sobre la Libertad, Alianza Editorial, Madrid, 1998.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer. 22 tir. Rio de Janeiro, Elsevier, 2004.
- _____. **Igualdad y libertad**. Barcelona: Ediciones Paidós, 1993.
- _____. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: brasiliense, 2000.

- BRASIL, Ministério da Justiça. **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.
- CEPAL – COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA. Programa Social da América Latina 2015, Disponível em: <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/39965/S1600227es.pdf> acesso em 20.set.16.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CorteIDH. Opinión Consultiva 05/85, 1985. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf, Acesso em 20.02.2016.
- CRESPO, Antonio Pedro A.; GUROVITZ, Elaine. A pobreza como fenômeno multidimensional. **Revista RAE Eletrônica**. Fundação Getúlio Vargas, vol 1, n. 1, jul-dez. 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/raeel/v1n2/v1n2a03.pdf> >. Acesso em: 24.03.16.
- FARRIOR, Stephanie, Holding the Matrix: The Historical and Theoretical Foundations of International Law Concerning Hate Speech, **Berkeley Journal of International Law**, 14:1, 1996.
- HERZ, Michel, MOLNAR, Peter. **The content and context of hate speech**, Cambridge University Press, 2012.
- NARAYAN, Deppa (Coord.) Consultations with the poor: methodology guide for 20 country study for the world development report 2000/01. Washington, DC: World Bank, 1999. Disponível em <http://siteresources.worldbank.org/INTPOVERTY/Resources/335642-1124115102975/1555199-1124138742310/method.pdf>, Acesso em 25.03.16.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho de libertad de expresión**. Washington, D.C., 2010. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTERAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf> Acesso em: 20 de mar 2016.
- _____. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay, 2001, Cap. V. 17. Disponível em <http://www.cidh.org/countryrep/Paraguay01sp/indice.htm>, acesso em 21.set.16.
- _____. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Jurisprudencia nacional sobre libertad de expresión y acceso a la información**. Washington, D.C., 2013. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/2013%2005%200%20JURISPRUDENCIA%20DOMESTICA%20SOBRE%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20Y%20AI.pdf> Acesso em: 20 de mar 2016.
- _____. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Informe anual de la relatoría para la libertad de expresión de 2002**. Washington, D.C., 2002. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/Informe%20Anual%202002.pdf>. Acesso em: 20 de mar 2016.
- _____. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Declaración Conjunta del décimo aniversario: Diez desafíos claves para la libertad de expresión en la próxima**

- década.** Washington, D.C., 2010. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=784&ID=2>
Acesso em: 20 de mar 2016.
- _____. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Justicia e Inclusión Social: Los desafíos de la democracia en Guatemala**. Washington, D.C., 2003. Disponível em: http://www.cidh.org/countryrep/Guatemala2003sp/capitulo7.htm#_ftnref5,
Acesso em: 26 de mar 2016.
- _____. Protocolo de San Salvador. Disponível em <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo de San Salvador.htm>,
acesso em 21.set.16.
- PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. Dados do Relatório de Desenvolvimento Humano de 2015. Disponível em (http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr15_overview_pt.pdf), acesso em 20.set.16.
- REPORTERES SEM FRONTEIRAS, Índice de Liberdade de mídia, Disponível em <https://rsf.org/en>, acesso em 18.set.16.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2000.
- STRAPASSON, K. ; PAMPLONA, Danielle Anne . **A escolha pública econômica para erradicar a pobreza extrema no Brasil**. Revista Brasileira de Políticas Publicas, v. 4, p. 47-64, 2014.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

O reconhecimento dos refugiados ambientais no âmbito do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos

Anna Luisa Walter de Santana Daniele¹

Danielle Anne Pamplona²

Pontifícia Universidade Católica do Paraná

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe a discussão da temática dos refugiados ambientais no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. A importância da discussão da temática leva em consideração as profundas e degradantes consequências do desequilíbrio ambiental no mundo.

O Acordo de Paris, ratificado pelo Brasil em setembro deste ano, resultado da Conferência do Clima de Paris (COP 21), inicia seu texto justamente reconhecendo que as mudanças climáticas representam uma ameaça urgente e potencialmente irreversível para as sociedades humanas e o planeta.

Refugiados ambientais são todos aqueles que precisam cruzar a fronteira de seu país, abandonando suas residências habituais, em razão de condições ambientais degradantes que impedem uma vida digna e muitas vezes colocam em risco a própria sobrevivência de um determinado grupo social.

Os números são assustadores. Atualmente o número de deslocados por desastres naturais supera os deslocados por violência, em 2015 foram 8.6 milhões de deslocados por violência e 19.2 milhões de pessoas deslocadas por desastres naturais (GLOBAL REPORT ON INTERNAL DISPLACEMENT, 2016).

Um dos grandes impasses para o tratamento da realidade dos refugiados ambientais é a ausência de um reconhecimento normativo claro nos documentos internacionais. Em que pese existirem opiniões diversas, entendemos que, se no âmbito global, a categoria dos refugiados ambientais não encontra guarida, o mesmo não acontece no âmbito do Sistema Interamericano.

Os sistemas regionais de proteção reforçam os direitos humanos previstos nos tratados e declarações internacionais e apresentam-se como uma resposta para as

¹ Doutoranda em Direito pela da Pontifícia Universidade Católica do Paraná- Brasil. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-SP. Professora Universitária.

² Doutora em Direito pela UFSC Universidade Federal de Santa Catarina; International Visiting Scholar na American University, Washington, DC (2015-2016); Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos do PPGD/PUC-PR.

dificuldades de implementação das regras de defesa dos direitos humanos no âmbito global.

Para possibilitar a análise do tratamento dos refugiados ambientais no âmbito do Sistema Interamericano o presente artigo se divide em três partes. O primeiro momento dedica-se a explicitar os documentos internacionais que reconheceram o direito ao meio ambiente equilibrado como um direito humano e a inevitável vinculação entre a temática dos direitos humanos e do direito ambiental. Em um segundo momento, tratar-se-á da situação dos deslocados ambientais de maneira genérica, abordando rapidamente a situação dos deslocados ambientais internos, isto é, aqueles que não cruzam a fronteira de seu país. A terceira e última parte dirige-se exclusivamente àqueles que abandonam seu país de origem ou de residência habitual em razão de graves desequilíbrios ambientais e seu reconhecimento de sua situação feita na Declaração de Cartagena.

2. MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO COMO DIREITO HUMANO.

Após as claras violações aos direitos humanos ocorridas na Segunda Guerra a comunidade internacional se volta à reconstrução desses direitos, agora "como paradigma e referencial teórico a orientar a ordem internacional" (PIOVESAN, 2010 p. 96). O surgimento de Estados totalitários espalhou terror e a destruição de povos inteiros e suscitou a consciência de que sem o respeito aos direitos humanos a convivência pacífica das nações tornava-se impossível (COMPARATO, 2016).

O enfrentamento das ofensas aos direitos humanos passa a ser uma obrigação primária dos Estados. Desse esforço conjunto cria-se um sistema global de proteção aos direitos humanos e diversos sistemas regionais. A criação das Nações Unidas, com a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 marca o início da internacionalização dos direitos humanos, nas palavras de Piovesan (2012).

A Declaração de 1948 tem como objetivo essencial estabelecer uma ordem internacional voltada à proteção e reconhecimento da dignidade humana, estabelecendo um patamar mínimo de preservação de direitos e valores que são compartilhados por todos. A concepção contemporânea dos direitos humanos é marcada pela universalidade e indivisibilidade (PIOVESAN, 2010). São direitos universais na medida em que a condição de pessoa é requisito único para o reconhecimento da titularidade desses direitos³. Trata-se da "absoluta ruptura, com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça (a raça pura ariana)" (PIOVESAN, 2012, pg. 204). São indivisíveis pois, a violação de um direito humano importa a violação dos outros, numa clara concepção de inter-relação e interdependência das diversas categorias de direitos humanos.

A própria Declaração Universal de 1948 contempla em seu bojo direitos civis e políticos, bem como direitos sociais, econômicos e culturais, já o direito ao meio ambiente sadio e seu reconhecimento como direito humano internacional demandou outros esforços e outras construções normativas.

Apesar da proteção ambiental ter sido inserida na agenda global em um momento posterior à inserção dos direitos humanos, essas duas áreas estão

³ Não se pretende aqui a polarização de discussões universalistas ou relativistas, mas do reconhecimento de uma concepção multicultural dos direitos humanos defendida por Boaventura de Sousa Santos. "Uma concepção que em vez de recorrer a falsos universalismos, se organiza como uma constelação de sentidos locais, mutuamente inteligíveis, e se constitui em rede de referências normativas capacitantes" (SANTOS, 1997).

interligadas, na medida em que ambas estão preocupadas com o desenvolvimento e promoção do bem-estar humano (PATHAK, 2014).

O reconhecimento da indissociabilidade da proteção dos direitos humanos e das questões ambientais passa a tomar espaço na agenda global a partir da década de 60. Não poderia ser diferente, isto porque, como assevera Cançado Trindade:

O quadro dos direitos humanos está inelutavelmente presente na consideração do regime de proteção do meio-ambiente humano em todos os aspectos: confrontando-nos aqui em última análise com a questão crucial da sobrevivência do gênero humano, com a asserção – face às ameaças ao meio-ambiente – do direito humano fundamental de viver (1993, pg. 50).

Segundo Ferrer (2013) a transição de um direito orientado à proteção individualizada dos recursos para o Direito Ambiental se produz quando o homem toma consciência de que as alterações produzidas no ecossistema global podem influenciar as expectativas de subsistência no planeta. O mesmo autor propõe que a compreensão da evolução do Direito Ambiental se vista pelo enfoque cronológico encontra sua primeira “onda” na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente de 1972.

A Conferência, que ficou conhecida como Conferência de Estocolmo, em razão do local de sua realização, representa um importante marco na aproximação entre os direitos humanos e o direito ambiental na seara internacional. Tanto assim, que a Declaração de Estocolmo, resultado da Conferência, inicia seu texto afirmando que o meio ambiente natural e artificial são essenciais para o exercício dos direitos humanos (ONU, 1972). Para Cançado Trindade (1993) foi na Declaração sobre o Meio Ambiente de Estocolmo que o direito fundamental ao meio ambiente foi reconhecido.

Para Mazzuoli (2013) antes da Conferência de Estocolmo o meio ambiente era tratado dissociado do homem e, mesmo não se revestindo da qualidade de tratado internacional, a Declaração de Estocolmo modifica o foco sobre o pensamento ambiental no planeta e enquadra-se ao lado de várias outras declarações memoráveis da ONU, como a própria Declaração de 1948 e a Declaração do Rio de Janeiro sobre o meio ambiente e desenvolvimento em 1992.

Em 1972 também foi estabelecido o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), com sede em Nairóbi no Quênia. Hoje o PNUMA é a principal autoridade para a definição de uma agenda ambiental global, promovendo uma coerente implementação do desenvolvimento sustentável dentro do sistema das Nações Unidas.

Ainda na esteira dos importantes documentos internacionais, em 1987, coordenado pela médica norueguesa Gro Harlem Brundtland, a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento publicou o inovador relatório “Nosso Futuro Comum”, inserindo na pauta pública as discussões a respeito do desenvolvimento sustentável. O relatório Brundtland é incisivo na constatação da impossibilidade de serem abordados problemas ambientais sem uma perspectiva ampla que englobe os fatores subjacentes à pobreza e as desigualdades mundiais (ONU, 1987).

Parte-se daí todo um esforço teórico para o desenvolvimento do termo socioambientalismo, que reconhece que um novo paradigma de desenvolvimento deve promover a sustentabilidade estritamente ambiental, mas também, a sustentabilidade social, contribuindo para a redução da pobreza e maior equidade. (SANTILLI, 2005). Trata-se do próprio reconhecimento do direito ambiental como

direito humano e da sua natureza indivisível, na medida em que a violação de um direito humano importa a violação dos demais⁴.

Vários outros documentos jurídicos internacionais também realizaram a necessária aproximação entre as questões ambientais e as questões envolvendo os direitos humanos. Segundo Cançado Trindade (1993) a II reunião do Grupo de Consultores Jurídicos do PNUMA, que aconteceu em Genebra em 1991, também assinalou a importância do reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio e do direito ao desenvolvimento como um direito humano.

No mesmo ano, o Relatório final do Seminário Internacional sobre Países em Desenvolvimento e Direito Ambiental em Pequim (1991) afirmou haver um consenso geral da ligação entre a proteção ambiental e os direitos humanos, especialmente o direito à vida e o direito à saúde. O direito ao meio ambiente sadio e o direito ao desenvolvimento foram concebidos para reforçar e não para restringir outros direitos, em razão da sua indivisibilidade e interdependência. A proteção ambiental acendeu a uma questão de sobrevivência e de proteção à saúde humana.

No âmbito dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1981, estabelece em seu artigo 24º: "Todos os povos têm direito a um meio ambiente geral satisfatório, propício ao seu desenvolvimento", fazendo a introdução da temática da proteção ambiental em um documento de direitos humanos.

No âmbito do sistema regional Interamericano, que tem aqui particular interesse por incidir sobre os países da América Latina, o principal documento, qual seja, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, não inclui o direito ao meio ambiente sadio, mas o faz de forma expressa no Protocolo de San Salvador de 1988.

O protocolo apresenta a seguinte redação em seu artigo 11, que trata do direito a um meio ambiente sadio: 1. Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos. 2. Os Estados Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente". Ao se referir ao Protocolo de San Salvador, Cançado Trindade afirma que se trata do reconhecimento expresso, em um instrumento de direitos humanos, do direito humano a um meio ambiente equilibrado" (1993, pg. 114).

Tais documentos demonstram a possibilidade de compressão do direito ao meio ambiente equilibrado e sadio como um direito humano. Na medida em que tanto o sistema global, como os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, possuem como última *ratio* a proteção da vida; o meio ambiente sadio e o direito a paz são uma extensão ou corolários do direito à vida, pois não há que se falar em direitos humanos sem sua interface com a proteção ambiental (CANÇADO TRINDADE, 1993).

Nesse mesmo sentido, Mazzuoli (2013) afirma que todo processo normativo internacional tem consequências no campo ambiental e nos direitos humanos e que, apesar de não ter sido expressamente colocado na Declaração de 1948, o direito a um meio ambiente equilibrado é essencial para que os direitos e liberdades estabelecidos na Declaração possam ser realizados plenamente.

⁴ No mesmo sentido: "Respect for human rights, economic development, and environmental protection have been unified in the concept of sustainable development as a common concern of humanity"(KISS; SHELTON, 2007, p. 14)

Pela própria característica da historicidade dos direitos humanos, é natural que a luta pela incorporação e compreensão do direito ao meio ambiente sadio enquanto direito fundamental fosse progressiva e gradual. “Enquanto reivindicações morais, os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer” (PIOVESAN, 2010).

Para os Estados a asserção do direito à vida de todo ser humano, nos instrumentos internacionais, fez-se acompanhar da asserção de uma obrigação negativa (ninguém privar arbitrariamente a vida de outrem) e de uma obrigação positiva (adotar as providências necessárias para proteger e preservar a vida humana) para os Estados (TRINDADE, 1993). As obrigações positivas criam uma necessidade de atuação dos Estados no sentido de garantia e efetividade dessas novas demandas.

E todas estas alterações no âmbito normativo começam a se fazer sentir nas Cortes Internacionais. Perceba-se que os instrumentos internacionais passam a associar a violação ao meio ambiente com a violação aos direitos humanos. A possibilidade de que as Cortes que julgam violações de Direitos Humanos estabeleçam que a partir de violações ambientais é possível concluir pela violação de direitos humanos é um movimento denominado de ‘greening’ dos direitos humanos. Já há casos admitidos perante a Corte Interamericana e a Corte Europeia que estão fundados em violações ambientais mas onde ocorreu o reconhecimento de violação a direitos humanos (PAMPLONA; ANNONI, 2016).

A compreensão do meio ambiente equilibrado como um direito humano, em razão da própria existência da vida estar condicionada a um meio ambiente sadio é essencial para a compreensão da categoria dos refugiados ambientais e suas consequências. Afinal, ligar direitos humanos e danos ambientais permite que os indivíduos utilizem os sistemas global e regional de proteção dos direitos humanos quando os Estados permitem uma degradação ambiental substancial. Afinal, a mais importante consequência é providenciar à vítima de degradação ambiental a possibilidade de acesso à justiça (PATHAK, 2014).

3. DESLOCADOS AMBIENTAIS

A análise que se faz a seguir parte de uma abordagem integrada e coordenada das três vertentes do Direito Internacional de proteção da pessoa humana (direitos humanos, direito humanitário e direito dos refugiados) na já consagrada teoria das vertentes de Cançado Trindade (1997). Isto porque a proteção integral da pessoa humana é o fim comum dessas três vertentes do direito internacional.

Nesse sentido Cançado Trindade (1993) afirma haver um íntimo vínculo entre os fluxos de refugiados e a proteção dos direitos humanos, porquanto as violações graves e amplas de direitos humanos acarretam fluxos intensos de refugiados. A proteção de refugiados e pessoas deslocadas há assim de ser apropriadamente coordenada com os mecanismos de proteção dos direitos humanos (global e regional).

Embora o fenômeno de pessoas que precisam deixar seus países de maneira definitiva ou temporária em razão de problemas de degradação ambiental não seja nenhuma novidade na história da humanidade, a expressão “refugiados ambientais” ganha destaque apenas na Década de 80, com a publicação do trabalho de El-Hinnawi intitulado *Environmental Refugees* (SERRAGLIO, 2014). A preocupação com o tema aparece reforçada com a publicação do primeiro Relatório do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC) de 1990 que alertava que o

mais grave efeito da mudança climática é o deslocamento de milhões de pessoas (PIGUET, 2008).

A própria terminologia não apresenta uniformidade de tratamento. São usados termos como: refugiados ecológicos, eco-refugiados, migrantes ambientais, deslocados por razões ambientais e refugiados climáticos. Os diversos atores internacionais usam diferentes terminologias baseados em teorizações acadêmicas, ativismos ou ações políticas e dependendo das formas de proteção que pretendem ver emergente (COURNIL, 2009).

Para fins de categorização e compreensão do texto, entende-se mais apropriada uma divisão entre duas realidades distintas. Adota-se, aqui, o termo "refugiados ambientais", apenas para aqueles que cruzam a fronteira de seu país, compreendendo essa categoria dentro do conceito amplo de refugiados. Os deslocados ambientais internos, por seu turno, permanecem em seu país de origem e merecem uma análise separada. Ambos encontram guarida nos sistemas de proteção de direito humanos, mas mantêm especificidades que não podem ser deixadas de lado.

Quando o texto se refere a todos aqueles que precisam deixar sua residência e seu local de origem pelas alterações no meio ambiente usamos o termo "deslocados ambientais", fazendo referência tanto aos refugiados ambientais como aos deslocados internos.

Assim, deslocados ambientais são "pessoas ou grupo de pessoas que, em razão de mudanças súbitas ou progressivas no ambiente, que afetam negativamente suas vidas ou condições de vida, são obrigados a deixar suas residências habituais, ou optam por fazê-lo, temporária ou permanentemente, e que se movem tanto em seu país ou no estrangeiro" (Organização Internacional para Migrações, 2009, p. 19)".

Relatório lançado em 2016 pelo Observatório de Deslocamento Interno (IDMC – Internal Displacement Monitoring Centre) afirma que em 2015 foram 19.2 milhões de novos deslocados em razão de desastres. Entre os países da América Latina, o Chile aparece em sexto lugar, na lista dos países que mais possuem deslocados por desastres ambientais.

Relatório (2015) também do IDMC, específico para deslocados por desastres, afirma que desde 2008 uma média de 26.4 milhões de pessoas foram deslocadas de suas casas por desastres naturais, o que significa 1 (uma) pessoa deslocada a cada segundo no mundo.

Há, por certo, uma dificuldade em se estabelecer a causa exata dos deslocamentos, pois normalmente estamos diante de motivações complexas, que podem abranger ao mesmo tempo crises ambientais e crises sociais que, no geral, se confundem. O Relatório de Mudanças Ambientais e Climáticas do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados de 2015 aponta o exemplo de deslocados somalis para o Quênia, entre 2012 e 2013 motivados tanto pela seca e fome, como pelo terror espalhado por grupos armados como o Al Shabab.

McAdam (2009) ressalta também que parte dos problemas para estatísticas mais apuradas é o número grande de variáveis, tais como, saber exatamente quando a mudança climática será sentida e o nível de investimento e planejamento que são investidos para conter esses efeitos. Destaca por fim que a maior dificuldade é a capacidade de resiliência das pessoas, na medida em que alguns fogem imediatamente, alguns se deslocam mais tarde e outros nunca sairão de suas casas,

sendo muito difícil prever quando as pessoas irão se deslocar de seus lugares de origem.

A dificuldade de estatísticas precisas não importa a impossibilidade de reconhecimento do fenômeno, muito menos abala a necessidade da comunidade internacional lidar com a realidade de milhões de pessoas que se deslocaram ao longo dos últimos anos em razão de desastres ambientais. Tanto isso é verdade que, em 2011, a Conferência Nansen sobre Mudanças Climáticas e Deslocamentos no Século 21, convocada pelo Governo da Noruega entre os dias 5 e 7 de junho de 2011, em Oslo, reforçou a necessidade de uma abordagem internacional mais coerente e consistente para a proteção das pessoas deslocadas. As respostas e políticas devem ser baseadas na não discriminação, consentimento, empoderamento, participação e parcerias com aqueles que são afetados pelas mudanças climáticas (The Nansen Conference, 2011).

No que diz respeito aos deslocados internos, a própria ONU reconhece sua existência ao consagrar em 1998 os Princípios Orientadores Relativos aos Deslocados Internos. Em suas metas e objetivos o documento afirma que são deslocados internos pessoas ou grupos de pessoas, forçados ou obrigados a fugir ou abandonar suas casas, particularmente, em consequência de conflitos armados, situações de violências generalizadas, violações dos direitos humanos ou calamidades humanas ou naturais, que não tenham atravessado uma fronteira internacionalmente reconhecida de um Estado. Perceba-se que aqui, expressamente, as questões ambientais são reconhecidas como causas de deslocamento

O mesmo documento prevê como direitos dos deslocados internos o de sair do país, o de procurar asilo em outro país e o de ser protegido contra o regresso forçado e a reinstalação em qualquer lugar onde a sua vida, segurança, liberdade ou saúde possam ser colocados em risco (Princípios 15).

Para o ACNUR, em 2014, a estimativa era de 26 milhões de deslocados internos ajudados pela Agência em todo mundo, sendo os três países com o maior número de deslocados internos Síria, Colômbia e a República Democrática do Congo. O princípio 25 dos Princípios Orientadores Relativos aos Deslocados Internos expressa que as autoridades nacionais têm o dever e a responsabilidade primárias de prestar assistência aos deslocados internos, mas as organizações humanitárias têm o direito de oferecer seus serviços, sem que isso represente uma interferência nos assuntos internos.

Esse reconhecimento da ONU aos deslocados internos por causas naturais e a garantia a essas pessoas de aplicação de princípios clássicos dos refugiados, como o *non-refoulement*, só reforça o reconhecimento de que a proteção deve ser a mais ampla possível, independentemente da nomenclatura utilizada. Afinal, se há o reconhecimento de que as causas ambientais provocam as mesmas consequências de conflitos armados e perseguições políticas ou religiosas, não há que se remediar as consequências de modos diferentes.

4. DESLOCADOS AMBIENTAIS

A grande dificuldade, apontada por diversos especialistas no tema, é a falta de normatização ou de previsão nos documentos internacionais da categoria dos refugiados ambientais. Diversos autores afirmam a incapacidade da atual legislação internacional de fornecer proteção a essas pessoas.

Todavia, defende-se aqui que no âmbito do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, os documentos existentes, seja no âmbito internacional, mas também no doméstico brasileiro, são capazes de oferecer proteção

à categoria dos deslocados ambientais. Há autores que temem que o uso da proteção dada aos refugiados para categorias como os deslocados ambientais enfraqueça o instituto do refúgio (Jubilut; Apolinário, 2009). Todavia, o que se advoga aqui é que, sem pleitear um alargamento do conceito, deve-se atentar para o fato de que graves alterações no meio ambiente podem representar graves violações aos direitos humanos. Não se trata de inserir toda e qualquer realidade dentro dos parâmetros do refúgio, mas reconhecer que o deslocamento forçado de pessoas se dá por diversas causas, inclusive a ambiental.

Para que se possa explorar o alcance e compreensão dos refugiados ambientais é necessário, inicialmente, uma incursão pelo reconhecimento e conceito dos refugiados *lato sensu*.

A criação da categoria jurídica do refúgio aparece somente no séc. XX, pós II Guerra Mundial, e encontra sua fundamentação na solidariedade e cooperação internacional, mas diferente do instituto do asilo, não se trata de ato discricionário do Estado concesso, pois seu reconhecimento está vinculado a diploma legais bem específicos (JUBILUT, 2007).

Em 1950, no âmbito da ONU foi criado o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) com o intuito de proteger e prestar assistências às vítimas de perseguição e violações generalizadas dos direitos humanos. No âmbito internacional o documento que conceitua e normatiza o instituto do refúgio é a Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados de julho de 1951, com entrada em vigor em 22 de abril de 1954.

O artigo 1º do Estatuto dos Refugiados (1951) define que é refugiado todo aquele que em razão dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 temendo ser perseguido por motivo de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora de seu país de nacionalidade e não pode ou não quer valer-se da proteção desse país. O Estatuto previa assim uma limitação temporal, pois somente poderia ser considerado refugiado aquele que tivesse seu fundamento calcado em fatos ocorridos antes de 1º. de janeiro daquele ano. E uma limitação geográfica, já que os Estados poderiam prever a restrição de fatos que fundamentariam os pedidos de refúgio apenas os ocorridos na Europa. Essa restrição deixou aos poucos o Estatuto sem operacionalidade (PAMPLONA; PIOVESAN, 2015).

A emergência de novas situações de conflitos e perseguições culminou na assinatura do Protocolo de 1967, no âmbito da Assembleia Geral da ONU, que entrou em vigor em 4 de outubro e retirou os limites de data e espaço para a definição de refugiados. O protocolo, porém, continuou mantendo a limitação para a caracterização do refúgio a violação de direitos civis e políticos.

Em nível regional, o conceito de refugiados encontra-se mais ampliado. A Convenção Relativa aos Aspectos Específicos dos Refugiados Africanos (1969), além do conceito já previsto na Convenção de 1951, define como refugiado qualquer pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio noutro lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade. A violência sofrida pelo indivíduo pode vir de outro Estado ou se manifestar em apenas uma região do Estado.

Por outro lado, na região das Américas, a Declaração de Cartagena também amplia de maneira importante o conceito de refugiado e, no presente texto, merece especial atenção, tendo em vista que sua adoção é recomendada pela Organização

dos Estados Americanos (OEA) e um número relevante de Estados já a incorporaram na íntegra ou com algumas modificações (JUBBILUT; MADUREIRA, 2014).

A Declaração de Cartagena foi adotada em novembro de 1984 em Cartagena, Colômbia, em um Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá denominado “Problemas Jurídicos e Humanitários” e passa a recomendar a adoção do conceito que considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública. Perceba-se, portanto, que trata-se de um conceito mais amplo da categoria de refugiado, incluindo como razão para a fuga a ameaça representada por violações maciças de direitos humanos.

Após 10 anos da Declaração de Cartagena ocorreu o primeiro encontro revisional que resultou na adoção da Declaração sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas de 1994. Nesse momento já se reconhece a necessidade de proteção aos deslocados internos. Após 20 anos adotou-se a Declaração e o Plano de Ação do México (PAM) para fortalecer a proteção dos refugiados na América Latina. Em 2004 a reunião, que ficou conhecido como Cartagena +30, adotou a Declaração e Plano de Ação de Brasília, em que os países concordaram em trabalhar juntos para manter os mais elevados padrões de proteção nos níveis internacional e regional, para implementar soluções inovadoras para os refugiados e pessoas deslocadas, e para acabar com a difícil situação enfrentada pelas pessoas apátridas na região. Todos os documentos são resultado do esforço da Declaração de Cartagena em ampliar o conceito de refugiado no âmbito do sistema interamericano. Assim, os países que aprovaram a declaração reconhecem que há novos desafios no tratamento de refugiados e deslocados e se comprometeram em, até o ano de 2014, identificar e enfrentar as causas dos deslocamentos.

A partir daí, portanto, “[O] alargamento da condição de refugiado é evidente. A partir de então, a violação maciça de direitos é fundamento para a concessão do refúgio”. (PAMPLONA; PIOVESAN, 2015, p. 46). Ainda que não seja para se alcançar a equivalência nominal das duas situações, e se mantenha a denominação de refugiados e de deslocados, há que se almejar que a proteção seja igual para ambos. Essa ampliação nos documentos internacionais sobre refugiados do Direito Internacional dos Direitos Humanos permite passar de um foco na situação de perseguição individual, para a situação objetiva do país de origem, analisando a proteção dos direitos humanos de forma mais ampliada (JUBILLUT, 2007).

A compreensão de graves violações de direitos humanos não é objetiva. Para Jubillut (2014) verifica-se grave violação de direitos humanos em casos de guerras civis, regimes ditatoriais ou em casos em que os países são incapazes de garantir a liberdade, a segurança ou a vida das pessoas, além do mais, a situação objetiva do país é por si só elemento caracterizador da condição de refugiado.

Segundo Cançado Trindade a caracterização de “graves violações de direitos humanos” usa como critério as ocorrências em que um número grande de pessoas são lesadas (1993). Isto porque, a Declaração surge inicialmente justamente movida pela massa de refugiados na América Central, México e Panamá.

Tendo em mente especificamente nos deslocados ambientais, parece razoável a defesa da ideia de que esta categoria está compreendida na proteção oferecida pela Declaração de Cartagena, no momento em que a Declaração amplia a possibilidade de categorização dos refugiados a todos que sofrerem graves violações dos direitos humanos. Todo o desenvolvimento teórico apresentando na primeira

parte do artigo leva à compreensão do direito ao meio ambiente equilibrado, como direito humano e, por consequência, a inexistência dessa condição como uma grave violação de direitos humanos. Grave, pois estamos falando da própria condição de sobrevivência que fica impedida em alguns casos de deslocados ambientais⁵.

Já Caçado Trindade aponta nesse sentido. Porém, o autor propõe uma distinção entre desastres naturais e desastres ambientais. Para ele as vítimas de desastres naturais puros, como vulcões e terremotos, permaneceriam fora do âmbito da Declaração de Cartagena, mas as vítimas de desastres ambientais poderiam recair sob “as outras circunstâncias” (1993).

Parece, porém, que “graves violações dos direitos humanos” suporta a categoria dos deslocados ambientais, seja quais forem suas causas. Pela própria característica de universalidade, indivisibilidade e historicidade, podemos compreender que não só o direito ao meio ambiente equilibrado é um direito humano como sua ausência importa a violações de outros direitos humanos.

Além do mais, a própria distinção entre desastres naturais e desastres ambientais, que seriam decorrentes da ação humana, apresenta uma dificuldade quando aceitamos que a ação humana vem, sistematicamente, alterando e impactando negativamente o meio ambiente.

Nesse sentido, o desastre ecológico pode ter como causa estritamente a ação humana, decorrente do desenvolvimento de atividades e tecnologias ditas perigosas e que envolvem certo nível de risco; ou ser produto de fenômenos naturais, nos quais também incidem fatores humanos, a exemplo do agravamento de fenômenos climáticos decorrentes do aquecimento global, em grande medida provocado pela ação humana (VIEIRA, 2012, p. 373).

A possibilidade da inserção da categoria dos deslocados ambientais na Declaração de Cartagena não é feita sem dificuldades, eis que há a necessidade de perseguição ou fundado temor para a caracterização do refúgio, o que impediria essa interpretação. Isto porque a Terceira Conclusão da Declaração conta com a seguinte redação:

Terceira - Deste modo, a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, **além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967**, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública (DECLARAÇÃO DE CARTAGENA, 1984).

No momento em que a Declaração exige que para a configuração de refugiado sejam utilizados os mesmos elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, há necessidade da ocorrência de “perseguição”. Porém, Jubillut e Apolinário (2009) ao tratar dos deslocados por desenvolvimento, afirmam que um futuro com fome e doenças é motivo que compele o indivíduo à migração, mesmo não havendo uma perseguição configurada. Parece evidente que graves situações de desequilíbrio ambiental caminham de modo absolutamente conexo com violações de direito à saúde, doenças e fome.

⁵ Nesse sentido o Caso Tuvalu, nação composta por nove pequenas ilhas no sudoeste do Oceano Pacífico que sofre consequências severas da mudança climática. Uma de suas menores ilhas, inclusive, desapareceu completamente em 1997 (SERRAGLIO. 2014).

Embora neguem a classificação de refugiados aos refugiados ambientais, as autoras o fazem analisando exclusivamente os refugiados ambientais no sistema global e afirmam que a necessidade de perseguição ou fundado temor de perseguição impede que se reconheçam a essas pessoas a condição de refugiados, com base da Convenção de 1951. Não fazem, porém, a análise dos refugiados ambientais examinando especificamente os sistemas regionais.

Parece claro que temos duas situações bastante distintas de tratamento. Se no âmbito global a necessidade de perseguição é fator essencial, nos Sistemas Regionais Americano e Africano isso não acontece. Assim, a caracterização dos refugiados ambientais como refugiados em sentido amplo é possível somente no âmbito dos Sistemas Americano e Africano de Proteção aos direitos humanos.

Para além disso, os sistemas regionais são o *locus* mais adequado para a proteção dos deslocados ambientais, na medida em que estão mais próximos da realidade regional e representam um ponto de partida para posteriores discussões globais. Afinal, “una respuesta de tipo regional, si bien puede parecer en principio poco ambiciosa, podría constituir el comienzo de posteriores esfuerzos internacionales más amplios” (FERNÁNDEZ, 2015, p. 43).

Não se pretende, por certo, desconsiderar a importância dos esforços de inúmeros estudiosos, organizações, entidades internacionais, na tentativa de uma normatização expressa em âmbito global para os refugiados ambientais.

No mais, é preciso compreender que o fato de os deslocados ambientais estarem protegidos pelo sistema interamericano de proteção dos direitos humanos não significa o fim das discussões, mas o início de novos debates que se apresentam necessários. O maior esforço precisa convergir para que seja encontrada efetividade nos mecanismos de proteção dos refugiados e deslocados espalhados no mundo, ou seja, por quaisquer causas.

De fato, o problema não se resume à categorização normativa ou não, mas se espalha para a escassez de recursos, inexistências de políticas públicas nesse sentido, intolerância e preconceito, que em geral são encontrados nos países que acabam por receber essas pessoas. Esse sim é o pano de fundo de toda discussão envolvendo refugiados e deslocados. Tudo isso agravado pelo fato de que em momentos de grandes ondas migratórias, como a que se presencia hoje, as regulamentações já existentes sofrem restrições de interpretação⁶.

Há que se fazer esforços. A implementação da solidariedade planetária necessita de uma mudança profunda em nosso comportamento e na forma de entender muitas instituições fortemente arraigadas em nossos padrões culturais (FERRER, 2012). Mas a colaboração e a solidariedades são palavras de ordem para a sustentabilidade global. (CRUZ, BODNAR, 2012).

5. CONCLUSÕES

⁶ Como exemplo a decisão do CONARE do Brasil, diante da entrada crescente de Haitianos no país, que criou uma interpretação bastante restritiva da Lei 9474/97, que define os mecanismos para a implementação do Estatuto do Refugiado de 1951. Momento em que o Brasil perde a oportunidade de ser pioneiro no reconhecimento da condição de refugiados aqueles que se deslocam devido a graves e generalizadas violações aos direitos humanos (PAMPLONA; PIOVESAN, 2015). Os Haitianos, que inclusive, tiveram seus problemas sociais já existentes profundamente agravados por um terremoto em 2010 e recentemente, pela passagem do furacão Matthew. Um exemplo das múltiplas causas motivadoras dos deslocamentos, incluindo a causa da degradação ambiental.

Apesar da proteção ambiental só ter sido inserida na agenda global a partir da década de 60, a ligação entre a sustentabilidade ambiental e os direitos humanos se faz evidente, na medida em que ambas temáticas estão preocupadas com o desenvolvimento e promoção do bem-estar humano.

A partir da Conferência de Estocolmo vários documentos internacionais se preocuparam em fazer a devida aproximação entre o direito ambiental e os direitos humanos, com importante destaque, no âmbito regional, ao Protocolo de San Salvador, que reconhece expressamente o direito humano a um meio ambiente equilibrado. Tal reconhecimento permite que os indivíduos utilizem os sistemas global e regional de proteção dos direitos humanos quando os Estados permitem uma degradação ambiental substancial.

Deslocados ambientais são pessoas ou grupo de pessoas que, em razão de mudanças súbitas ou progressivas no ambiente, que afetam negativamente suas vidas ou condições de vida, são obrigadas a deixar suas residências habituais, ou optam por fazê-lo, temporária ou permanentemente, e que se movem dentro de seu país ou para terras estrangeiras. Dentro dessa categoria encontramos os refugiados ambientais, que cruzam a fronteira de um Estado, e os deslocados internos, que permanecem em seu país de origem ou de residência habitual.

Os deslocados ambientais internos foram reconhecidos pela ONU nos Princípios Orientadores Relativos aos Deslocados Internos de 1998 e no momento em que cruzam a fronteira de seu país, são protegidos por princípios típicos de refugiados, como o princípio do *non-refoulement*. No que diz respeito aos deslocados ambientais nas Américas, sustenta-se o seu reconhecimento na Declaração de Cartagena, já que sofrem graves violações de direitos humanos quando a ausência de um meio ambiente equilibrado exige que abandonem suas casas e os forçam à migração. Diante desse reconhecimento entende-se que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos é o *locus* adequado para a proteção daqueles que se encontram em situação análoga a de refúgio motivado por causas ambientais no continente.

Tem-se claro, porém, que esse reconhecimento pretende apenas o fim das discussões a respeito da ausência normativa para os deslocados ambientais em nosso sistema regional, mas avanços globais se fazem urgentes nesse sentido.

Por fim, para que se efetive a proteção dos refugiados ambientais na Declaração de Cartagena faz-se necessário um esforço conjunto dos países vinculados à OEA em busca de solidariedade ambiental e conseqüentemente humanitária.

REFERÊNCIAS

- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direitos Humanos e Meio Ambiente:** paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- _____, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.** Porto Alegre: Fabris, 1997, v. 1.
- COMISSAO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS, **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos,** 1981. Disponível em: <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>. Acesso em 15 de outubro de 2016.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 10 ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2013.
- COURNIL, Christel, The Question of the Protection of 'Environmental Refugees' from the Standpoint of International Law. (November 28, 2009). **Migration and**

- Climate Change**, nov. 2009. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1994357>. Acesso: 20 de outubro de 2016.
- CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do direito na Era da Pós-modernidade. In: PRIER, Michel; SILVA, José Antonio Tietzmman (org). **Instrumentos Jurídicos para a implementação do desenvolvimento sustentável**, v. 2. Goiânia: Editora PUC Goiás, 2012.
- INTERNAL DISPLACEMENT MONITORING CENTRE, IDMC. **Global Report on Internal Displacement**, 2016. Disponível em: <http://www.internal-displacement.org/globalreport2016/>. Acesso em: 25 de outubro de 2016.
- _____, IDMC. **Global Estimates 2015: People displaced by disasters**, 2015. Disponível em: <http://www.internal-displacement.org/assets/library/Media/201507-globalEstimates-2015/20150713-global-estimates-2015-en-v1.pdf>. Acesso em 12 de setembro de 2016.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, IOM. **Migration, Environment and Climate Change: assessing the evidence**, 2009. Disponível em: http://publications.iom.int/system/files/pdf/migration_and_environment.pdf. Acesso em: 20 de outubro de 2016.
- JUBILLUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.
- _____, Liliana Lyra; MADUREIRA, André de Lima. **Os desafios de proteção aos refugiados e migrantes forçados no marco de Cartagena + 30**. **REMHU, Rev. Interdiscip. Mobil. Hum.**, Brasília, v. 22, n. 43, p. 11-33, Dez. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1980-85852014000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso: 02 de outubro de 2016.
- _____, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Silvia Menecucci O. S. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. **Revista Direito GV**. São Paulo: jan, jun, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n1/13.pdf>. Acesso: 03 de outubro de 2016.
- MCADAM, Jane. Environmental Migration Governance. **UNSW Law Research Paper No. 2009-1**. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1412002>. Acesso em: 20 de outubro de 2016.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____, Flávia. Direito ao desenvolvimento- desafios contemporâneos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virginia Prado. **Direito ao Desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- FERNÁNDEZ, María José. Refugiados, cambio climático y derecho internaciona. In: Desastres y desplazamiento en un clima cambiante. **Revista Migraciones Forzadas**, n. 49, jun. 2015.
- FERRER, Gabriel Real. La construcción del derecho ambiental. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 18, n. 03, p. 347-368, dez. 2013.
- _____, Gabriel Real. Sostenibilidad, Transnacionalidad y Transformaciones del Derecho. In: PRIEUR, Michel; SILVA, José Antonio Tietzmman (org). **Instrumentos Jurídicos para a implementação do desenvolvimento sustentável**, v. 2. Goiânia: Editora PUC Goiás, 2012.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO INTERNACIONAL DO MEIO AMBIENTE. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 9, p. 159-186, fev. 2013. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/117>>. Acesso em: 16 out. 2016.
- OEA. **Declaração de Cartagena**, 1984. Disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena. Acesso em 10 de agosto de 2016.

- ONU, Assembleia Geral das Nações Unidas. **Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951.** Disponível em: http://www.acnur.org/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso: 22 de setembro de 2016.
- ONU, Comissão mundial sobre o meio ambiente e desenvolvimento. **Nosso Futuro Comum.** 2 ed. Rio de Janeiro: Editora das Fundação Getúlio Vargas, 1991.
- ONU. **Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente,** 1972.
- ONU. **Princípios Orientadores Relativos aos Deslocados Internos,** 1998. Disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Documentos_da_UNU/Principios_orientadores_relativos_ao_deslocados_internos_1998.pdf?view=1. Acesso em: 05 de setembro de 2016.
- OUA, **Convenção Relativa aos Aspectos Específicos dos Refugiados Africanos,** 1969. Disponível em: www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/. Acesso: 02 de setembro de 2016.
- THE NANSEN CONFERENCE. **Climate Change and Displacement in the 21st Century.** Disponível em: http://www.unhcr.org/4ea969729.html#_ga=1.113211719.211475623.1471960465. Acesso em: 22 de outubro de 2016.
- UNHCR, The UN Refugees Agency. **The Environment and Climate Change,** 2015. Disponível em: <http://www.unhcr.org/540854f49.pdf>. Acesso em: 03 de setembro de 2016.
- PAMPLONA, Danielle Anne; PIOVESAN, Flávia. O Instituto do Refúgio no Brasil: práticas recentes. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia,** v. 17, n. 17, jan/jun de 2015.
- PIGUET, Etienne. Climate change and forced migration. **New Issues in Refugee Research,** n. 153, jan de 2008. Disponível em: <http://www.unhcr.org/research/RESEARCH/47a316182.pdf>. Acesso: 10 de outubro de 2016.
- PARK, Susin. **Climate Change and the Risk of Statelessness: The Situation of Low-lying Island States.** Legal and Protection Policy Research. UNHCR Office for Switzerland and Liechtenstein, 2011.
- PATHAK, Puneet, Human Rights Approach to Environmental Protection. **OIDA International Journal of Sustainable Development,** Vol. 07, N. 01, 2014. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2397197>. Acesso: 05 de out. 2016.
- SANTILI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos:** proteção jurídica da diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis, 2015.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais.** N. 48. Coimbra: junho de 1997.
- SERRAGLIO, Diogo Andreola. **A proteção dos refugiados ambientais pelo direito internacional:** uma leitura a partir da teoria da sociedade de risco. Curitiba: Juruá Editora, 2014.
- KISS, Alex; SHELTON, Dinah L. Guide to International Environmental Law; **GWU Law School Public Law Research Paper** N. 347; 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1012092>. Acesso: 10 de outubro de 2016.
- UNITED NATION. **Final report of international law symposium on developing countries and international environmental law.** Beijing: 1991. Disponível em: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/13/doc/doc30.pdf>. Acesso 15 de outubro de 2016.
- VIEIRA, Ricardo Stanzola. A construção do direito ambiental e da sustentabilidade: reflexões a partir da conjuntura da Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento sustentável (RIO +20). In: PRIEUR, Michel; SILVA, José

O reconhecimento dos refugiados ambientais no âmbito do sistema (...)

Antonio Tietzmmann (org). **Intrumentos Jurídicos para a implementação do desenvolvimento sustentável**, v. 2. Goiânia: Editora PUC Goiás, 2012.

A importância do *jus cogens* no âmbito da revisão constitucional no direito português.

Nara Furtado Lancia¹

Universidad de Murcia

Matheus Mello Nobre de Jesus²

Universidade de Taubaté

I. INTRODUÇÃO

A mudança da Constituição é um tema recorrente em Portugal e traz diversas dúvidas com relação aos limites implícitos que uma revisão constitucional terá que respeitar ao alterar um texto da Constituição. Limites esses que podem estar consagrados dentro ou fora da Constituição.

Para tanto, é importante especificar que temos que ter em conta o direito internacional geral ou comum ao tratar de limites fora da Constituição.

Assim, o presente artigo visa demonstrar que os princípios de direito internacional geral ou comum dizem respeito aos limites de revisão quando são de *jus cogens* e com base nessa norma imperativa de direito internacional, não pode haver nenhuma revisão constitucional que afronte essa norma.

O primeiro tópico aborda uma breve contextualização histórica e as controvérsias que permeiam a definição de *jus cogens*, que se fazem presentes até hoje.

Após, mesmo diante das incertezas do que exatamente se entende por *jus cogens*, é esclarecida a forma como se dá atualmente a aplicabilidade dessa natureza normativa.

Estabelecido o que é o *jus cogens* até o momento, o terceiro tópico versa a respeito da relação da norma peremptória no contexto da revisão constitucional no direito português, com as consequentes conclusões que se podem extrair do assunto explorado.

II. DEFINIÇÃO DE *JUS COGENS*

O Direito Internacional baseia-se na primazia da manutenção da ordem pública no contexto global. No entanto, as constantes mudanças e as diametrais diferenças culturais entre os Estados se mostram um imenso obstáculo à própria definição do conceito de ordem pública internacional.

Dessa forma, há a necessidade de que se estabeleça um contexto de aplicabilidade geral de um ordenamento jurídico global, baseado em valores que

¹ Mestranda em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogada

² Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de Taubaté. Advogado

notoriamente sejam os pilares de sustentação do equilíbrio e manutenção da ordem pública.

A primeira abordagem nesse sentido remonta ao ano de 1758, com a publicação de *O Direito das Gentes*, de Emer de Vattel, que nomeou esse conceito normativo como direito das gentes necessário, definindo-o da seguinte forma:

“Usamos o termo direito das gentes necessário para aquele direito das gentes que consiste na aplicação do direito natural às Nações. Ele é necessário porque as Nações são absolutamente obrigadas a respeitá-lo. Esse direito contém os preceitos que a lei natural confere aos Estados, os quais não estão menos obrigados a ela que os particulares, porque os Estados são compostos de homens e as deliberações são tomadas por homens e porque a lei da natureza obriga todos os homens a terem capacidade para agir. É esse mesmo direito que Grócio e seus seguidores chamam de direito das gentes interno, à medida que obriga as Nações em consciência. Muitos escritores o designam também de direito das gentes natural. (...) Sendo assim, o direito das gentes necessário consiste em aplicar o direito natural aos Estados, e desde que o direito natural é imutável por estar baseado na natureza das causas e particularmente na natureza do homem, conclui-se que o direito das gentes necessário é imutável. (...) Desde que esse direito é imutável e as obrigações que ele impõe são necessárias e indispensáveis, as Nações não podem alterá-lo por acordo, nem dele se eximir por elas próprias ou por via de reciprocidade. Eis aqui o princípio pelo qual pode-se distinguir os tratados ou convenções legítimos daqueles que o não são, e os costumes inocentes e razoáveis daqueles que são injustos ou passíveis de condenação. Existem cousas justas e permitidas pelo direito das gentes necessário, que as Nações podem convencionar mutuamente ou que podem consagrar e fortificar pelos usos e costumes. Existem cousas indiferentes sobre as quais os povos podem entender-se como quiserem, por meio de tratados ou pela introdução de costumes ou usos que considerem adequados. Mas todos os tratados e costumes contrários aos prescritos pelo direito das gentes necessário são ilegítimos”.³

A conclusão de Vattel faz referências ao direito natural, conferindo à sua tentativa de definição de uma natureza normativa que se sobreponha ao exclusivamente utilizado *jus dispositivum*, aquele derivado exclusivamente da manifestação da vontade dos Estados um caráter exclusivamente *jusnaturalista*. No entanto, há que se expandir o alcance da norma necessária para além da ideia de mero reconhecimento da necessidade de uma determinada postura diante da sociedade.

Seguiram-se então diversas tentativas de definir com clareza o conceito de uma norma *peremptória* que garanta a manutenção harmônica da ordem pública internacional, culminando no conceito moderno de *jus cogens*, que teve sua positivação ao final da década de 60, nomeadamente na Convenção de Viena para o Direito dos Tratados de 1969, onde Antonio Cassese explica que “a elevação de certas regras produzidas pelas fontes tradicionais do direito ocorreram no final dos anos 60, principalmente como um resultado dos esforços de países socialistas e em desenvolvimento. Esses países alegaram que determinadas normas que governam as relações entre Estados deveriam estar em uma posição hierárquica superior em relação às normas ordinárias derivadas dos tratados e do costume. De acordo com os proponentes dessa visão, as normas em questão abordariam o princípio da

³VATTEL, Emer de. **O direito das gentes**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2006, p.89.

autodeterminação dos povos, a proibição da agressão, genocídio, escravidão, discriminação racial e, em particular, segregação racial ou apartheid".⁴

No entanto, os trabalhos sequer se propuseram a definir o que é o jus cogens e no que consistiriam as normas enquadradas nessa natureza normativa. Assim foi a crítica de Dinj, Daillier e Pellet, que dizem, sobre a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas que, diante da problemática da definição da origem do caráter cogente da norma, simplesmente avocou o problema sem o resolver. Apontam os autores que "no seu relatório, fornecem-se mesmo alguns exemplos de tratados derogatórios do jus cogens: tratado que vise um emprego de força contrário aos princípios da Carta; tratado que organize o tráfico de escravos, a pirataria ou o genocídio; tratados que violem as regras protetoras da situação dos indivíduos, etc. (Ann. C.D.I., 1966, vol II, p. 270). Desta lista, que não é exaustiva, ressalta que a Comissão leva também em conta considerações relativas aos bons costumes e à ordem pública internacional. Assim, na sua concepção, os tratados imorais integram-se na nova categoria dos tratados contrários às normas imperativas. Contudo, a Comissão absteve-se de propor qualquer texto enumerativo, declarando que conviria deixar à prática dos Estados e aos Tribunais internacionais o cuidado de proceder progressivamente à determinação dessas normas imperativas".⁵

Esse esforço é agora visto na Comissão com os estudos coordenados pelo Special Rapporteur Dr. Dire Tladi, que em seu primeiro relatório para a 69ª Sessão em 2017 já apresentou os critérios para a identificação da norma de jus cogens, num trabalho dentro do cronograma que segue até 2019 e pretende fornecer um entendimento geral sobre o conceito para além dos dispersos entendimentos das cortes internacionais.⁶

III. APLICABILIDADE DA NORMA COGENTE

Mesmo com os conflitos conceituais que se apresentam diante da definição e alcance da norma peremptória, o conceito foi positivado em 1969 por ocasião da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

A aplicabilidade da norma de *jus cogens* se dá à partir dos Artigos 53 e 64 da referida convenção, onde no primeiro se aborda o conflito de uma norma originada em tratado com o que a Convenção chama de Norma Imperativa de Direito Internacional Geral, dizendo que "É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza".⁷

⁴CASSESE, Antonio. **International Law**. 2. ed. Nova Iorque: Oxford, 2005, "The upgrading of certain fundamental rules produced by traditional sources of law occurred in the late 1960s, chiefly as a result of the endeavour of socialist and developing countries. These countries claimed that certain norms governing relations between States should be given a higher rank than ordinary rules deriving from treaties and custom. According to the proponents of this view, the norms in question covered self-determination of peoples, the prohibition of aggression, genocide, slavery, racial discrimination, and, in particular, racial segregation or apartheid." [Tradução livre]

⁵DINH, Nguyen Quoc et al. **Direito internacional público**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

⁶UN INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Second Report on Jus Cogens by Dr Dire Tladi, Special Rapporteur**. Disponível em <<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/706>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

⁷ONU. **Convenção de Viena Para o Direito dos Tradados**. Viena, 1969.

Já o Artigo 64 versa sobre a superveniência de uma Nova Norma Imperativa de Direito Internacional Geral, determinando que “Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se”.⁸

Destarte, todos os países signatários da Convenção de Viena estão vinculados e devem observar o previsto na Convenção quanto à observância das normas já notoriamente conhecidas como de jus cogens, como por exemplo os tratados que versam sobre direitos humanos e direitos e garantias fundamentais, da maneira que se observa no próprio texto do Artigo 53 quando menciona a aceitação e reconhecimento da norma pela comunidade internacional dos Estados como um todo.

Isso faz, naturalmente, com que se devam observar obrigações e limitações no trato da revisão constitucional no âmbito do direito Português, como se verá adiante.

IV.O PAPEL DO *JUS COGENS* PERANTE A REVISÃO CONSTITUCIONAL NO DIREITO PORTUGUÊS

Como se sabe, toda revisão constitucional precisa respeitar certos limites na sua atuação, limites estes que estão expressos no artigo 288.º da Constituição Federal Portuguesa.

Esses limites protegem a Constituição de modificações devastadoras, ou seja, que tirem a essência daquilo que o Poder Constituinte originário estabeleceu ao criar uma Constituição.⁹

No entanto, não existem apenas limites expressos na Constituição. Existem também limites implícitos que estão espalhados por todo texto Constitucional,¹⁰ limites temporais, formais e circunstâncias que uma revisão constitucional terá que respeitar.¹¹

Ao falarmos dos limites implícitos temos que considerar a sua independência em relação aos limites expressos que constam no artigo 288.º da Constituição, fazendo uma distinção dos limites que representam soluções consagradas na própria Constituição instrumental e do outro lado limites implícitos que estão consagrados fora da Constituição instrumental, para qual está remetido. Como limites implícitos consagrados na própria Constituição instrumental podemos apontar como exemplo: a dignidade da pessoa humana, estado democrático de direito, integridade do território, princípio da constitucionalidade e da legalidade, dentre outros.¹²

Já com relação aos limites implícitos consagrados fora da Constituição instrumental tendo em conta o direito internacional geral ou comum estamos nos referindo aos limites de revisão implícitos quando são de jus cogens. Frisa-se de antemão que no artigo 8.º, n.º 1 da Constituição estabelece que “As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito

⁸*Ibid.*

⁹HESSE, Konrad, Grundzuge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, cit., p. 261-262 apud MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo, Saraiva, 2016, p. 1104.

¹⁰CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa: anotada**. 4. ed. rev. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, v. 2, p. 1012

¹¹GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2016, v. 2, p. 1327

¹²MARTINS, Afonso D' Oliveira. **La Revisión Constitucional y El Ordenamiento Portugués**. 1992, Derecho - Facultad de Derecho de La Universidade Complutense de Madrid, Madrid, 1992, p. 660-661.

português". Assim, "Delante de esta disposición, podemos concluir que las normas y principios de derecho internacional geral o comum representan indiscutiblemente limites de la revisión cuando sean de *jus cogens*, esto es de un derecho imperativo, inderrogable por via convencional y definidor de soluciones de convivencia por la voluntad de cualquier sujeto internacional, representando la base esencial de existencia de la Orden Jurídica Internacional".¹³

Dessa forma, ao reconhecer o caráter inderrogável pode-se concluir que o *jus cogens* é anterior e superior a toda vontade constituinte, ou seja, ele tem um valor absoluto perante a qualquer poder de revisão constitucional.¹⁴

Resta saber agora quais normais e princípios se podem considerar como sendo *jus cogens* internacional. Para o autor Carrilo Salcedo pode-se considerar: "(i) unos derechos fundamentales de la persona humana que todo Estado tiene el deber de respetar y proteger; (ii) la prohibición del recurso a la fuerza o a la amenaza de fuerza en las relaciones internacionales y la obligación de arreglo pacifico de las controversias internacionales; (iv) la igualdad de status jurídico de los Estados y el principio de no intervención en asuntos que sean de la jurisdicción interna de los Estados."¹⁵ Ademais, ao falar de tratados, é importante também considerar o princípio *pacta sunt servanda*.¹⁶

Conclui-se, portanto, ser notório que o *jus cogens* internacional não representa um conteúdo diferente relacionado ao direito constitucional, pois as normas da Constituição portuguesa estão relacionadas aos princípios de relacionamento internacional do Estado português,¹⁷ a direitos dos estrangeiros e em geral a direitos internacionais, e por fim, a organização de competências dos órgãos de soberania em matéria de relações internacionais, tendo ainda presente normas constitucionais com incidência em matéria de direito de tratados.¹⁸

Diante do exposto, a norma imperativa de direito internacional representa de um modo estrito um limite material de revisão constitucional.¹⁹

É importante também termos em consideração o princípio *pacta sunt servanda*,²⁰ pois ao tratar do direito internacional convencional temos que ter em conta o artigo 8.º, n.º 2 da Constituição que diz: "As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português." Assim, através desse artigo a revisão constitucional precisa

¹³*Ibid.*, p. 662.

¹⁴*Ibid.*, p. 663.

¹⁵Cfr. CARRILO SALCEDO, Soberania del Estado y Derecho Internacional, 2. ed., Madrid, 1976, p. 284-285 apud MARTINS, Afonso D' Oliveira. **La Revisión Constitucional y El Ordenamiento Portugués**. 1992, Derecho - Facultad de Derecho de La Universidade Complutense de Madrid, Madrid, 1992, p. 663-664.

¹⁶ MARTINS, Afonso D' Oliveira. **La Revisión Constitucional y El Ordenamiento Portugués**. 1992, Derecho - Facultad de Derecho de La Universidade Complutense de Madrid, Madrid, 1992, p. 664.

¹⁷Cfr. Artículo 7 de la Constitución apud MARTINS, Afonso D' Oliveira. **La Revisión Constitucional y El Ordenamiento Portugués**. 1992, Derecho - Facultad de Derecho de La Universidade Complutense de Madrid, Madrid, 1992, p. 664.

¹⁸ Maxime, los artículos 8,2 y 277,2 de la Constitución apud MARTINS, Afonso D' Oliveira. **La Revisión Constitucional y El Ordenamiento Portugués**. 1992, Derecho - Facultad de Derecho de La Universidade Complutense de Madrid, Madrid, 1992, p. 665.

¹⁹MARTINS, Afonso D' Oliveira. **La Revisión Constitucional y El Ordenamiento Portugués**. 1992, Derecho - Facultad de Derecho de La Universidade Complutense de Madrid, Madrid, 1992, p. 665.

²⁰ *Ibid.*, p. 664.

respeitar os tratados de direito internacional que Portugal faz parte tanto pelo princípio *pacta sunt servanda* quanto pela observância da norma de *jus cogens*.

V. CONCLUSÃO

Viu-se no presente artigo a necessidade de se estabelecer um critério de aplicabilidade geral perante uma norma peremptória, critério este que garanta a coerência, conformidade da ordem pública internacional, rematando o conceito moderno de *jus cogens*. *Jus cogens*, portanto, é uma norma imperativa de direito internacional geral, sendo que a sua derrogação é proibida e só pode sofrer qualquer tipo de modificação através de uma outra norma da mesma natureza.

Por sua vez, é indiscutível a questão da vinculação de todos os países signatários da Convenção de Viena quanto à observância das normas já notoriamente conhecidas como de *jus cogens*, como por exemplo os tratados que versam sobre direitos humanos e direitos e garantias fundamentais por observância do artigo 8.º, n.º 1 e 2 da Constituição portuguesa.

Portanto, *jus cogens* é um limite implícito na Constituição, posto que peremptório, questão essa que está totalmente ligada a revisão constitucional, uma vez que ela precisa respeitar certos limites para a sua criação. Limites esses expressos, implícitos, formais, temporais e circunstanciais.

Dessa forma, ao falar de *jus cogens* estamos perante um limite implícito consagrado fora da constituição, ou seja, não está expresso no artigo 288.º da Constituição portuguesa. Ocorre que, mesmo não sendo expresso, diante do exposto, é um direito imperativo, soberano, superior a toda vontade constituinte, ou seja, ao poder de revisão constitucional, e, portanto, um elemento de contenção de abusos no âmbito da revisão constitucional.

REFERÊNCIAS

- CASSESE, Antonio. **International Law**. 2. ed. Nova Iorque: Oxford, 2005.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa: anotada**. 4. ed. rev. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, v. 2.
- DINH, Nguyen Quoc et al. **Direito internacional público**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2016, v. 2.
- MARTINS, Afonso D' Oliveira. **La Revisión Constitucional y El Ordenamiento Portugués**. 1992, Derecho - Facultad de Derecho de La Universidade Complutense de Madrid, Madrid, 1992.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo, Saraiva, 2016.
- ONU. **Convenção de Viena Para o Direito dos Tradados**. Viena, 1969.
- UN INTERNATIONAL LAW COMISSION. **Second Report on Jus Cogens by Dr Dire Tladi, Special Rapporteur**. Disponível em <<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/706>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

Nara Lancia & Mateus Nobre

VATTEL, Emer de. **O direito das gentes**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2006.

LEGISLAÇÃO PORTUGUESA

PORTUGAL. FREITAS, Tiago Fidalgo de Freitas; LANCEIRO, Rui Tavares. **Constituição da República Portuguesa e Actos Jurídicos Complementares**. Lisboa: AAFDL, 2016.

Justiça restaurativa e mediação penal: um caminho para a solução de conflitos em delitos de violência doméstica e familiar

Margareth Vetis Zaganelli¹

Marina Saleme de Menezes²

Universidade Federal de Minas Gerais

INTRODUÇÃO

O processo penal, sob a ótica a que se propõe este trabalho, é compreendido como um dos inúmeros instrumentos de política criminal, na medida em que constitui um dos meios para o alcance das finalidades do Direito Penal³, dentre as quais estão a determinação da responsabilidade do autor, a reinserção social desse agente transgressor da norma (prevenção especial), a reafirmação da norma (prevenção geral positiva) e a proteção futura de bens jurídicos (prevenção geral negativa).

A resposta que a sociedade dá à infração das normas pré-estabelecidas variou ao longo do tempo e do espaço, iniciando-se com a privatização do conflito, quando a pena era aplicada sem qualquer parâmetro de proporcionalidade ou pessoalidade⁴, assumindo ares de vingança propriamente dita. Com o desenvolvimento da civilização, a administração da justiça passou ao monopólio Estatal, fase em que a justiça penal tornou-se pública.

A partir desse momento, a resposta estatal ao delito ganhou maior complexidade, eventualmente assegurando a diversificação de procedimento e de penas conforme a gravidade do ilícito. Todavia, o que se pretende demonstrar ao longo desse trabalho é que os procedimentos hoje adotados no Brasil ainda não são capazes de assegurar uma solução efetiva para todos os ilícitos penais, diante de sua natureza variável.

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

²Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: marina.saleme.menezes1@gmail.com

³ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea Bargaining e Justiça Criminal Consensual: Entre os Ideais de Funcionalidade e Garantismo. *Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, Rio de Janeiro, v. 4, 2012, p. 2. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em 21 set. 2017.

⁴ FADEL, Francisco Ubirajara Camargo. Breve História do Direito Penal e da Evolução da Pena. *Revista Eletrônica Jurídica*, Paraná, n. 1, jan.-jun. 2012, p. 61. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/breve_historia_do_direito_penal_e_da_evolucao_da_pena.pdf>. Acesso em 18 out. 2017.

Assim, por meio de metodologia qualitativa com base em pesquisa bibliográfica, pretendeu-se discorrer acerca da possibilidade de adoção da mediação penal no Brasil, partindo-se do conceito e da distinção entre justiça retributiva e justiça restaurativa, e, em seguida, foi delimitado o conceito da própria mediação penal. Em especial, quer-se demonstrar, finalmente, que os delitos cometidos com violência doméstica e familiar mostram-se um terreno fértil para a aplicação da mediação penal, dada a natureza da relação que se encontra por trás desse tipo de ilícito.

1 A CRISE DA JUSTIÇA TRADICIONAL RETRIBUTIVA

A percepção de que o modelo de justiça tradicional (no âmbito penal, a justiça retributiva) não ofereceria uma resposta efetiva à infinita e complexa gama de ilícitos penais não é recente. As primeiras experiências do que viria a ser a justiça restaurativa já são traçadas desde as longínquas práticas realizadas por tribos indígenas da América do Norte e por tribos *Maori* da Nova Zelândia⁵. A sua implantação efetiva, por sua vez, ocorreu em 1974, no Canadá, por meio do instituto lá denominado *Victim-Offender Reconciliation Project* (VORP), que visava ao diálogo entre vítima e acusado para que, com o auxílio de um terceiro mediador, alcançassem a solução do conflito penal⁶.

Antes de adentrar nos pormenores da justiça restaurativa, é preciso compreender, entretanto, que ela constitui um movimento que surgiu, ao menos em princípio, em contraposição à justiça retributiva. Com efeito, esta última tem por base a perspectiva estatal do delito, isto é, a noção de que a violação à lei importa, principalmente, em uma afronta ao Estado, que deve assumir o *jus puniendi*⁷ visando à aplicação de sanções ao agente violador por meio da revisão do próprio passado, sob o viés do crime já cometido.

No sistema da justiça retributiva, embora a infração seja praticada por um agente em desfavor de uma vítima específica – via de regra –, a solução do litígio é relegada a terceiros⁸, indivíduos diversos daqueles originariamente envolvidos no conflito e que são os efetivos atores do processo penal, *v.g.*, advogados, juízes e promotores de justiça. Por meio desses atores, o Estado, que é detentor do poder de administrar a justiça, exerce o juízo de reprovação, aplicando a sanção penal para satisfazer uma finalidade preventiva geral⁹. E, para tanto, vale-se de um procedimento com alto rigor formal, limitado aos poucos mecanismos já previstos na legislação processual penal.

A justiça retributiva, ainda hoje, é a predominante no processo penal brasileiro que, tradicionalmente, conta com escassos espaços de consenso, atualmente restritos à composição civil, à transação penal, à suspensão condicional do processo (reguladas pela Lei 9.099/95 e aplicáveis aos delitos de menor potencial ofensivo) e à colaboração premiada (prevista no Código Penal para o crime de extorsão mediante sequestro e em leis especiais para delitos específicos, como o de organização

⁵⁵ SANTOS, Artur Jorge da Costa. *A mediação penal e o princípio da oportunidade*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2012, p. 13. Disponível em: <<http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/159/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%2c%20Artur%20Santos.pdf>>. Acesso em 03 out. 2017.

⁶ *Ibid.*, p. 12.

⁷ SANTOS, *op. cit.*, p. 12.

⁸ DOS SANTOS, Leonel Madaíl. *Justiça Restaurativa - a mediação penal em Portugal até 2012*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2013, p. 11. Disponível em: <<http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/324/1/Dissertacao%20Leonel%20Madail%20dos%20Santos%2020110171.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2017.

⁹ PALERMO, Pablo Galain. Mediação Penal Como Forma Alternativa de Resolução de Conflitos: a Construção de um Sistema Penal sem Juízes. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 91, jul – ago. 2011, p. 163.

criminosa, nos termos da Lei 12.850/13). Assim, a despeito de excessivamente custosa, seletiva e ineficiente, a justiça penal tradicional permanece intocada aos movimentos de reforma que sejam mais profundos¹⁰.

Dentre os fatores que levaram a uma revisão do modelo tradicional de justiça estão a inflação normativa, a natureza e o número dos delitos¹¹, no sentido de que, por opções de política criminal e em razão da crise da segurança pública no Brasil, o legislador acabou colhendo uma excessiva quantidade de fatos jurídicos à linguagem do direito penal, reduzindo a eficácia intimidatória da sanção penal e ocasionando o abarrotamento dos órgãos judiciais, facilmente constatável a nível do senso comum¹².

O assustador número de processos tramitando no sistema de justiça tradicional enseja algumas problemáticas secundárias, como a demora na prestação jurisdicional e a conseqüente prescrição punitiva do delito. Ademais, é comum que, diante desse fator, as decisões judiciais definitivas sejam prolatadas com menor preocupação com as individualidades do caso julgado, o que gera injustiças e mínima satisfação e propensão do agente delitivo ao cumprimento voluntário desta decisão¹³.

Ainda, instaurou-se uma crise conjuntural na perspectiva do direito penitenciário, seja porque as cadeias públicas estavam (e estão) superlotadas, seja porque houve a percepção de que o encarceramento não produziu a reintegração social do agente delitivo, tal qual almejado, mas, ao revés, contribuiu para o aumento da criminalidade¹⁴. Salta aos olhos a ausência de políticas públicas voltadas a assegurar a mínima condição de manutenção dos presidiários, negligenciando de maneira drástica a dignidade humana e a pretensão reintegradora da pena.

Nesse contexto histórico é que se encontram as raízes da justiça restaurativa, que visa à mudança do procedimento penal em vez de aguardar a iniciativa legislativa no sentido da despenalização e da descriminalização de certas condutas¹⁵, assegurando a elas, assim, uma resposta mais efetiva.

2 A PROPOSTA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

¹⁰ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal - O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão de Crime*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 6.

¹¹ PALERMO, op. cit., p. 164.

¹² CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea Bargaining e Justiça Criminal Consensual: Entre os Ideais de Funcionalidade e Garantismo. *Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, Rio de Janeiro, v. 4, 2012, p. 10. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em 21 set. 2017.

¹³ FERREIRA, Nuno José Rosa Marques. *A Mediação Penal e a Violência Doméstica: Uma Relação Restaurativa*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2013, p. 27. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34938/1/A%20Mediacao%20Penal%20e%20a%20Violencia%20Domestica%20Uma%20Relacao%20Restaurativa.pdf>>. Acesso em 13 out. 2017.

¹⁴ VELOSO, Letícia; FELIPE, Ana Paula Faria. Mediação Penal - Um Novo Modelo de Justiça. *Coninter*, Niterói, n. 1, 2012, p. 9. Disponível em: <<http://www.aninter.com.br/ANAI%20I%20CONITER/GT18%20Acesso%20+%E1%20justi+%BAa,%20direitos%20humanos%20e%20cidadania/MEDIA+%E7+%E2O%20PENAL%20%D4%C7%F4%20UM%20NOVO%20MODELO%20DE%20JUSTI+%E7A%20-%20Trabalho%20completo.pdf>>. Acesso em 10 out. 2017.

¹⁵ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal - O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão de Crime*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 10.

O conceito de justiça restaurativa não é de fácil alcance e não representa um consenso doutrinário, notadamente ao se considerar que as práticas restaurativas assumem variadas feições nos diversos ordenamentos jurídicos¹⁶. Até mesmo em razão dessas questões, é comum conceituar tal modelo de justiça traçando as notas distintivas em relação à justiça tradicional¹⁷.

Em linhas gerais, é possível afirmar que a justiça restaurativa é um modelo que se pauta na responsabilização do agente, por meio da conscientização dos danos por ele causados à vítima¹⁸, valendo-se da informalidade e prezando pela restauração e pacificação¹⁹, em oposição ao modelo coercitivo instaurado pela justiça retributiva. Em outras palavras, este novo modelo de justiça se ocupa mais das consequências do processo e da aplicação da sanção do que das formalidades a ele inerentes. Dessa forma, o objetivo primordial é assegurar a paz jurídica e social por meio do ressarcimento da vítima nos planos moral, material e, especialmente, simbólico²⁰, ainda que, para isso, a formalidade do procedimento seja afastada.

Para alcançar essa finalidade, vítima, autor do fato e, eventualmente, a própria comunidade, por meio de representantes, unem-se para dialogar e alcançar a melhor solução para o conflito penal²¹, cada qual com representação efetiva na solução desse conflito. Explica Rosimeire Ventura Leite²²:

No que diz respeito ao agente, incentiva-se o reconhecimento do mal causado e a reparação dos prejuízos advindos do seu comportamento. Para tanto, é necessário que o autor do fato reflita sobre o ato praticado e se disponha a adotar uma nova postura. Quanto à vítima, há uma preocupação com as conseqüências psicológicas do delito, com os transtornos gerados pela vitimização, enfim, com o sofrimento que lhe foi imposto. Já em relação à comunidade, busca-se reintegrar ofensor e ofendido, sem os estigmas decorrentes da situação problemática que se estabeleceu entre eles, restaurando-se o equilíbrio na vida social.

Dessa passagem se observa que a vítima, foco do modelo restaurativo, não é a vítima em potencial, como era no modelo tradicional de justiça, mas sim a vítima real, aquela efetivamente atingida pelo ilícito, na medida em que este deixa de ser visto como uma mera ofensa à ordem jurídica para representar, também, uma ofensa à própria vítima²³, sendo ela, então, uma das protagonistas da solução do conflito concreto.

¹⁶ SANTOS, Cláudia Cruz. A Proposta Restaurativa em Face da Realidade Criminal Brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 81, nov – dez. 2009, p. 211.

¹⁷ *Ibid.*, p. 213.

¹⁸ SANTOS, Artur Jorge da Costa. *A mediação penal e o princípio da oportunidade*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2012, p. 15. Disponível em: <<http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/159/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%2c%20Artur%20Santos.pdf>>. Acesso em 03 out. 2017.

¹⁹ DOS SANTOS, Leonel Madaíl. *Justiça Restaurativa - a mediação penal em Portugal até 2012*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2013, p. 9. Disponível em: <<http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/324/1/Dissertacao%20Leonel%20Madaíl%20dos%20Santos%2020110171.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2017.

²⁰ SICA, op. cit., p. 17.

²¹ LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual Como Instrumento de Efetividade do Processo Penal no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009, p. 58. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php>>. Acesso em 03 de outubro de 2017.

²² *Ibid.*, p. 59.

²³ PALERMO, Pablo Galain. Mediação Penal Como Forma Alternativa de Resolução de Conflitos: a Construção de um Sistema Penal sem Juízes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 91, jul – ago. 2011, p. 165.

Nessa perspectiva, o crime, antes mesmo de configurar uma ofensa ao ordenamento jurídico instituído pelo Estado, traduz uma violação a outro indivíduo, que pode apresentar anseios e necessidades nem sempre supridos pela persecução penal estatal, tornando-se duplamente vítima: uma vez, pelo agente delitivo (vitimização primária), e outra ainda pelo próprio Estado, por meio do procedimento penal tradicional (vitimização secundária)²⁴, que lhe impõe uma atuação ínfima e descolada desses anseios.

Assim, na justiça restaurativa, o delito é compreendido como um ato que, embora traduza consequências jurídicas, está umbilicalmente associado aos relacionamentos construídos entre agente e vítima da infração²⁵, razão pela qual a própria solução do conflito deveria perpassar por esses mesmos atores. Dessa forma, as expectativas dos indivíduos envolvidos no conflito, antes relegados à seara civil, passariam a ocupar posição privilegiada no sistema de sanções penais²⁶.

Ainda, esse modelo de justiça visa a afastar o aspecto estigmatizante que recai sobre o autor da infração²⁷ que, submetido a um processo criminal no papel do réu, é despersonalizado e institucionalizado. Dessarte, favorece-se a reintegração social do agente mediante o emprego de sanções diversas da pena privativa de liberdade, porque o compreende como produto da própria sociedade, e não como um equívoco ou anomalia social, que deve ser segregado²⁸.

Conforme acima aventado, a justiça restaurativa materializa-se por meio de distintos mecanismos, dentre os quais é possível citar as conferências familiares, os círculos sentenciais, as reuniões de restauração e a mediação penal²⁹, esta última ora objeto deste estudo. Embora com características próprias, todas as técnicas mencionadas partilham o ideal comum da justiça restaurativa, isto é, a pacificação social por meio da devolução parcial do conflito aos agentes nele envolvidos.

Na concepção de Pablo Galain Palermo, os modelos de resolução dos conflitos penais calcados na justiça restaurativa não seriam a sobreposição das formas tradicionais de resolução desses mesmos conflitos, mas, tão somente, a sua complementaridade, já que ambos teriam por objetivo determinar a responsabilidade do autor do delito, reinserindo-o socialmente e buscando a proteção futura de bens jurídicos³⁰.

De igual forma, para Claudia Cruz Santos, um mesmo delito poderia ser objeto de práticas restaurativas e tradicionais, quando se verificar que atingiu, concomitantemente, a esfera individual e coletiva³¹, ou, numa perspectiva mais

²⁴ PEREIRA, Cláudio José Langroiva. Justiça Penal Negociada: a Participação Ativa da Vítima na Solução de Conflitos Penais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 806, dez. 2002, p. 425.

²⁵ LEITE, op. cit., p. 58.

²⁶ PALERMO, op. cit., p. 163.

²⁷ DE SANTANA, Selma Pereira. A Vitimodogmática: uma Faceta da Justiça Restaurativa? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 11, jul – dez. 2009, p. 323.

²⁸ PEREIRA, Cláudio José Langroiva. Justiça Penal Negociada: a Participação Ativa da Vítima na Solução de Conflitos Penais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 806, dez. 2002, p. 419.

²⁹ VELOSO, Letícia; FELIPE, Ana Paula Faria. Mediação Penal - Um Novo Modelo de Justiça. *Coninter*, Niterói, n. 1, 2012, p. 4. Disponível em: <<http://www.aninter.com.br/ANAIS%20I%20CONITER/GT18%20Acesso%20+%E1%20justi+%BAa,%20direitos%20humanos%20e%20cidadania/MEDIA+%E7+%E2O%20PENAL%20D4%C7%F4%20UM%20NOVO%20MODELO%20DE%20JUSTI+%E7A%20-%20Trabalho%20completo.pdf>>. Acesso em 10 out. 2017.

³⁰ PALERMO, Pablo Galain. Mediação Penal Como Forma Alternativa de Resolução de Conflitos: a Construção de um Sistema Penal sem Juízes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 91, jul – ago. 2011, p. 167.

³¹ SANTOS, Cláudia Cruz. A Proposta Restaurativa em Face da Realidade Criminal Brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 81, nov – dez. 2009, p. 213.

ampla, admite-se – e até deseja-se – a coexistência entre ambos os modelos de justiça, na medida em que há situações-limites que necessitam do direito punitivo como instrumento repressor³². Em outras palavras, cuida-se de aplicar a solução adequada ao conflito penal nos espaços em que ela é compatível, relegando ao modelo tradicional de justiça a resolução dos crimes que violem bens jurídicos extremos, nos quais a justiça restaurativa não encontre solo fértil para laborar.

3 MEDIAÇÃO PENAL

A mediação, embora aqui estudada sob a ótica do processo penal, é conceito mais amplo do que a própria justiça restaurativa, já que esta é instituto afeto exclusivamente à seara criminal, ao passo que a mediação é aplicável a diversas áreas do direito³³. No Brasil, por exemplo, a mediação em casos não penais já é uma realidade, ganhando maior espaço a partir da Lei 13.140/15, que regulamentou o instituto para conflitos que versem sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. No âmbito penal, por outro lado, em que a mediação se restringe à relação vítima e ofensor, há ainda muito caminho a percorrer, embora tenha havido um importante avanço a partir da publicação do Protocolo de Cooperação Interinstitucional para Difusão da Justiça Restaurativa³⁴ pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2015.

Aqui, mais uma vez, inexistente conceito fechado do que seja a mediação, ante a pluralidade de formas que apresenta nos sistemas penais estrangeiros. De toda sorte, é possível afirmar que, como aspecto primordial, a mediação é um procedimento que se vale de um terceiro, estranho ao litígio, que atuará como mediador e auxiliará as partes a alcançar, por meio do diálogo, a resolução do conflito. Este o conceito que se extrai, também, do parágrafo único do artigo 1º da Lei 13.140/15, segundo o qual “considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.”

Para tanto, o mediador deve adotar postura imparcial, fomentando o alcance, por parte dos próprios agentes do conflito, da solução mais satisfatória para eles, confrontando os próprios pontos de vista³⁵ e abrindo portas antes fechadas para a comunicação. Dessa forma, o facilitador atuará garantindo o nível de civilidade da negociação, evitando que a discussão tome rumos indesejados, como a própria perspectiva da vingança da vítima. Por essa razão afirma-se que a linguagem e a comunicação são os instrumentos por meio dos quais essa técnica de conhecimento se baseia³⁶.

³² SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal - O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão de Crime*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 34.

³³ DOS SANTOS, Leonel Madaíl. *Justiça Restaurativa - a mediação penal em Portugal até 2012*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2013, p. 9. Disponível em: <<http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/324/1/Dissertacao%20Leonel%20Madail%20dos%20Santos%2020110171.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2017.

³⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Protocolo de Cooperação Interinstitucional para Difusão da Justiça Restaurativa*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/PCOT_002_2014.pdf>. Acesso em 20 out. 2017.

³⁵ VELOSO, Letícia; FELIPE, Ana Paula Faria. *Mediação Penal - Um Novo Modelo de Justiça*. Coninter, Niterói, n. 1, 2012, p. 4. Disponível em: <<http://www.aninter.com.br/ANAI%20I%20CONITER/GT18%20Acesso%20+%E1%20justi+%BAa,%20direitos%20humanos%20e%20cidadania/MEDIA+%E7+%E2O%20PENAL%20%D4%C7%F4%20UM%20NOVO%20MODELO%20DE%20JUSTI+%E7A%20-%20Trabalho%20completo.pdf>>. Acesso em 10 out. 2017.

³⁶ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal - O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão de Crime*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 60.

Importante pontuar, desde já, que o mediador não se confunde com o juiz, na medida em que não irá realizar o julgamento do caso, conforme já indicado. Assim, a mediação penal não é adversarial, já que não visa a alcançar a verdade dos fatos ou a estabelecer a alguém a culpa pelo ilícito, como no modelo retributivo e punitivo³⁷. Antes, pretende ser um espaço em que os envolvidos possam discutir abertamente e, possivelmente, superar os seus problemas; não há vencedores ou vencidos, tampouco a submissão humilhante e estigmatizante do agente às iras da lei³⁸. Nesse sentido, portanto, é crucial que as partes consentam livremente com a proposta mediadora, já que, sem tal aquiescência, não haveria espaço para o diálogo franco, de modo que a busca pela resolução satisfatória estaria fadada ao insucesso.

Por outro lado, já iniciadas as sessões de mediação, exige-se do mediador e das partes a confidencialidade, uma vez que, frustrada a tentativa de acordo, é vedado o uso, em sede judicial, dos fatos e questões debatidos durante as sessões. Dessa maneira, assegura-se que vítima e ofensor possam expor suas ideias sem barreiras e sem receio de que venham a ser prejudicados pelo que revelado³⁹.

Tratando-se de procedimento complexo, também se requer que o mediador seja capacitado e esteja apto a enfrentar eventuais dificuldades que apareçam nas sessões, o que é alcançado por meio da exigência, por parte deste mediador, de formação em cursos específicos de capacitação para a mediação. Essa, aliás, a proposta regulamentada por meio da Resolução nº 125 de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça, com as alterações promovidas pelas Emendas nº 01/2013 e 02/2016⁴⁰.

Dessas considerações já se pode observar que a mediação penal é instituto multidisciplinar, tratando o delito penal a partir da perspectiva de outras ciências sociais humanas além do próprio direito, como a psicologia e a sociologia⁴¹. Cabe esclarecer, ainda, que tal prática, quando aplicada aos ilícitos penais, visa mais do que a simples responsabilização civil, mas alcançar, eventualmente, uma efetiva reparação do dano, a partir dessa multidisciplinaridade⁴².

A adoção da mediação como procedimento alternativo de resolução do conflito penal importa em benefícios tanto para o ofendido, como para o agente delitivo e, até mesmo, para a própria comunidade. Além daqueles benefícios elencados quando se abordou a justiça restaurativa, pode-se pontuar, para a vítima, a possibilidade de trazer a público os efeitos da infração, bem como de compreender as motivações do

³⁷ NAHID, Érika Pamplona Barcelos. *A Mediação como método alternativo à resolução de conflitos nos casos envolvendo ofendido e ofensor*. Rio de Janeiro: PUCRJ, 2010. p. 22. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16206/16206.PDF>>. Acesso em 15 out. 2017.

³⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na Perspectiva das Garantias Constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 98.

³⁹ NAHID, Érika Pamplona Barcelos. *A Mediação como método alternativo à resolução de conflitos nos casos envolvendo ofendido e ofensor*. Rio de Janeiro: PUCRJ, 2010, p. 23. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16206/16206.PDF>>. Acesso em 15 out. 2017.

⁴⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125 de 2010*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf>. Acesso em 15 out. 2017.

⁴¹ FERREIRA, Nuno José Rosa Marques. *A Mediação Penal e a Violência Doméstica: Uma Relação Restaurativa*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2013, p. 30. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34938/1/A%20Mediacao%20Penal%20e%20a%20Violencia%20Domestica%20Uma%20Relacao%20Restaurativa.pdf>>. Acesso em 13 out. 2017.

⁴² PALERMO, Pablo Galain. Mediação Penal Como Forma Alternativa de Resolução de Conflitos: a Construção de um Sistema Penal sem Juízes. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 91, jul – ago. 2011, p. 166.

ofensor, apaziguando, assim, eventual sentimento de raiva e de vingança. O agressor, por sua vez, tem a possibilidade de reconhecer, de forma genuína, o valor do bem jurídico atingido e de se sentir capaz de reparar o dano e de agir conforme a lei, prescindindo-se da execução da pena⁴³. Por fim, a comunidade em que estes agentes estão inseridos também se beneficia sob a perspectiva de que a mediação favorece a convivência social, previne a criminalidade e permite a redução dos custos financeiros com o aparato judicial⁴⁴.

Nessa perspectiva, mais do que auxiliar na redução do congestionamento dos órgãos judiciais e das penitenciárias, a mediação se sobressai como medida capaz de alcançar a paz social por meio da reparação do dano à vítima e da responsabilização do agente, finalidades, embora almejadas, não alcançadas pela justiça penal tradicional.

Cabe esclarecer, ainda, que a mediação não se confunde com a conciliação em sentido estrito, que, no âmbito penal, tem aplicação nos crimes de menor potencial ofensivo no caso da composição civil dos danos, conforme regulado pela Lei n. 9.099/95. A conciliação, em linhas gerais, embora também conte com a participação de um terceiro para auxiliar no processo, exige deste uma postura ativa, propondo linhas de discussão e eventualmente esboçando o acordo, na medida em que este último é o próprio objetivo do procedimento.

No caso da mediação, que é modalidade de conciliação em sentido lato⁴⁵, embora a solução do conflito também seja extremamente desejável, o cerne é o espaço para o diálogo e a efetiva restauração das relações feridas pelo ilícito, sem a vinculação à obtenção de qualquer acordo. Em outras palavras, a mediação é o fim em si mesma, e não o meio para o estabelecimento do acordo. Nessa perspectiva, a mediação se mostra mais adequada para os conflitos penais, na medida em que a mera participação das sessões dialogadas livremente já traz maior possibilidade de reconstrução do processo de regulação social⁴⁶.

Segundo parcela doutrinária, a mediação penal, bem como as demais práticas restaurativas, ao devolverem parte do conflito à vítima, poderiam servir como meio de favorecimento ao fervor punitivo da vítima, que se valeria do procedimento penal para, como em tempos remotos, promover vingança pessoal, além de ensejar o enfraquecimento das instituições mediante a junção do público e do privado⁴⁷.

⁴³ PALERMO, Pablo Galain. Mediação Penal Como Forma Alternativa de Resolução de Conflitos: a Construção de um Sistema Penal sem Juízes. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 91, jul – ago. 2011, p. 172.

⁴⁴ VELOSO, Letícia; FELIPE, Ana Paula Faria. Mediação Penal - Um Novo Modelo de Justiça. *Coninter*, Niterói, n. 1, 2012, p. 7. Disponível em: <<http://www.aninter.com.br/ANAIS%20I%20CONITER/GT18%20Acesso%20+%E1%20justi+%BAa,%20direitos%20humanos%20e%20cidadania/MEDIA+%E7+%E2%20PENAL%20%D4%C7%F4%20UM%20NOVO%20MODELO%20DE%20JUSTI+%E7A%20-%20Trabalho%20completo.pdf>>. Acesso em 10 out. 2017.

⁴⁵ NAHID, Érika Pamplona Barcelos. *A Mediação como método alternativo à resolução de conflitos nos casos envolvendo ofendido e ofensor*. Rio de Janeiro: PUCRJ, 2010. p. 39. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16206/16206.PDF>>. Acesso em 15 out. 2017.

⁴⁶ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal - O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão de Crime*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 48.

⁴⁷ ALVAREZ, Marcos César. A Vítima no Processo Penal Brasileiro: um Novo Protagonismo no Cenário Contemporâneo? *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 86. set – out. 2010, p. 249.

Mas, no magistério de Leonardo Sica, referindo-se à vingança e à retaliação do ofendido, "a contenção desses sentimentos e a neutralização do caráter retributivo da reação penal é um pressuposto básico da justiça restaurativa"⁴⁸, o que é corroborado a partir da análise dos "modelos adotados pelos sistemas penais estrangeiros, cujos resultados apontam para a redução do sentimento de insegurança coletivo e de sentimento de vingança"⁴⁹.

Oportuno mencionar, ainda, a concepção doutrinária de que os meios alternativos de conflito somente têm espaço para os delitos de menor gravidade. De fato, alguns bens jurídicos são mais caros à sociedade, razão pela qual foram tutelados com maior rigor por parte do legislador. Entretanto, conforme já explanado outrora neste estudo, a mediação penal, como mecanismo de diversão, não se confunde com a descriminalização da conduta considerada ilícita e nem com o abrandamento da solução para o conflito.

Em casos tais, havendo uma dimensão pessoal por trás do delito, recomenda-se a atuação prioritária das práticas restaurativas, ainda que o bem jurídico tutelado seja de grande valor. Em verdade, não é esse o ponto de distinção entre as práticas restaurativas ou retributivas, mas sim a possibilidade de o conflito ser apaziguado valendo-se da relação pessoal prévia entre os envolvidos. Não havendo tal substrato, deve permanecer o delito na esfera da justiça retributiva, fazendo jus ao princípio da adequação e aplicando a resposta estatal condizente a cada ilícito.

4 APLICABILIDADE NOS DELITOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Feitas essas digressões, cumpre analisar a aplicabilidade da mediação nos delitos cometidos com violência doméstica e familiar no processo penal brasileiro. De saída, imperioso destacar que por violência doméstica e familiar, no contexto empregado neste estudo, compreendem-se aqueles delitos praticados "no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido" com o ofendido, independentemente de coabitação, nos ditames já estabelecidos pelo artigo 5º da Lei 11.340/06.

A violência, por sua vez, não se limita às agressões físicas, mas abarca também aquelas de cunho moral, psicológico, sexual e patrimonial, ainda em observância às categorias indicadas pelo artigo 7º da referida lei.

A mediação assume especial importância em crimes deste jaez sob a perspectiva de que agente e vítima estão envolvidos em um relacionamento no núcleo mais basilar da sociedade, criados a partir dos laços familiares e domésticos, e que, portanto, são relacionamentos com alto grau de complexidade⁵⁰. Abrangeria, assim, os delitos cometidos no âmbito conjugal, entre pais e filhos, ou entre coabitantes, para listar apenas alguns.

⁴⁸ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal - O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão de Crime*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 16.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 34.

⁵⁰ FERREIRA, Nuno José Rosa Marques. *A Mediação Penal e a Violência Doméstica: Uma Relação Restaurativa*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2013, p. 57. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34938/1/A%20Mediacao%20Penal%20e%20a%20Violencia%20Domestica%20Uma%20Relacao%20Restaurativa.pdf>>. Acesso em 13 out. 2017.

Pela própria natureza da mediação penal, é natural que encontre maior espaço e efetividade em conflitos envolvendo relações pessoais prévias ao ilícito, pois haverá substrato para o diálogo. Ora, em casos de violência doméstica e familiar, vítima e agressor convivem de maneira estreita por anos a fio, por vezes em uma relação conflituosa e que, após inúmeros atos menores de violência, culmina na agressão física. Em verdade, a violência doméstica e familiar conta com a particularidade de, em muitos casos, ocorrer de maneira cíclica, iniciando-se com agressões verbais, que passam às físicas e, por fim, há um suposto arrependimento por parte do agressor, mas que não é duradouro, iniciando-se, sem seguida, um novo ciclo de violência⁵¹.

Toda essa cadeia de violência permite afirmar que o dano psicológico à vítima costuma assumir grandes proporções, em especial devido ao papel importante exercido pelo agressor no seio familiar e pela ausência de apoio por parte da comunidade com a qual convive⁵².

Entretanto, a viabilidade e a eficácia da adoção desta técnica de resolução de conflitos para tais delitos não é, novamente, uma questão unânime. Dentre alguns pontos suscitados em desfavor dessa prática, mencione-se a possibilidade de, uma vez mais, o agressor subjugar a vítima, fazendo-a passar por um processo de revitimização. Há, ainda, a perspectiva negativa acerca da mediação por parte da comunidade, descrente no seu potencial reformador e pacificador⁵³. Todavia, conforme se pretende mostrar nas linhas seguintes, embora essas e outras preocupações não sejam desarrazoadas, as vantagens da mediação suplantam eventuais obstáculos.

Como primeiro fator demonstrador da ausência de resposta efetiva por parte da justiça tradicional pode-se mencionar o descolamento entre a solução pretendida pelos envolvidos no conflito e aquela efetivamente exarada por meio da decisão judicial, de forma ainda mais intensa do que nos demais ilícitos penais. As relações humanas firmadas no âmbito doméstico e familiar, tal qual já assentado, são complexas e requerem uma solução mais adequada do que aquela imposta pelo órgão jurisdicional, que não será durável ou verdadeira para as partes⁵⁴.

Ademais, via de regra, as vítimas de delitos cometidos nesse contexto não almejam a prisão do agressor, mas sim a sua recuperação e mudança de comportamento, bem como que lhes seja dada a oportunidade de quebrar tal padrão de conduta. Nessa perspectiva, mostra-se falaciosa a concepção da vítima como um ser vulnerável, que necessita da intervenção total e absoluta do Estado⁵⁵. Em verdade, o ofendido precisa do empoderamento, da sensação de se sentir capaz de encontrar a solução do conflito.

⁵¹ COSTA, Ilton Garcia; PUGLIESI, Renan Cauê Miranda; CACHICHI, Rogério Cangassu Dantas. Superando Paradigmas: a Aplicação da Justiça Restaurativa em Casos que Envolvem Violência Doméstica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 137, nov. 2017, p. 173.

⁵² *Ibid.*, p. 170.

⁵³ FERREIRA, Nuno José Rosa Marques. *A Mediação Penal e a Violência Doméstica: Uma Relação Restaurativa*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2013, p. 34. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34938/1/A%20Mediacao%20Penal%20e%20a%20Violencia%20Domestica%20Uma%20Relacao%20Restaurativa.pdf>>. Acesso em 13 out. 2017.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 59.

⁵⁵ FERREIRA, op. cit, p. 57.

Essa medida ganha relevância e contexto quando se percebe que a vítima almeja, em última análise, a própria reestruturação familiar⁵⁶, e não seu desmantelamento por força das atitudes do agressor. Em verdade, as relações familiares vêm imbuídas de expectativas, promessas, paixões e projeções para o futuro⁵⁷, razão pela qual torna-se difícil para o ofendido aceitar a ruína da estrutura familiar.

Assim, a emergência dessa vítima enquanto sujeito ativo da solução do litígio indica o reconhecimento público da angústia sofrida por ela, que terá, enfim, a possibilidade de compartilhar a experiência vivida, permitindo “fortalecer a presença do sujeito pessoal na consciência coletiva”⁵⁸. Em síntese⁵⁹,

[s]e a violência, nas suas múltiplas formas, é sempre a negação dos sujeitos, a emergência da vítima como sujeito na cena pública pode ajudar no combate à própria violência, ao exercer um efeito de responsabilização sobre políticas e representações, ao contribuir para a construção da memória histórica, ao permitir novas perspectivas de reconhecimento, mesmo que a derivação populista em torno da questão, sobretudo no plano penal, não possa ser subestimada.

Por essas razões, a mediação se mostra como medida eficaz à solução do litígio, permitindo que, por meio do mediador imparcial, os envolvidos tenham espaço para curar feridas criadas ao longo de anos de convivência, permitindo à vítima expor a sua angústia e ao agressor a conscientização de sua conduta.

Embora aqui se defenda a aplicação da mediação penal em qualquer caso de violência doméstica e familiar, não há como não tecer, ainda que brevemente, algumas considerações acerca desses delitos quando praticados contra a mulher, em especial por haver legislação específica para esses casos (Lei 11.340/06) e pela contemporaneidade da temática.

Nesses casos em específico, a aplicação da mediação encontraria óbice, em uma análise perfunctória, na vedação à aplicação de institutos consensuais, a teor do art. 41 da Lei 11.340/06. Todavia, conforme pontuado por Andréa Tavares Ribeiro, “ao afastar a incidência da Lei n. 9.099/1995, [...] a lei não excluiu a possibilidade de uma outra resposta ao crime”, em especial porque não há como afastar a aplicação da mediação penal se esta sequer é institucionalizada⁶⁰.

De fato, o exame sistêmico da Lei 11.340/06 permite concluir que a intenção legislativa, foi, efetivamente, a de imprimir maior rigor na resposta estatal aos crimes cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher, buscando frear o

⁵⁶ FERREIRA, Nuno José Rosa Marques. *A Mediação Penal e a Violência Doméstica: Uma Relação Restaurativa*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2013, p. 56. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34938/1/A%20Mediacao%20Penal%20e%20a%20Violencia%20Domestica%20Uma%20Relacao%20Restaurativa.pdf>>. Acesso em 13 out. 2017.

⁵⁷ COSTA, Ilton Garcia; PUGLIESI, Renan Cauê Miranda; CACHICHI, Rogério Cangassu Dantas. Superando Paradigmas: a Aplicação da Justiça Restaurativa em Casos que Envolvem Violência Doméstica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 137, nov. 2017, p. 173.

⁵⁸ ALVAREZ, Marcos César. A Vítima no Processo Penal Brasileiro: um Novo Protagonismo no Cenário Contemporâneo? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 86, set – out. 2010, p. 250.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 251.

⁶⁰ RIBEIRO, Andréa Tavares. Mediação penal como alternativa a processo penal em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, ano 14, n. 46, 2015, p. 21. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/edicao/mediacao-penal-como-alternativa-a-processo-penal-em-casos-de-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher/at_download/file>. Acesso em 20 out. 2017.

alarmante crescimento desses casos. O intuito do legislador, todavia, não foi atingido, observando-se o aumento exponencial de casos de violência contra a mulher, inclusive a reiteração delitiva pelo mesmo agressor e contra a mesma vítima⁶¹.

Insta salientar que a mediação penal nestes e nos demais casos de violência doméstica e familiar deverá estar condicionada ao efetivo acompanhamento estatal posteriormente à resolução do conflito, já que, no caso da vítima mulher, antes mesmo do advento da Lei 11.340/06, evidenciava-se a falha do modelo conciliatório nas hipóteses em que não havia o acompanhamento das condições impostas ao agente infrator, fazendo com a ofendida se tornasse duplamente vitimada⁶².

Isso porque, embora se defenda a prática restaurativa para a reestruturação familiar, o Estado deve se fazer presente no cumprimento do acordo, evitando a submissão da vítima a novas agressões. E, nesse tocante, tal participação também é crucial para que não prevaleça a ideia, já muito disseminada popularmente, de que a adoção dessas práticas enseja a impunidade do agressor.

De toda sorte, sendo a vítima do gênero feminino ou masculino, os casos de violência cometidos no âmbito doméstico ou familiar têm por fator comum a existência de uma relação prévia, geralmente repleta de mágoas. Por isso, a mediação proporcionará aos envolvidos o diálogo, a compreensão dos motivos do crime e, especialmente, o estabelecimento de um acordo, por meio do qual ficarão consignadas certas condições a serem cumpridas pelo agressor. No rol de sanções outrora proposto, assumem especial relevância o compromisso de não reincidência e a participação de atividades educativas, instruindo o agente das consequências danosas de seus atos.

Assim, evita-se o aprisionamento do agressor, que terá então a possibilidade de adotar condutas positivas, permitindo a sua reinserção na sociedade e especialmente no seio familiar.

CONCLUSÃO

No sistema processual penal brasileiro atual, a mediação penal ainda não encontra espaço, especialmente em razão da tese segundo a qual tal modalidade de consenso está em desacordo com o princípio da legalidade, insculpido no art. 5º, incisos XXXIX, XLI e XLVII, da Constituição Federal. Todavia, os seus benefícios sobrepõem-se a eventuais entraves sistemáticos, devendo o legislador brasileiro promover as reformas, inclusive a nível constitucional, para abarcar a mediação penal no Brasil.

Essa afirmação não significa o absoluto abandono das garantias do acusado, razão pela qual a mediação penal deve passar pelo crivo do Poder Judiciário, contar com a atuação do Ministério Público e assegurar a participação da defesa técnica por todas as etapas do processo. Dessa forma, terão as vítimas de violência doméstica e familiar uma ferramenta mais efetiva à solução desse conflito, assegurando a prevalência do diálogo e a superação dos traumas causados pelo ilícito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVAREZ, Marcos César. A Vítima no Processo Penal Brasileiro: um Novo Protagonismo no Cenário Contemporâneo? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 86, p. 247-288, set – out. 2010.

⁶¹ Ibid., p. 12.

⁶² WUNDERLICH, Alexandre. A Vítima no Processo Penal: Impressões Sobre o Fracasso da Lei 9.099/95. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 47, mar – abr. 2004, p. 241.

- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Protocolo de Cooperação Interinstitucional para Difusão da Justiça Restaurativa*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/PCOT_002_2014.pdf>. Acesso em 20 out. 2017.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125 de 2010*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf>. Acesso em 15 out. 2017.
- CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea Bargaining e Justiça Criminal Consensual: Entre os Ideais de Funcionalidade e Garantismo. *Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, Rio de Janeiro, v. 4, p. 1-26, 2012. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Pena_I_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em 21 set. 2017.
- COSTA, Ilton Garcia; PUGLIESI, Renan Cauê Miranda; CACHICHI, Rogério Cangassu Dantas. Superando Paradigmas: a Aplicação da Justiça Restaurativa em Casos que Envolvem Violência Doméstica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 137, p. 153-196, nov. 2017.
- DE SANTANA, Selma Pereira. A Vitimodogmática: uma Faceta da Justiça Restaurativa? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 11, p. 321-348, jul – dez. 2009.
- DOS SANTOS, Leonel Madaíl. *Justiça Restaurativa - a mediação penal em Portugal até 2012*. Lisboa, Universidade Autónoma de Lisboa, 2013. Disponível em: <<http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/324/1/Dissertacao%20Leonel%20Madail%20dos%20Santos%2020110171.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2017.
- FADEL, Francisco Ubirajara Camargo. Breve História do Direito Penal e da Evolução da Pena. *Revista Eletrônica Jurídica*, Paraná, n. 1, p. 60-69, jan.-jun. 2012. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/breve_historia_do_direito_penal_e_da_evolucao_da_pena.pdf>. Acesso em 18 out. 2017.
- FERREIRA, Nuno José Rosa Marques. *A Mediação Penal e a Violência Doméstica: Uma Relação Restaurativa*. Coimbra, Universidade de Coimbra, 2013. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34938/1/A%20Mediacao%20Penal%20e%20a%20Violencia%20Domestica%20Uma%20Relacao%20Restaurativa.pdf>>. Acesso em 13 out. 2017.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na Perspectiva das Garantias Constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual Como Instrumento de Efetividade do Processo Penal no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php>>. Acesso em 03 de outubro de 2017.
- NAHID, Érika Pamplona Barcelos. *A Mediação como método alternativo à resolução de conflitos nos casos envolvendo ofendido e ofensor*. Rio de Janeiro: PUCRJ, 2010. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16206/16206.PDF>>. Acesso em 15 out. 2017.
- PALERMO, Pablo Galain. Mediação Penal Como Forma Alternativa de Resolução de Conflitos: A Construção De Um Sistema Penal Sem Juízes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 91, jul – ago. 2011, p. 163.
- PEREIRA, Cláudio José Langroiva. Justiça Penal Negociada: a Participação Ativa da Vítima na Solução de Conflitos Penais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 806, p. 418-430, dez. 2002.
- RIBEIRO, Andréa Tavares. Mediação penal como alternativa a processo penal em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, ano 14, n. 46, p. 11-32, 2015. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/edicao/mediacao-penal->

- como-alternativa-a-processo-penal-em-casos-de-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher/at_download/file>. Acesso em 20 out. 2017.
- SANTOS, Artur Jorge da Costa. *A mediação penal e o princípio da oportunidade*. Lisboa, Universidade Autónoma de Lisboa, 2012. Disponível em: <<http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/159/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%2c%20Artur%20Santos.pdf>>. Acesso em 03 out. 2017.
- SANTOS, Cláudia Cruz. A Proposta Restaurativa em Face da Realidade Criminal Brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 81, p. 209-229, nov – dez. 2009.
- SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal - O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão de Crime*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.
- VELOSO, Letícia; FELIPE, Ana Paula Faria. Mediação Penal - Um Novo Modelo de Justiça. *Coninter*, Niterói, n. 1, 2012. Disponível em: <<http://www.aninter.com.br/ANAIS%20I%20CONITER/GT18%20Acesso%20+%E1%20justi+%BAa,%20direitos%20humanos%20e%20cidadania/MEDIA+%E7+%E2O%20PENAL%20%D4%C7%F4%20UM%20NOVO%20MODELO%20DE%20JUSTI+%E7A%20-%20Trabalho%20completo.pdf>>. Acesso em 10 out. 2017.
- WUNDERLICH, Alexandre. A Vítima no Processo Penal: Impressões Sobre o Fracasso da Lei 9.099/95. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 47, p. 233-269, mar – abr. 2004.

El habeas corpus como garantía constitucional fundamental

Vicente Santana Rivero ¹

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

INTRODUCCIÓN

La detención no es una decisión tomada en el curso de un procedimiento judicial, sino que consiste en una mera situación de hecho previa a la propia sustanciación del procedimiento y por tanto constituye una medida cautelar de naturaleza personal, que puede ser adoptada tanto por la autoridad judicial como por la policía, incluso en determinados casos puede ser adoptada por los particulares.

Para el Tribunal Supremo, la detención es "una medida cautelar, realizada en el curso del procedimiento penal o en función de su incoación pre-ordenada a garantizar la futura aplicación del ius puniendi y de modo inmediato, a proporcionar al juez de instrucción el primer sustrato fáctico para la incoación de las diligencias penales y la adopción, en su caso, de las medidas cautelares de carácter provisional"².

Así, el principio de Habeas Corpus, se presenta como un instrumento de defensa de los derechos fundamentales del detenido. En este punto, resulta necesario destacar como el Habeas Corpus ocupa una posición de garantía y tutela de los derechos y libertades en el ámbito de la protección y defensa de los derechos fundamentales constitucionales.

EL PRINCIPIO DE LIBERTAD EN EL HABEAS CORPUS

En el modelo español, las garantías de los derechos de las personas detenidas ostentan plus de garantías que viene contemplado en el orden jurídico y reforzado por los instrumentos internacionales ratificados por España, en este sentido resulta del todo destacable las directrices emanadas por la Organización de Naciones Unidas y del Consejo de Europa.

La figura del hábeas corpus se presenta como un principio de garantía de los derechos fundamentales en al menos dos proyecciones, por un lado, la libertad individual y por otro lado, la integridad personal.

En la actualidad, la privación injusta de la libertad resulta un debate que ha despertado un gran interés. El derecho a la libertad personal puede verse restringido con la detención, por cuanto acontece la limitación objetiva de ese derecho, teniendo causa en una orden judicial de autoridad competente. Así, el derecho a la libertad, se califica como un derecho desprotegido cuando se exceden los términos para poner al detenido a disposición de la autoridad o se rebasa los plazos para definir su

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Profesor Asociado de La Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Email:vicenterivero79@gmail.com.

² Así reza en la Sentencia del Tribunal Constitucional número 95/ 1989 de 1 de febrero, en su Fundamento Jurídico cuarto.

situación jurídica, desconociéndose con ello su núcleo esencial por quedar sometido a limitaciones que lo hacen impracticable. Sucede en grado máximo en aquellos eventos en que la detención arbitraria desencadena la desaparición forzada, o cuando lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección al impedir al privado de la libertad de ejercer las acciones necesarias para su protección.

En este sentido, se afirma que "la prevalencia del derecho a la libertad personal se apoya en el hecho notorio de que sólo con sustento en él es posible articular la totalidad de derechos restantes y por ello, su vulneración conduce en la práctica, a imposibilitar la actuación de otro"³.

Nuestra Carta Magna en su artículo 17 recoge el derecho a la libertad que cristaliza en "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma prevista en la ley. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca. La ley regulará un procedimiento de "Habeas Corpus" para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional".

Tal y como lo entiende Loewenstain, "han pasado muchos siglos hasta que el hombre político ha aprendido que la sociedad justa, es la que le otorga y garantiza sus derechos individuales, depende de la existencia de límites impuestos a los detentadores del poder en el ejercicio de su poder, con el tiempo se ha ido reconociendo que la mejor manera de alcanzar este objetivo será haciendo constar los frenos que la sociedad desea imponer a los detentadores del poder en forma de un sistema de reglas fijas, la constitución, destinada a limitar el ejercicio del poder político se convirtió en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder"⁴.

Pues "si la expresión garantías constitucionales es susceptible de diversas acepciones, tampoco parece fácil el intento de conceptualización de la expresión derechos fundamentales, que además se encuentra flanqueada por otras denominaciones próximas"⁵. En palabras de la profesora Emilia Santana, en clara referencia al valor superior del menor, pero que puede aplicarse a esta situación, "(...) supone una garantía de reconocimiento que posibilita el explayamiento del reconocimiento de otros derechos"⁶. Y es que la aplicación del Habeas Corpus, significa mostrar el cuerpo sin heridas, sin ataduras, con derechos y con indemnidad física y psicológica, derivando en que el detenido no ha de sufrir por la detención ni el más mínimo agravio físico o psicológico, sobremanera si se tiene en cuenta que aún no está calificado como culpable de delito ni falta en ninguna de sus facetas, pues solo un juez puede establecer esa culpabilidad a través de un juicio justo.

³ PATIÑO GONZÁLEZ, M. C.; *Naturaleza Jurídica del Habeas Corpus*, Doctrina y Ley, Bogotá, 2005, p. 18.

⁴ LOEWENSTAIN, K.; *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1979, p. 149.

⁵ PÉREZ LUÑO, A.; "Delimitación conceptual de los derechos humanos", en AA.VV., CASCAJO y otros; *Los derechos humanos*, Sevilla, 1979, p. 13.

⁶ SANTANA RAMOS, M.E. "La garantía de los derechos en la población infantil", *Revista Quaestio Iuris*, Volumen 9, número 4, Río de Janeiro, 2016, p. 2113.

Según esto, "debemos entender la detención, como la privación provisional o preventiva de la libertad de una persona y por tanto como la restricción de un derecho fundamental que deberá venir avalada por una serie de garantías que la hagan al admisible" dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Estos requisitos deberán ser formales y procedimentales ya que de no darse estos podemos incurrir en la detención ilegal"⁷.

Por lo que se ha de afirmar que "el Habeas Corpus es, en terminología jurídica, el derecho de todo detenido que se considera ilegalmente privado de libertad física a solicitar ser llevado ante un juez, para que éste decida su ingreso en prisión o su puesta en libertad"⁸.

En este estado de la cuestión parece indudable que "es el juez quien debe decidir si hay motivos legales para la privación de libertad física del detenido. Es un procedimiento breve y sencillo. Es actualmente la principal institución en el mundo destinada a proteger la libertad personal contra las detenciones arbitrarias o ilegales, y así lo reconocen los pactos internacionales de derechos humanos"⁹.

Así, en cuanto a su significación más comúnmente entendida sería "Habeas Corpus" o "muéstrese el cuerpo", un intrínseco significado que nos lleva a la idea de "usted tiene derecho a conservar su integridad física", o sencillamente que "nadie puede privarle de libertad de movimiento". Esa denominación procede de la alocución latina que constituía las primeras palabras con las que empezaba el mandamiento judicial para exigir la entrega del detenido a las autoridades policiales o que hubieran realizado la detención, previo a su enjuiciamiento penal.

Por su parte, afirma Cristina Fuertes-Planas que "el derecho a la libertad es el máspreciado de todos los derechos subjetivos. De un estatuto puramente deontológico, pasó a ser concretado cuando se traduce en el contenido de una relación jurídica, entre la entidad política y los gobernados o ciudadanos. Esta relación de derecho surgió cuando el Estado decidió respetar una esfera de libertad a favor del individuo, como consecuencia de un imperativo filosófico"¹⁰.

El Habeas Corpus, hoy en día constituye un recurso contra la privación ilegal de la libertad, tanto en un ámbito de actos criminales como privados.

En este sentido, surge no como una concreta garantía penal, sino como un acto de disposición de los jueces que solicitaban la presencia de una persona según sus necesidades en el juicio¹¹.

Así expresado, la libertad personal es un derecho fundamental consagrado en la Constitución española de 1978 y en los Tratados Internacionales, que por lo tanto, impone al Estado el deber de protegerla y a los ciudadanos el derecho a reclamarla cada vez que se vea vulnerado su marco constitucional amparado por ese derecho de libertad.

Este deber impuesto al Estado tiene como fin limitar su poder y en consecuencia la arbitrariedad, para lo cual, justamente la Constitución prevé mecanismos entre los cuales se encuentra el debido proceso, entendido en su dimensión de derecho fundamental y con ello, el Habeas Corpus, visto desde su función de mecanismo

⁷ RICHARD GONZALEZ, M.; RIFA SOLER, J.M. y VALLS GOMBAU, J.F.; Proceso Penal Práctico, Gobierno de Navarra, Navarra, 2006, p. 740.

⁸ FUERTES-PLANAS ALEIX, C.; "El Habeas Corpus", en *Revista Universidad Complutense Madrid*, número IV, Madrid, 2007, pp. 1-2.

⁹ *Ibidem*, pp. 1-2.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 3-4.

¹¹ *Ibidem*, p. 4.

encaminado a reparar aquellas circunstancias en que se produzca una detención arbitraria.

Así, el procedimiento de Habeas Corpus¹², viene regulado en nuestra Constitución española en su artículo 17.4 y tiene como finalidad producir la inmediata puesta disposición judicial a toda aquella persona que se considere detenida ilegalmente. El citado procedimiento se desarrolla en la Ley Orgánica 6/1984 del 24 de mayo¹³, marco normativo que imprime a la figura del Habeas Corpus una notable singularidad y estatus.

El profesor Gimeno Sendra afirma que el proceso Habeas Corpus es un procedimiento especial porque "el juez goza de amplias facultades en la estimación de la prueba, y de cognición limitada pues a través de él se busca solamente la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona ilegalmente detenida. Es también un proceso constitucional porque su objeto es una pretensión de amparo, fundada en las normas del derecho Constitucional y nacida con la violación de un derecho fundamental. Es similar a los procedimientos de amparo por su fin pero su dominio es más restringido puesto que sólo se refiere al derecho a la integridad física y a la libertad de los artículos 15 y 17 Constitución española"¹⁴.

Si aludimos al ámbito interno de la figura, podemos afirmar que el proceso Habeas Corpus protege dos derechos fundamentales, el primero a la libertad individual¹⁵ y el segundo al derecho de la integridad personal¹⁶. Por su parte Diego Diez afirma que "la institución de Habeas Corpus tiene como objetivo reponer al detenido al mismo estado en que se encontraba antes de la detención, por lo tanto, tiene un carácter sumario y potencialmente eventual, en tanto se autoriza, desde que aparece posible una violación eventual a estos derechos, para evitar que dicha violación se vuelva irreparable"¹⁷.

Y dentro de este ámbito de actuación que permite el procedimiento Habeas Corpus, es destacable lo que Blanco Peñalver afirma "en la práctica, este procedimiento debe iniciarse por el detenido, mediante una solicitud dirigida al Juez de Instrucción del lugar donde se encuentra detenido, o si no constara el lugar, en aquel, en el que se parece producido la detención y en defecto de ambos al del lugar donde se haya tenido las últimas noticias sobre el paradero del detenido"¹⁸. Un

¹² Aparece en el derecho histórico español como el denominado "recurso de manifestación de personas" del Reino de Aragón en el Fuero de Aragón de 1428 y en las referencias que sobre presuntos supuestos de detenciones ilegales se contienen en el fuero de Vizcaya de 1527 y posteriormente la legislación Inglesa de 1640. La figura jurídica del Habeas Corpus se concibió en un principio para aquellos supuestos como una forma de evitar agravios comparativos e injusticias que se pudieran cometer por los señores feudales contra sus súbditos o las personas pertenecientes a las clases sociales inferiores.

¹³ Ley Orgánica 6/1984 de 24 de mayo, artículo 1 considera personas detenidas ilegalmente: "Las que fueren detenidas por una autoridad, agente de la misma, funcionario público o particular, sin que concurren los supuestos legales, o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y requisitos exigidos en la ley. Las que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar. Las que lo estuvieran por plazo superior al señalado en las Leyes, si transcurrido el mismo no fuesen puestas libertad o entregadas al Juez más próximo al lugar de la detención. Y los privados de libertad a quienes no le sean respetados los derechos que la constitución y las leyes procesales garantizan a toda persona detenida".

¹⁴ GIMENO SENDRA, V.; El proceso de "Habeas Corpus", en *Estudio minucioso y completo de la actual Ley Español de Habeas Corpus*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 58.

¹⁵ Relativa a su libertad de movimiento y, por tanto, a no ser objeto de detenciones arbitrarias.

¹⁶ A no ser objeto de daños en su persona, como lesiones, tortura o muerte.

¹⁷ DIEGO DIEZ, L.A.; *Habeas Corpus frente a detenciones ilegales*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 54 y ss.

¹⁸ BLANCO PEÑALVER, A.; "La naturaleza cautelar del Habeas Corpus", en *Estudios del Ministerio Fiscal*, Cursos de formación, no 1, Madrid, 1994, p. 321.

sistema de aplicación de la figura que se ha decantado por la informalidad y la nula solemnidad en su aplicación, permitiendo que el propio detenido exacerbe ese derecho en cualquier forma y plazo. No así para quien recibe ese llamamiento de Habeas Corpus, pues una vez promovida la solicitud de Habeas Corpus, comenzará un plazo mínimo en que el juez competente examinará si se cumplen los requisitos necesarios para que se haya practicado la detención o no.

El reconocimiento del procedimiento de garantía de la libertad que significa el Habeas Corpus se ve influenciado y se completa con las resoluciones judiciales, pues una vez haya sido admitida a trámite la solicitud del Habeas Corpus, el juez debe instruir y decidir formulando las precisiones oportunas al respecto, lo que ha venido generando una consolidada doctrina en nuestros tribunales de justicia¹⁹.

Así, ante el riesgo que supone que en la figura de la detención se constata la virtual quiebra del derecho a la libertad ambulatoria o que el individuo perciba un menoscabo en la dignidad y tutela de su derecho, el Habeas Corpus se configura en ese manto protector del más vulnerable en procesos penales donde la detención opera anticipándose a la causa legal de la misma.

Es en este punto anticipado del proceso penal, donde las garantías constitucionales pueden frustrarse y llegar a ser vulnerados derechos reconocidos, convirtiendo una detención penal en una trasgresión real y extrema de los derechos fundamentales.

Aunque, si bien es cierto que la libertad restringida en la detención, viene amparada por el Estado como garantía del bienestar social, no es menos cierto, que el Estado debe en todo caso, proporcionar las medidas de salvaguarda y tutela, instaurando un sistema de límites y condiciones básicas, para que no se produzca una extralimitación que finalmente anule, limite o menoscabe un derecho fundamental.

El principio de Habeas Corpus, se presenta así, como un instrumento de defensa de los derechos fundamentales. Y es en este punto, donde resulta necesario destacar como la figura del Habeas Corpus adquiere su relevancia y primacía en la defensa de los derechos constitucionales del detenido, pues ocupa una posición principal en sede de tutela de los derechos y libertades en el propio ámbito de la protección judicial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BLANCO PEÑALVER, A.; "La naturaleza cautelar del Habeas Corpus", en *Estudios del Ministerio Fiscal*, Cursos de formación, no 1, Madrid, 1994.
- DIEGO DIEZ, L.A.; *Habeas Corpus frente a detenciones ilegales*, Bosch, Barcelona, 2011.
- FUERTES-PLANAS ALEIX, C.; "El Habeas Corpus", en *Revista Universidad Complutense Madrid*, número IV, Madrid, 2007.
- GIMENO SENDRA, V.; El proceso de "Habeas Corpus", en *Estudio minucioso y completo de la actual Ley Español de Habeas Corpus*, Tecnos, Madrid, 1985.
- LOEWENSTAIN, K.; *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1979, p. 149.
- MOLINA, L. H.; *El recurso de Amparo*, Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana, 2006.
- PATIÑO GONZÁLEZ, M. C.; *Naturaleza Jurídica del Habeas Corpus*, Doctrina y Ley, Bogotá, 2005.

¹⁹ MOLINA, L. H.; *El recurso de Amparo*, Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana, 2006, p. 210.

Vicente Santana Rivero

- PÉREZ LUÑO, A.; "Delimitación conceptual de los derechos humanos", en AA.VV., CASCAJO y otros; *Los derechos humanos*, Sevilla, 1979.
- RICHARD GONZALEZ, M.; RIFA SOLER, J.M. y VALLS GOMBAU, J.F.; *Proceso Penal Práctico*, Gobierno de Navarra, Navarra, 2006.
- SANTANA RAMOS, M.E. "La garantía de los derechos en la población infantil", *Revista Quaestio Iuris*, Volumen 9, número 4, Río de Janeiro, 2016.

Considerações sobre as políticas públicas e os três poderes do Estado brasileiro

Adriana Ferreira Serafim de Oliveira¹

UNESP-RC

Introdução

Esta comunicação é parte da pesquisa de doutoramento junto à UNESP de Rio Claro, Estado de São Paulo, Brasil, sobre políticas públicas de enfrentamento à violência doméstica e o entrelaçamento entre mulher, criança e escola, a qual se estendeu à Universidade Complutense de Madrid nas Faculdades de Direito, Sociologia e Ciências Políticas após a pesquisadora ser contemplada com uma bolsa de 04 meses de duração da agência CAPES-MEC para as investigações na Espanha.

A metodologia da qual nos valem visa apresentar uma explicação de um acontecimento, neste caso sobre as políticas públicas e a harmonia entre os poderes do Estado brasileiro, utilizando como premissas da dedução a teoria produzida em relação ao assunto em investigação, juntamente com afirmações individuais dos estudos perpetrados pela pesquisadora. Portanto, este método hipotético - dedutivo consiste em oferecer explicações causais dedutivas e em testá-las através de previsões, com base numa relação lógica entre proposições, resulta na produção do conhecimento.

Segundo Nevado (2008), a partir de afirmações universais (leis ou hipóteses) e afirmações individuais que descrevem condições iniciais, deduzimos uma afirmação ou previsão individual específica. As condições iniciais são as denominadas causas de um acontecimento, e a previsão o denominado efeito. Dependendo do nosso problema, o modelo hipotético - dedutivo poderá ser utilizado para explicar ou para prever. (NEVADO, 2008, P. 20-22).

Quanto a esta investigação científica, tendo em vista a integração do conhecimento da ciência jurídica nos países ibero-americanos, objetivando o fortalecimento das reflexões acadêmicas em relação à crise das instituições políticas e o repensar o Direito como ciência a serviço do ser humano, apresentamos este tema relacionado às políticas públicas e o relacionamento dos poderes do Estado para sua efetivação e satisfação dos sujeitos a quem são dirigidas, como um dos novos desafios jurídicos do século XXI.

Na atualidade muito se fala sobre políticas públicas, entretanto, sem entender ao certo o que significam dentro de um governo e para o povo, seu destinatário. Neste caso política não se trata de política partidária, mas em sentido amplo. Na teoria as duas noções são separadas, mas na prática possuem intersecções com

¹ Professora. Advogada. Estágio doutoral nas Faculdades de Direito, Ciências Políticas e Sociologia – Universidade Complutense de Madrid. Bolsista CAPES (10/2017 – 01/2018). Doutorado em Educação em curso – UNESP-RC. Mestre em Direitos Fundamentais - UNIMEP. Pós-graduada em Políticas e Relações Internacionais FESP-SP. Bacharel em Direito ITE-Bauru.

relação ao governo efetuar os serviços públicos necessários à circunscrição que é responsável, ou seja, nas esferas municipal, estadual e federal.

Desse modo tecemos considerações a respeito das intervenções sofridas no campo das políticas públicas de acordo com a manifestação dos poderes do Estado brasileiro e apresentamos parte do estudo sobre as políticas públicas de enfrentamento à violência contra a mulher no Brasil.

Considerações sobre políticas públicas

Para Bucci (2002) são programas de ação governamental, os quais visam coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, com a finalidade de realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. A mesma autora considera que a concepção das políticas públicas em Direito consiste em aceitar uma maior interpenetração entre a esfera jurídica e a política, comunicando os dois subsistemas na estrutura burocrática dos poderes e das instituições da Administração Pública. (BUCCI, 2002, p. 241-242)

A mesma autora assevera que há dificuldades em se trabalhar com a noção de políticas públicas em Direito, tendo em vista a relação entre este e o modelo de Estado, pois podemos concebê-las como criação do Estado de bem-estar, onde teremos o intervencionismo estatal ou as considerar no Estado contemporâneo, como implementador dessas políticas. Nas décadas de 50 e 60, as políticas públicas eram caracterizadas pelo planejamento estatal e a presença do direito público, sendo que seu esquema conceitual permanece válido para explicar e orientar o processo político-social, numa época em que se pretende pautar pela coordenação das ações privadas e públicas sob a orientação do Estado. (Idem, p. 245)

Outras definições de políticas públicas, pode-se recorrer a Santos (2005), o qual considera que as políticas públicas constituem um dos principais resultados da ação do Estado, entretanto, acredita ser previsível que a globalização e as necessidades mutantes da sociedade civil representem desafios às tarefas estatais relacionadas à formulação e implementação de políticas. (SANTOS, 2005, p. 5)

O mesmo autor tece críticas às parcerias público-privadas que o Estado estabelece para garantir as prestações de políticas públicas, pois tais serviços públicos passar às mãos do mercado, aos donos do capital. Assim como o caminho não está desimpedido para que os proprietários de capital definam os conteúdos das políticas, tampouco o Estado está em condições de implementar as que mais lhe convêm, portanto, sempre haverá o risco desses interesses sociais serem transformados em cliente do orçamento público através das políticas governamentais, ao invés de contarmos com o privado como um prestador de serviços públicos. (Idem, p. 6-7)

No entendimento de Souza (2016), o Executivo Federal sempre gerou capacidade para dar conta das prioridades dos diferentes regimes políticos, das demandas das distintas coalizões de governo e para implementar suas políticas preferenciais. O sistema burocrático buscou a modernização do Estado brasileiro desde o governo de Vargas e a partir de meados da década de 1990, a profissionalização e a qualificação da burocracia passaram a ser recrutada em maioria por meio de concursos públicos. (SOUZA, 2016, p.29)

A mesma autora considera que o Brasil continua perseguindo uma modernização quanto às relações, Estado-Estado e Estado-sociedade, ao tempo em que incorporou instrumentos mais refinados de controle típicos das democracias avançadas, como a prestação de contas dos governantes e quanto à burocracia, como

novas políticas públicas visando à universalização da saúde, da educação fundamental e expansão dos programas de combate à pobreza. (Idem, p. 33-34)

Políticas públicas conforme os estudos dos autores visitados são as ações visíveis praticas pelas instituições do governo, direcionadas ao povo, aplicadas em áreas diversas de acordo com necessidades distintas em uma estrutura administrativa burocrática e hierárquica que pode privilegiar a parceria público-privada em algum momento de sua não gerência sobre o serviço que deva ser prestado, problema para o qual a administração pública busca técnicas de modernização.

Políticas públicas de enfrentamento à violência de gênero e doméstica

Para entendermos as políticas públicas de enfrentamento à violência doméstica disponíveis no Brasil é necessário clarificar as concepções de gênero, violência de gênero e doméstica.

Inicialmente, tratamos das diferenças entre homens e mulheres, as quais são postas socialmente como inerentes à natureza, entretanto, esta posição trata-se de uma construção social ao longo do tempo, onde escolhas orientadas acentuaram diferenças e sombreamos semelhanças, estruturando os pensamentos e percepções dos indivíduos em conformidade com as relações de dominação, transformando atos de conhecimento do ser humanos em si, em atos de reconhecimento e submissão de uns aos outros.

A qualificação e a análise da violência contra a mulher ocorreram à medida que movimentos sociais, como os movimentos feministas, colocaram as concepções acerca dos sexos fora do âmbito biológico e as inscreveu na história, desconstruindo a ideia de que a violência contra a mulher está ligada à masculinidade, à feminilidade e à relação entre homens e mulheres em nossa cultura. (BANDEIRA, 2014, p. 459)

Esse tipo de violência não se refere a atitudes e pensamentos de aniquilação do outro considerado como igual ou nas mesmas condições de existência e valor que o seu perpetrador, mas sim motivadas pelas expressões de desigualdades baseadas na condição de sexo, a qual começa no universo familiar, onde as relações de gênero se constituem no protótipo de relações hierárquicas. (Idem, p. 450)

Acosta et al encontram no modo de ser social a justificativa para como devem ser os indivíduos dentro de seu gênero. As autoras referem-se que toda existência social e pessoal do ser humano é pautada pelo gênero, por exemplo, o "dever ser" social que indica o que significa comportar-se como mulher e homem; o gênero como princípio organizados da subjetividade porque através do processo de socialização do gênero interiorizam-se valores, crenças, ideias e sentimentos esperados para as mulheres e os homens. (ACOSTA et al, 2016, p. 1-4)

A pressão social de como devem ser os gêneros choca-se ainda com o poder simbólico, o qual é um poder invisível, que só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que estão sujeitos a esse poder ou mesmo daqueles que o exercem. Bourdieu (1989) discorre sobre situações em que esse poder é ignorado, entretanto, reconhecido pelos agentes envolvidos. Nas palavras do autor:

no entanto, num estado do campo em que se vê o poder por toda a parte, como em outros tempos não se queria reconhecê-lo nas situações em que ele entrava pelos olhos dentro, não é inútil lembrar que – sem nunca fazer dele, numa outra maneira de o dissolver, um espécie de círculo cujo o centro está em toda a parte e em parte alguma – é necessário

saber descobri-lo onde ele se deixa ver menos, onde ele é mais completamente ignorado, portanto, reconhecido: o poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem. (BOURDIEU, 1989, p. 7-8)

Há discussões e críticas entre os autores de que a denominação de violência doméstica, a que ocorre no âmbito familiar não é correta para nomear a violência de gênero, a que ocorre em virtude do indivíduo, neste caso ser mulher, ou seja, em razão de ser do gênero feminino, é agredida. Para violência doméstica os autores consideram todo conflito ocorrido entre os membros do mesmo núcleo, não necessariamente mulher.

Com o estabelecimento das concepções de gênero, violência de gênero e familiar, em relação às políticas públicas de enfrentamento à violência doméstica, estas surgiram após as décadas de 50 e 60, tendo em vista as reivindicações das mulheres e dos movimentos feministas, encontrando no Brasil um Estado democrático, enfrentando crises pós-ditadura, inflações, momentos que nortearam um Estado propício a pautar-se pela coordenação de ações público-privadas.

A partir da visibilidade social do fenômeno da violência doméstica, houve a demanda quanto o que fazer para o combate e prevenção desse mal que não é restrito à vida privada, mas reflete na vida pública, à medida que as vítimas se valem da saúde pública, das instituições públicas de segurança, entre outras.

Conforme as considerações de Blay (2003), para enfrentar e modificar a cultura machista e de subordinação de gênero são necessárias políticas públicas transversais e ações conjuntas que atuem modificando a discriminação e a incompreensão de que os direitos das mulheres são direitos humanos, estabelecendo uma articulação entre os programas dos Ministérios e das Secretarias que possam se envolver com as políticas de enfrentamento à violência contra a mulher.

No Brasil contamos como políticas públicas para o enfrentamento da violência contra as mulheres, com os serviços especializados das Delegacias de Polícia, os Centros de Referência e as Casas de Acolhida, além de um Disque 180 que atende 24 horas por dia, todos os dias da semana, todavia os serviços não são satisfatórios na maior parte dos atendimentos, tanto pela falta de vagas nos acolhimentos, demora no atendimento das delegacias e centros de referência.

O Estado brasileiro têm em sua estrutura governamental, três poderes independentes, os quais devem exercer suas forças em harmonia, cabendo a cada poder uma parcela da governabilidade, os quais se manifestam nas esferas federal, estadual e municipal, por meio de seus órgãos e representantes eleitos, concursados ou empossados em cargos de confiança, os quais dentro das áreas específicas de políticas públicas, serão os responsáveis pela elaboração da legislação a respeito e implementação das políticas públicas e em que circunscrição devem ser aplicadas e por qual esfera desse poder.

Para esclarecer a diferença e responsabilidade entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, nos valem das disposições constitucionais brasileiras.

O Poder Legislativo

No Título IV da Constituição Federal vigente, no subtítulo - Da organização dos poderes, capítulo I - Do Poder Legislativo, seção I - Do Congresso Nacional está disposto:

art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Parágrafo único. Cada legislatura terá a duração de quatro anos. Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal. [...]. Art. 46. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário. [...] V- sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar. [...] X- fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta; XI - zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes; [...] (BRASIL, 1988).

O Poder Legislativo também está visível na esfera estadual, na Assembleia Legislativa, onde Deputados Estaduais contam com mandato de quatro anos após eleitos pelo povo e na esfera municipal, na Câmara dos Vereadores, onde Vereadores contam com mandato também de quatro anos após eleição popular. Ressaltamos que a palavra "eleitos" refere-se aos servidores públicos votados e ganhadores do mandato de 04 anos, não concursados, entretanto, possuem o direito de promoverem cargos de confiança entre os seus assessores.

Ademais na citação do artigo 44 e seguintes da Constituição Federal diz respeito quando pensamos em políticas públicas que o Poder Legislativo é o responsável primeiro para legislar quanto essas políticas, fiscalizando e freando os demais poderes quando estão a exorbitar de suas competências e ou o Poder Judiciário é chamado a sentenciar sobre problemas da área de políticas públicas.

Conforme o entendimento de Assis (2017) trata-se de um mito o protagonismo do juiz quando as políticas públicas estão relacionadas com o Poder Judiciário e pode-se definir o jurista como o comunicador da norma e o seu papel nas relações entre o Poder Judiciário e as políticas públicas. Os juristas, cada qual representando as suas partes, responsáveis por peticionar ao judiciário, por meio das petições de diversas naturezas, os fatos com seus fundamentos jurídicos e legais e consequentes pedidos, entretanto, a judicialização de uma política configura-se na substituição do poder de decisão dos Poderes Legislativo e Executivo pelo Judiciário. (ASSIS, 2017, p. 244-252)

O Poder Executivo

Quanto ao Poder Executivo, dispôs-se no mesmo Título, mas capítulo II - Do Poder Executivo, da Constituição Federal:

art. 76. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado. [...] Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (EC no 23/99 e EC no 32/2001). [...] IV– sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; V–vetar projetos de lei, total ou parcialmente; [...] VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; [...] XXVI – editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62; [...]. (BRASIL, 1988)

O Poder Executivo na esfera estadual é exercido pelo Governador e na esfera municipal pelo Prefeito, ambos com suas respectivas secretarias para auxiliá-los em seus governos, assim como o Presidente da República conta com o auxílio dos Ministros de Estado. O Presidente da República, o Governador e o Prefeito também são eleitos por voto popular após campanha eleitoral. As políticas públicas são implantadas e gerenciadas nos âmbitos federal, estadual e municipal pelos ministérios e secretarias de acordo com a matéria em questão.

Quanto às políticas públicas de enfrentamento à violência doméstica, em âmbito federal, a Secretaria Especial de Políticas Públicas para as Mulheres, a qual está ligada ao Ministério da Justiça e Cidadania, é o órgão responsável. No Estado de São Paulo foi criada a Secretaria de Estado da Justiça e da Defesa da Cidadania e a Coordenação de Políticas para a Mulher de acordo com o Decreto nº 58.428, de 08 de outubro de 2012. Com relação aos municípios, nesta década estão sendo criadas as secretarias para cuidar dos direitos das mulheres e os planos municipais de políticas públicas para as mulheres estão sendo discutidos e elaborados. Portanto, o Poder Executivo é o responsável pela implantação e gestão das políticas públicas, mesmo que a legislação advinha do Poder Legislativo ou a sentença do Poder Judiciário. (BRASIL, 2011; SÃO PAULO, 2012)

Ressaltamos no artigo 76 e seguintes da Constituição Federal quanto às atribuições do Presidente da República, que o mesmo tem o condão de interferir na legislação e mesmo propor normas através de medidas provisórias, o que pode impactar na formulação e implementação das políticas públicas.

O Poder Judiciário

Quanto ao Poder Judiciário, a Constituição Federal dispõe no mesmo Título, Capítulo III, que:

art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: (EC no 45/2004). I – o Supremo Tribunal Federal; I-A – o Conselho Nacional de Justiça; II – o Superior Tribunal de Justiça; III – os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV–os Tribunais e Juízes do Trabalho; V–os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI – os Tribunais e Juízes Militares; VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. [...]. Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (EC n. 19/98, EC no 20/98 e EC n. 45/2004). I – ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; [...]. (BRASIL, 1988).

No âmbito dos Estados da Federação, o Poder Judiciário é formado pelos Tribunais de Justiça quanto aos juízos estaduais e Tribunais Regionais Federais quanto aos juízos federais, órgãos apropriados para os recursos das decisões de

primeira instância na justiça estadual e federal, respectivamente, entretanto, a municipalidade não tem órgão do Poder Judiciário, mas os municípios contam com os Fóruns das Comarcas com suas respectivas varas e juízos, como também os juízos federais.

O Poder Judiciário, com referência ao enfrentamento da violência doméstica, desde 2007, tem o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) à frente das decisões, e para tanto com a edição da Recomendação CNJ n. 9/2007 foram criados juizados e varas especializadas no combate à violência doméstica contra a mulher.

A Resolução CNJ n. 128/2011 foi reeditada para a criação de Coordenadorias da Mulher voltadas para o combate e prevenção à violência contra a mulher, no âmbito dos tribunais estaduais, os quais adotaram as providências para a VII Semana Nacional de Justiça pela "Paz em Casa", idealizado pelos presidentes do CNJ e STF, oportunidade em que é discutida a prioridade das audiências e consequentes julgamentos de processos relativos à violência doméstica contra a mulher. (BRASIL, 2017)

No mesmo sentido, a Portaria n. 15/2017 do CNJ instituiu a política judiciária nacional de enfrentamento à violência contra a mulher, definindo diretrizes e ações de prevenção e combate à violência contra as mulheres, garantindo a adequada solução de conflitos, fomentando a criação e a estruturação de unidades judiciárias nas capitais e no interior, especializadas no recebimento e no processamento de causas cíveis e criminais. (Idem)

E mais recente, o Poder Judiciário tem atuado também de acordo com reuniões entre o STF, CNJ e os coordenadores estaduais com referência à mulher em situação de violência doméstica e em 26 de maio de 2017, a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha sugeriu a inclusão das práticas da Justiça Restaurativa no combate à violência doméstica contra a mulher, práticas que visam o auxílio na solução de conflitos que tem como foco a escuta das vítimas e dos ofensores, com a finalidade de restabelecer o respeito entre as relações familiares, mas não restaurar a relação, pois os casos de violência doméstica têm aumentado ao longo dos anos. (BRASIL, 2017, p. 1)

Os três poderes que deveriam se pautar pela harmonia entre si, acabam por colidirem quanto à implantação das políticas públicas, pois os indivíduos destinatários desses serviços públicos enxergam como último recurso reclamarem na esfera judiciária individualmente as políticas públicas das quais necessitam. Essa problemática poderia estar resolvida pelo poder legislativo de um município e de maneira coletiva, contemplando todos os que necessitam deste serviço, entretanto, acaba sendo solucionada de maneira pontual.

Considerações finais

Os Estados ibero-americanos estão interligados historicamente pelas colonizações, imigrações e cultura. O Direito é uma expressão da cultura dos povos mediante àquilo que cada sociedade valora como regra para conviverem em um determinado território. O debate acadêmico sobre os novos desafios jurídicos neste início do século XXI propicia um panorama sobre o que está funcionando ou não no arcabouço de legislações entre os países desse recorte do mundo ocidental e em seus ordenamentos domésticos.

Provocar reflexões no campo das políticas públicas quanto às obrigações de fazer e não fazer de um governo é revelar em que Estado queremos viver e se este é passível de existir e ou temos que pleitear a promoção de adequações, cujo rearranjo, na atualidade, ocorre nas políticas públicas brasileiras quanto ao

enfrentamento do fenômeno conhecido como violência e seus tipos, violência de gênero e conseqüentemente, doméstica.

As ações do Estado brasileiro quanto à elaboração e implementação das políticas públicas aos sujeitos interessados está alicerçada na burocracia e hierarquia que a modernidade pressiona para descentralizar, o que implica na delegação de competências que irá refletir na parceria público-privado, entretanto, essa aparente solução recebe críticas por poder proporcionar a transformação de prestadores de serviço público em clientes do orçamento público.

As políticas públicas de enfrentamento à violência contra a mulher estão elaboradas e em funcionamento, como os atendimentos junto às polícias, centros de referência e vagas para alojamento nas casas de acolhimento, o que não garante a satisfação das necessidades do sujeito quanto à política pública oferecida, sujeita às críticas e indignações por parte das usuárias, o que provoca o fracasso de algumas políticas porque não consideram inicialmente quem irá valer-se dessas políticas, as quais não são revisadas e nem pensadas a partir dos usuários, e, sim, concebidas de acordo com a razão da gestão pública e lógica de mercado.

Para o êxito desse processo de edificação da autonomia do ser humano, os cidadãos podem ser ouvidos na elaboração da política pública, a qual deve ser revisada periodicamente após uma coleta de dados, os quais deverão ser submetidos a uma avaliação para obtermos conclusões que deverão ser consideradas objetivando readequação e aperfeiçoamento do processo de aplicação da política em questão.

Dessa maneira, podemos inferir que judicializar uma problemática visando à sentença da obrigação de fazer ou não fazer do Estado quanto a uma política pública, apesar de ser uma opção para quem busca a implantação de um serviço referente ao cabedal da política pública, não é o único caminho e nem o mais eficiente, pois provável que obtenha o deferimento da petição quanto à obrigação numa das esferas públicas, entretanto, a decisão não atenderá a coletividade, o que se pode obter através da provocação dos legisladores, os quais na verdade são eleitos pelo povo para trabalharem em prol da nação e do povo.

De todo modo, as políticas públicas de enfrentamento à violência doméstica estão em andamento em todas as esferas dos poderes do Estado, contudo há um *ânimus* no imaginário social de que tudo o que não se resolve em qualquer área, deve ser submetido ao Poder Judiciário que tem o condão de dizer o direito através da aplicação da lei, o que é certo, acaba por solucionar um caso, mas não toda a demanda.

Na conscientização do povo de que o poder democrático o reveste, os representantes seriam compelidos a propor e votar projetos de lei favoráveis à coletividade, assim como o Poder Executivo apoiar tais projetos e por exemplo, em âmbito federal, legislar pela exceção da medida provisória em favor do coletivo e não mais a comprovação de que os cidadãos recorrem ao que surtirá efeito mais rápido para defenderem suas demandas, o que provoca a falência do sentimento de coletividade.

Esta investigação é uma fatia do estudo sobre as políticas públicas, contudo, devemos observar que estas ações do Estado devem ser percebidas em todas as áreas que os direitos sociais abarcam, portanto, a educação, a saúde, a segurança, o emprego, entre outros, temas que se relacionam com as considerações e críticas desenvolvidas nesta investigação acadêmica.

Bibliografia

- COSTA, Ana; BELZUNEGUI, Ángel; PASTOR, Inma; PONTÓN, Paloma. Feminicídio y violencia de género en España. **XII Congreso Español de Sociología**. Gijón, 2016. Disponível em: <<http://www.fes-sociologia.com/files/congress/12/papers/5017.pdf>>. Acesso em: 07.nov.2017.
- ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz. Contemplem! Eis o comunicador da norma. **Revista Quaestio Iuris**, v.10, n.1. Rio de Janeiro: UERJ, 2017. Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/quaestioiuris/article/view/23782/19475>. Acesso em: 04.jun.2017.
- BANDEIRA, Lourdes Maria. Violência de gênero: a construção de um campo teórico de investigação. **Revista Sociedade e Estado**, n. 2., v. 29. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v29n2/08.pdf>>. Acesso em 03.jul.2017.
- BLAY. Eva Alterman. Violência contra a mulher e políticas públicas. **Estudos Avançados** 17 (49), 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v17n49/18398>>. Acesso em 10.mai.2017
- BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Seção 1, p. 1.
- _____. Decreto nº 58.428 de 08 de outubro de 2012. Cria e organiza, na Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania, a Coordenação de Políticas para a Mulher do Estado de São Paulo e dá providências correlatas. São Paulo, 09 out. 2012. **Diário Oficial**, p. 1.
- _____. Judiciário prioriza julgamento de processos de violência contra a mulher. **Conselho Nacional de Justiça**, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84381-judiciario-prioriza-julgamento-de-processos-de-violencia-contr-a-mulher>>. Acesso em 03.jul.2017.
- NEVADO, Pedro Picaluga. Popper e a investigação: A metodologia hipotético-dedutiva. **Advance – Centro de Investigação Avançada do ISEG**. Lisboa: University of Lisbon School of Economics and Management, 2008. Disponível em: <www.repository.utl.pt/bitstream/10400.5/2564/1/adwp72008.pdf>. Acesso em 03.nov.2017.
- SANTOS, Hermílio. Políticas públicas, Estado e sociedade. **Civitas – Revista de Ciências Sociais**, v. 5, n. 1, jan-jun. Porto Alegre: PUC-RS, 2005.
- SOUZA, Celina. Modernização do Estado e construção de capacidade burocrática para a implementação de políticas federalizadas. **Revista de Administração Pública**, 51(1):27-45. Rio de Janeiro: FGV EBAPE, 2017.

A cláusula de integridade (*compliance*) nos contratos privados no Brasil e em Portugal

Luciana Pacífico de Araújo Sponquiado¹
Williams Pacífico Araújo dos Santos²
Universidade Federal de Alagoas

I. Introdução

Para uma inicialização ao tema, vale contextualizar a atualidade da corrupção nas realidades tanto de Portugal como do Brasil.

Através da Operação Marquês, iniciada em 2013, em Portugal, o ex-Primeiro Ministro José Sócrates foi preso em razão de investigações que lhe apontaram a prática de vários tipos de crimes, dentre eles o de corrupção passiva e recebimento indevido de vantagem, as quais estão relacionadas a negociatas com empresas privadas. A título de exemplo, relações escusas com o Grupo Lena, o qual desenvolve atividades e investimentos em diversas áreas de negócios, como construção, indústrias, cuja investigação aponta o montante de 2,9 milhões de euros que passaram pela conta do administrador do grupo, Joaquim Barroca, que também foi preso em 2015.

Em abril de 2016, o Consórcio Internacional de Jornalistas de Investigação divulgou mais de 11 (onze) milhões de documentos de uma sociedade de advogados - Mossack Fonseca - revalando a utilização de paraísos fiscais para ocultar rendimentos de pessoas e empresas de vários lugares do mundo, estando essas transferências financeiras interligadas a inúmeros casos de corrupção: o *Panamá Papers*.

No Brasil, investigação lavrada em 2014, decobriu várias práticas de corrupção envolvendo empresas e políticos reativos a contratos firmados pela Petrobrás, cujo desenrolar culminou em escândalos através de prisões de detentores de cargos públicos de alto nível, como o presidente da Câmara dos Deputados, cujo destaque se dá para as delações de empresários das maiores construtoras do país que confessaram, em juízo, terem pago milhões de reais para deputados, senadores, incluindo ex-presidente da República, dentre outros detentores de cargo político. A operação denominada Lava-Jato influenciou outras operações de investigação de vários crimes relacionados à corrupção cuja onda de moralização dessas relações

¹ Advogada e consultora jurídica em direito tributário e *compliance*. Mestranda em Ciências Jurídicas na Universidade Autónoma de Lisboa "Luís de Camões", Portugal. Pós-Graduada em Direito Tributário pela Escola de Pós-Graduação em Economia da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, Brasil. Pós-Graduada em Direito Processual pela Universidade Federal de Alagoas, Brasil.

² Advogado tributarista. Coordenador Jurídico da Universidade Estadual de Ciências da Saúde de Alagoas - UNCISAL, em Maceió, Alagoas, Brasil. Professor Titular do Centro Universitário CESMAC, Maceió, Alagoas, Brasil e em Pós-Graduações. Pós-Graduado em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, Brasil. Pós-Graduado em Direito Processual pela Universidade Federal de Alagoas - UFAL, Brasil.

espúrias – entre o público e o privado – tem levado até o atual presidente da República a se tornar investigado e posteriormente condenado em primeira instância judicial.

A necessidade de implementação de regras de *compliance* tem suas raízes na preocupação do direito com a corrupção – em sentido *lato* – através dos textos penais portugueses anteriores os quais já previam o delito de corrupção, nos Código Penais de Portugal, de 1852 e, também no de 1886, vindo a permanecer como crime no Código Penal de 1982, nas condutas de corrupção passiva para ato ilícito, corrupção passiva em causa criminal, corrupção passiva para o ato lícito e corrupção ativa.

Vale dizer que no índice de percepção de corrupção apurado pela Transparência Internacional, sobre o ano de 2016, indica que Portugal caiu da 28.^a para a 29.^a posição, dos 63 pontos de 2015 caindo para 62 pontos. E o Brasil ocupa a 79.^a posição tendo aumentado sua pontuação de 38 pontos, em 2015, para 40 em 2016, possivelmente em razão da evolução das investigações citadas que escancarou factos envolvendo valores exorbitantes.

O presente trabalho tem o objetivo de demonstrar que esse fenômeno da corrupção tem evoluído tanto a ponto de adentrar na esfera de interferência privada do contrato no sentido de fazer com que esse direcionamento para essas relações obscuras e ao arrepio das leis e da ética – no plano dos negócios – siga ampliando mais ainda a função dos contratos para os atuais temores da pós-modernidade.

Para tal mister, a abordagem parte de uma introdução sobre a autonomia e seus limites que vieram sendo construídos, bem assim, seguindo-se por um introito sobre o fenômeno da corrupção, sua introdução nos contratos internacionais e, como ponto relevante do estudo, a sua inserção no Direito português e brasileiro com algumas observações conclusivas buscando realçar a importância desse mecanismo como forma de combate à corrupção especialmente no setor privado. A pesquisa se dá através de coleta documental – legislação, dados de organismos internacionais, matérias jornalísticas - e bibliográfica, utilizando uma abordagem dedutiva e dialética.

1. Considerações sobre contratos

1.1. Sobre a autonomia

Sobre a autonomia, CATAUDELLA explica que embora etimologicamente signifique o poder de ditar normas para si mesmo, é mais apropriado falar num poder de regular os próprios interesses, pois que o ordenamento jurídico, ao deixar aos privados uma esfera de autonomia, não lhes atribuiu um poder de ditar normas, e SACCO esclarece que «*autonomía significa ejercicio de poder normativo; no significa regulación de relaciones propias. Auto - nomia significa «poder normativo propio»; no significa «poder normativo sobre la esfera propia»*³.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, que conclamou a consagração da propriedade privada como um antagonismo aos princípios absolutistas, permitiu a proliferação da liberdade individual na condução da circulação dos bens, o que foi denominado como autonomia individual ou autonomia da vontade, a qual, enquanto conquista nunca se mostrou de forma absoluta, tendo limitação negativa por parte do Estado, a partir da regra geral segundo a qual é lícito tudo o que não é proibido.

³³ Apud SAAVEDRA, José Leyva – *Autonomía privada y contrato*. In **Revista Oficial del Poder Judicial** [Em linha]. Año 4-5, Nº 6 y Nº 7/2010-2012, p. 267-290. [Consult. 9 Mar. 2017]. Disponível em <https://www.pj.gob.pe/.../12.+Doctrina+Nacional+-+José+Leyva> p. 270.

A cláusula de integridade (compliance) nos contratos privados no Brasil (...)

Com o aparecimento do Estado social, essa autonomia antes vista como individual com característica de vontade interior passa a se traduzir como a autonomia privada como corolário dos ditames da justiça social, desenhando uma nova ordem de limitações não mais apenas de caráter negativo.

Essa limitação de cunho negativo passa a se desenhar de modo positivo, através de sanções de inexistência, de invalidade ou de ineficácia, podendo o direito valer-se delas de acordo com o interesse do Estado, como bem lembra LÔBO que «o Estado social desenvolveu técnicas de limitação positiva que propiciam a regulação legal e a revisão judicial dos contratos», como limitações da liberdade de conclusão ou de escolha do outro contratante, limitações da liberdade da escolha do tipo contratual, limitações da liberdade de determinação do conteúdo do contrato - parcial ou totalmente, quando a lei define o que ele deve conter de forma cogente⁴.

A vontade individual passa a ser considerada face a interesses de terceiros, de determinados grupos ou da coletividade, perdendo seu caráter egoístico de outrora. FERNANDES, destacando como poder funcional, lembra da «finalidade social, que estreita a arbitrariedade de cada um e alarga o campo onde o exercício do direito é já abuso», «como se o direito tendesse a ser cada mais (poder) funcional e cada vez menos (direito) subjetivo»⁵.

A autonomia privada tem a sua manifestação mais expressiva nos contratos, em sede de liberdade contratual onde encontra a sua mais ampla dimensão, sendo distribuída por liberdade de celebração ou liberdade de modelação. A de celebração significa que ninguém pode ser compelido a contratar contra a sua vontade ou ser penalizado pela sua recusa ao passo que a de modelação «consiste na faculdade conferida aos contratantes de fixarem livremente o conteúdo dos contratos», estipulando, inclusive, «contratos de conteúdo diverso dos que a lei disciplina» tendo ambas algumas restrições como bem lembra MOTA PINTO⁶.

1.2. Os limites da autonomia e da liberdade de contratar.

A ordem jurídica faz esse recorte da autonomia em razão dos mais variados aspectos, sendo a liberdade contratual expressamente restrita aos limites legais como regra geral no Código Civil português. Determina-se a nulidade do negócio jurídico cujo objeto seja fisicamente impossível, bem assim se o fim dele for - para ambas as partes, - contrário à ordem pública ou ofensivo aos bons costumes, ainda, que prestações estipuladas entre as partes correspondam a interesse digno de proteção legal, além das várias hipóteses legais de restrição para casos específicos.

Tais restrições - gerais ou específicas - regidas no sentido de dar às relações privadas o alcance pretendido pelo ordenamento jurídico. Sobre a limitação à ordem econômica, recorda MOTA PINTO⁷ que se impõe «corrigir ou impedir os desenvolvimentos ilimitados da liberdade contratual, assegurando uma situação de real liberdade e igualdade entre os contraentes, bem como as exigências da justiça social» buscando uma consideração conjunta e permanente da personalidade do homem e da sua socialidade.

Importa lembrar a ascendência da liberdade contratual aos *status* constitucional. Ora, a constitucionalização da proteção da ordem econômica não é novidade, tendo a Constituição mexicana de 1917 passado a discipliná-la sob o manto do status constitucional, tendo a Constituição alemã, de Weimar, influenciado os

⁴ LÔBO, Paulo Luiz Neto - **Direito civil: contratos**. P. 61-62

⁵ FERNANDES, Luís A. CARVALHO - **Teoria geral do direito civil I**. P. 95-96

⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota - **Teoria Geral do Direito Civil**. P. 105; 107-113.

⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota - **Teoria Geral do Direito Civil**. P. 111.

demais sistemas. VITAL Moreira destaca que no mundo ocidental, em geral, a ordem econômica se encontra consubstanciada sob a forma econômica capitalista.

A autonomia, sob a vertente da liberdade contratual, vê-se condicionada a alguns princípios da ordem econômica previstos na Constituição portuguesa, como a democracia participativa com direcionamento para a proteção do desenvolvimento social, agrícola, ambiental, cultural, de consumo, dentre outros setores, numa nítida reafirmação do rompimento com o liberalismo e após ter superado a fase de conteúdo socialista. Essa liberdade de criar e exercer empreendimentos ou atividades econômicas denominada de livre-iniciativa, interligada à liberdade de comércio e de indústria, primado da revolução liberal burguesa, possuindo, portanto, um conteúdo mais amplo que a autonomia privada.

Essa liberdade de iniciativa privada, numa Constituição preocupada com a realização da justiça social não pode significar mais do que «liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo»⁸.

No que concerne à sua restrição sob a égide constitucional, o artigo 61.º garante que a «iniciativa econômica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral» e que «é reconhecido o direito de autogestão, nos termos da lei»⁹. Acerca do tema, lembra MOTA PINTO que a tutela constitucional da liberdade contratual decorre do reconhecimento da iniciativa privada e, ainda, que a regra da liberdade contratual é o instrumento jurídico necessário à actuação do princípio econômico da livre empresa, ao sistema da economia de mercado e ao exercício da propriedade privada.¹⁰

Com efeito, a maior interação das ciências jurídicas com outras ciências sociais como a economia, a sociologia, a história, contribuiu para essa funcionalidade da propriedade privada, da autonomia privada negocial, da livre iniciativa, da liberdade contratual, conduzindo à criação de orientações de diversos meios no sentido de atender a essa demanda além do interesse privado das partes.

No direito brasileiro, desde a Constituição de 1934 que se estabeleceu uma vinculação de que a ordem econômica atendesse ao interesse coletivo, vindo a atual Constituição evidenciar essa funcionalidade, ao designar que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados alguns princípios, dentre eles, o da propriedade privada e da função social propriedade.

Como corolário dessa função social das contratações privadas, o Código Civil brasileiro de 2002, veio enaltecer que «a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato» cujo teor ainda é reforçado pela regra no seu texto de que comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, exceder manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos costumes, criando um verdadeiro desenho dos limites da espera privada, inobstante as demais regulações e restrições específicas contidas nas demais normas.

A maioria dessas regulações são transmitidas para os ordenamentos jurídicos e integram a ordem interna dos países de modo a terem seu cumprimento exigido

⁸ SILVA, José Afonso da – **Curso de direito constitucional positivo**. P. 808.

⁹ **CONSTITUIÇÃO da República portuguesa de acordo com a revisão de 2005**. P. 56

¹⁰ PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria geral do direito civil**. P. 122.

sob pena das mais diversas sanções jurídicas, sendo outras seguidas, acatadas e implementadas mesmo sem o seu caráter de *hard law*, através de regras de *derecho blando*, caracterizando-se em compromissos assumidos junto a organismos internacionais e perante outras jurisdições.

Houve, por assim dizer, um impulso à inserção da eticidade nas relações comerciais, sem sentido amplo, uma vez que antes estaria ligada ao dever de lealdade entre as partes contratantes, passou a se referir ao coletivo e não mais exclusivamente aos contraentes.

Como pano de fundo, observa-se a crítica a essas intervenções inúmeras na relação contratual, chegando mesmo a se falar na morte do contrato, no dizer de Gilmore¹¹, destarte, o que se verifica é que houve – em verdade – o falecimento da concepção individualista do contrato, se transmudando para um dos gerenciadores dos objetivos perseguidos pela sociedade pluralizada e não mais individualizada.

Diante das novas preocupações – fala-se em nova ordem mundial, em sociedade de risco, bem assim no fracasso da repartição justa de recursos naturais e da riqueza em nível global, como esperar uma maior liberdade contratual, permitindo que nada seja feito para um redirecionamento dessa economia avassaladora? Parece que o contrato tem se transformado num condutor socioeconômico que precisa de rumo. Nem perdeu sua importância muito menos tende a desaparecer, ao revés, pode-se vislumbrá-lo como um instrumento repaginado cuja funcionalidade pode dar o tom que se pretende essa pós-modernidade, auxiliando no combate aos mais variados fenômenos da criminalidade, assim como o terrorismo, por exemplo, cujo financiamento se dá através de algum tipo de instituição, quer direta ou indiretamente.

2. Considerações sobre a corrupção

2.1. Um introito sobre o fenômeno e as relações privadas

O fenômeno da corrupção remonta à própria história das relações contratuais públicas e privadas sendo destaque mais recente, por exemplo, episódios emblemáticos, como o caso *Watergate*, nos Estados Unidos, que levou à renúncia do presidente do Estados Unidos, Richard Nixon, em 1974. Na mesma época, investigações concluíram que 400 (quatrocentas) companhias dos Estados Unidos admitiram ter pago cerca de 300 (trezentos) milhões de dólares americanos a oficiais de governos estrangeiros, políticos e partidos políticos.

A Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Resolução 3.514, em Dezembro de 1975, em que reafirma o direito de todo Estado de adotar disposições legislativas e efetuar investigações e implementar medidas jurídicas por práticas corruptas e, ainda, pede ao Conselho Económico e Social que ordene a Comissão de empresas Transnacionais a preocupação com a prevenção da corrupção.

Nos Estados Unidos foi editada o *Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA), em 1977, buscando punir atos corruptos ocorridos no exterior, pressionando a ONU, tendo esta aprovado, em 1996, a Declaração das Nações Unidas sobre a Corrupção e o Suborno nas Transações Internacionais (A/RES/51/191), disseminando a criminalização dos subornos a funcionários públicos estrangeiros, incluindo a cooperação das empresas privadas, face à responsabilidade social, a observarem normas éticas adequadas considerando a necessidade de desenvolvimento econômico, social e a proteção ao meio ambiente.

¹¹ LÔBO, Paulo Luiz Neto – **Direito civil: contratos**. P. 18.

Em 1997, a Convenção da OCDE sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais, firmada em Paris, além de prever a incriminação da conduta ainda orienta a que as pessoas coletivas sejam reponsabilizadas criminalmente ou através de sanções não criminais eficazes.

Em 1998, Conselho da União Europeia já acenava para a investidura na corrupção no setor privado, através da Ação Comum 98/742/JAI, reconhecendo que a corrupção falseia a concorrência leal comprometendo a abertura e a liberdade dos mercados.

A Convenção Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa, assinada em Estrasburgo, em Abril de 1999, aprovada pela Resolução da Assembleia da República 68/2001, considerando que a corrupção constitui uma ameaça para o Estado de direito, a democracia e os direitos do homem, mina os princípios de boa administração, de equidade e de justiça social, falseia a concorrência, entrava o desenvolvimento económico e faz perigar à estabilidade das instituições democráticas e os fundamentos morais da sociedade» e imprime o compromisso, dentre outros, de os Estados tomarem medidas contra a corrupção ativa e passiva no setor privado.

No tangente à ingerência nas relações privadas, no sentido de coibir o uso abusivo dessas negociações importa destacar o papel da Decisão-Quadro no.º 2003/568/JAI, do Conselho da Europa, de Julho de 2003, que tratou especificamente do combate à corrupção no setor privado, prevendo que os Estados-Membros instituíssem sanções efetivas incluindo multas, exclusão de benefícios de vantagens ou auxílios públicos, interdição temporária ou permanente de exercer a atividade comercial, colocação sob vigilância judiciária ou até mesmo a dissolução por via judicial dessas pessoas coletivas.

Em Outubro de 2003, a Convenção de Mérida, da Assembleia Geral das Nações Unidas, admitiu que a corrupção representa um fenómeno transnacional, previu a responsabilização penal, civil ou administrativamente das pessoas coletivas sem prejuízo da penalização da pessoa singular e, estipulou o uso de medidas preventivas e de políticas coordenadas e eficazes que promovessem a participação da sociedade. Com relação ao setor privado, a Convenção estipulou que fossem adotadas medidas como formulação de normas e procedimentos para salvaguardar a integridade das entidades, incluindo-se códigos de conduta para o correto, honorável e devido exercício das atividades comerciais e profissionais, a promoção de boas práticas comerciais «*entre las empresas y en las relaciones contractuales de las empresas con el Estado*», dentre outras providências, promovesse a transparência entre entidades privadas, como a identidade dessas pessoas coletivas singulares envolvidas na gestão das empresas, bem assim a criação de normas e regulamentos relativos a livros e registros financeiros, contábeis e de auditoria^{12/13}.

Vale destacar, dessarte, a edição da lei britânica de combate e prevenção às práticas corruptas, *UK Bribery Act*, de 2010, sendo considerada uma das legislações mais rígidas do mundo, tendo a característica de criminalizar também a corrupção realizada exclusivamente por particulares. Assim, tanto a *FCPA* americana quanto

¹² *Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003 - Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Naciones Unidas* [Em linha]. [Consult. 15 Maio 2017]. Disponível em https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf

¹³ RESOLUÇÃO da Assembleia da República n.º 47/2007 - **Gabinete de Documentação e Direito Comparado** [Em linha]. [Consult. 6 Dez. 2015] Disponível em <http://www.gddc.pt/siii/im.asp?id=1948>

A cláusula de integridade (compliance) nos contratos privados no Brasil (...)

a UKBA britânica representam um diferencial na prevenção contra atos de corrupção nas negociações internacionais.

No esteio das negociações internacionais, já em 2002, a Comissão das Nações Unidas para o direito mercantil internacional (CNUDMI) iniciou o exame do problema das práticas fraudulentas de caráter internacional constatando que geravam repercussões negativas importantes para o comércio mundial e para as instituições comerciais que operassem legalmente. Os trabalhos incluíam a criação de uma lista - não exaustiva - de indicadores de fraude comercial, como irregularidades nos documentos, uso indevido de termos técnicos, inconsistências na operação, falhas de controles preventivos que causam crise, transferência imediata, aspectos ou explicações irracionais ou ilógicas fraude com base em afinidades ou relacionamentos pessoais, dentre outros.

2.2. A cláusula de *compliance* nos contratos internacionais

Nos contratos internacionais, há muito, deixaram de se limitar às cláusulas exclusivamente intrínsecas às condições próprias dos negócios envolvidos. Há expansão da função desses contratos enveredou por várias outras demandas internacionais e além dos interesses das partes.

Objetivando o fim extraindividual do contrato, vê-se cláusula de obrigação de uma das partes manter em seu pessoal contratado pessoas portadoras de deficiência, pessoas idosas, compromisso de possuir quadro funcional com diversidade de raça, sexo, origem, oriundas de regiões menos favorecidas, ou cuja formação escolar tenha se dado em instituições públicas, compromisso de adquirir produtos de cooperativas locais, ou de microempresas, dentre outras.

A Câmara Internacional do Comercio (*International Chamber of Commerce*), instituição de influência junto às Nações Unidas, e a organismos como o G20 e o G8, criou em 2011 a Cláusula Anticorrupção ICC, com a finalidade de disponibilizar às partes um modelo padrão de disposição contratual relativa à exigência de integridade às demais partes, nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual. O uso da cláusula pode se dar de três formas: através da técnica de incorporação fazendo referência à aplicação da mesma que é a forma mais prática ou a incorporação do texto integral; por último, os contratantes podem mencionar a necessidade de instituição de um programa de *Compliance* Corporativo previsto pela instituição.

3. O enquadramento da cláusula anticorrupção em Portugal e no Brasil

3.1. A cláusula anticorrupção nos contratos no direito português

A Decisão Quadro n.º 2003/568/JAI, do Conselho Europeu foi transposta para o direito português, especialmente no que tange à criminalização das pessoas coletivas privadas por atos de corrupção, através da Lei n.º 20/2008, prevendo a corrupção passiva e ativa no setor privado e, com o destaque para as hipóteses descritas de atenuação e dispensa da pena: atenua-se a pena se houver auxílio concreto na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis ou houver contribuição decisiva para a descoberta da verdade e, a dispensa da pena se efetiva se voluntariamente, antes da prática do facto, houver repúdio ao oferecimento, restituição da vantagem ou solicitação da restituição da vantagem dada.

Inobstante essas disposições da Lei 20/2008, o próprio Código Penal Português, ao definir a exclusão da responsabilidade penal das pessoas coletivas «quando o

agente tiver atuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito» a qual se aplica a casos de crime de corrupção, também indica que as medidas internas preventivas das empresas, especialmente a existência de um Código de conduta, expresso e bem divulgado, com a pormenorização clara da política de práticas não aceitas pela organização, possuem o condão de evitar a punição, da empresa, de casos de corrupção.

3.2. A cláusula anticorrupção nos contratos no direito brasileiro

Em Novembro de 2000, o Brasil promulgou a Convenção da OCDE, sobre o Combate da Corrupção de 1997 e em 2007 foi divulgado relatório da OCDE cobrando que fosse alterada a legislação brasileira anticorrupção com a garantia de aplicação de sanções efetivas, reforçando a luta contra corrupção tanto no setor público quanto no setor privado.

Em 2013, foi promulgada a Lei no. 12.846, a qual tornou puníveis diversas condutas ligadas à corrupção, inclusive algumas já tipificadas como crimes, com o foco nos atos praticados contra a administração pública nacional e estrangeira. O ponto forte da norma foi a extensão da punibilidade à pessoa coletiva, sem prejuízo da punição da pessoa singular responsável e a responsabilidade objetiva por tais atos ali descritos.

As penalidades previstas são aplicadas, isoladas ou cumulativamente, desde o pagamento de multa equivalente até a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto – não sendo possível a apuração, até o valor de 60 (sessenta) milhões de reais) –, como perdimento de bens ou valores, suspensão ou interdição parcial das atividades, a proibição de receber benefícios ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas ou controladas pelo poder público por até o mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos, ou a dissolução compulsória; tudo sem prejuízo da reparação dos danos causados.

Destaque a essa análise, incentivou a instituição, pelas empresas, de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, estipulando que, no caso de aplicação de sanções, a comprovação de a empresa ter implementado tal prática servirá de parâmetro para a aplicação das mesmas.

Apesar de focar nas lesões ocorridas contra as administrações públicas, a relevância de tal medida termina por se dirigir a todas as relações privadas haja vista que inexistente a possibilidade de uma empresa ser instituída e desenvolver suas atividades sem que tenham em momento algum qualquer relação com órgãos e instituições públicas. Desde a autorização para instalação, criação, funcionamento até mesmo a obtenção de serviços de fornecimento de água, energia, ou cumprimento de obrigações fiscais.

Com esse efeito de influenciar a aplicação das penalidades, especialmente com o fito de minimizá-las, as empresas no Brasil vêm desenvolvendo o maior dos interesses em estabelecer essas diretrizes internas visando a uma maior concentração e fiscalização das suas atividades, através de todos os seus departamentos e mediante os atos de cada um de seus colaboradores.

Para incrementar esses mecanismos de autofiscalização, foi editado o Decreto no. 8.420, de 2015, o qual estipula que a apresentação de defesa com informações e documentos referentes à existência e ao funcionamento de programa de integridade este será examinado para a dosimetria das sanções a serem aplicadas cujas multas, que variam de 1% (um por cento) a 5% (cinco por cento) sobre o

A cláusula de integridade (compliance) nos contratos privados no Brasil (...)

faturamento bruto, sofrerão a redução de 1% (um por cento) no caso de atendidos aos requisitos relativos ao Programa de Integridade disposto no referido instrumento.

O programa de integridade tem o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira, sendo considerados fatores como: comprometimento da alta direção; criação de Código de Conduta e de Ética com política de procedimentos aplicáveis a todos (empregados, administradores) inclusive terceiros como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; treinamentos periódico de pessoal; análise periódica para adaptação contínua do programa por autoridade interna independente; controles internos confiáveis e submetidos a auditoria; transparência; canal de denúncia aberto a funcionários e terceiros; medidas disciplinares; interrupção de irregularidades detetadas e tempestiva reparação.

Desse modo, além de criarem seus próprios sistemas de integridade internos, as empresas começaram a exigir que as outras com as quais firmam negócios declarem que possuem um sistema de integridade operante e ativo, razão pela qual passaram a constar em todas as suas contratações a cláusula de integridade.

A título também comparativo, durante a feitura do presente trabalho, foi publicada, na Espanha, a norma **UNE 1960**, editada pela *Asociación Española de Normalización*, que estabelece diretrizes e requisitos mínimos para adotar, implementar, manter e melhorar políticas, processos e sistemas de *compliance* penal que permitam reduzir e mitigar o risco de ocorrência de ilícitos nas organizações privadas, favorecendo uma cultura ética e de cumprimento das normas.

II. Conclusões

Maior controle, pelos Estados, através das regulamentações, tanto no setor público quanto no privado - notoriamente - reduziria as chances de práticas corruptas. Mas o ponto aqui é esse investimento na ética nas próprias relações contratuais privadas porque representam uma cadeia sistêmica: se não há beneficiado, não haverá quem o beneficie, não havendo corruptor não haveria o corrupto.

Caso escandaloso na operação Lava Jato, no Brasil, por exemplo, em que há denúncias de que operações entre empresas privadas entre si serviram para acobertar pagamentos a políticos. Veja-se a sofisticação do esquema ora delatado pela maior empreiteira do país, Odebrecht: além dos superfaturamentos das obras contratadas pelo Poder Público, ou financiadas por ele, cujos valores excedentes seriam repassados em conta no exterior a políticos, outro método de pagamento de propina envolveria uma relação direta com outras empresas privadas, como no caso uma cervejaria do grupo econômico Petrópolis.

No caso, esta empresa utilizava sua cota de doação legal para partidos políticos - 2% (dois por cento) do seu faturamento - e eram ressarcidas pela construtora através de construção de fábricas de cerveja. Para participar do esquema, a cervejaria receberia uma comissão de 4% (quatro por cento) das operações. Assim, os recursos públicos que financiavam as obras eram superfaturados nos contratos para contratação de construção de obra de uma fábrica, por exemplo, ao tempo em que esta empresa que contratou a obra usava o valor excedente da construção para doar, de forma lícita, valores para campanha política de partido. A relação entre todos eles envolvidos se completava e renovava porque esses mesmos partidos políticos indicavam os gestores para os cargos no órgão público responsável pela liberação das verbas de financiamento.

Observa-se que há indicação de que haveria uma ligação paralela entre duas empresas pertencente exclusivamente ao setor privado neste modelo de esquema, o que impende concluir que se ambas possuísem regras rígidas de *compliance*, com programa de integridade com todos os requisitos sugeridos na legislação e – efetivamente – os cumprissem, as possibilidades de sucesso dessa prática inescrupulosa seriam bastante reduzidas.

Assim, embora as legislações tanto portuguesa quanto brasileira, tenham como foco o envolvimento de sujeitos públicos, a extensão dos seus efeitos tem sido uma necessidade aceita e admitida na realidade, conduzindo um impulso no ao combate à corrupção e, saliente-se, às demais criminalidades de conteúdo econômico como o financiamento de terrorismo e o branqueamento de capitais.

O facto é que, havendo ou não um programa de integridade implementado nas duas empresas mencionadas, não se submetiam a todas as etapas de funcionamento, como fiscalização contínua, testes de eficácia nas diversas áreas de atuação – incluídos todos os departamentos – conscientização dos colaboradores, aprimoramento periódico.

Uma conclusão que precisa ser aqui exposta é o facto de que a implementação e o funcionamento de um programa de integridade dentro de uma organização de modo algum se mostra como a solução mágica aniquiladora das práticas ilícitas ligadas ao conteúdo da corrupção. O programa de integridade é uma ferramenta de operacionalização de uma política interna de ética e, por essa característica instrumental pode não ser eficiente por quaisquer falhas que apresentem no seu sistema ou por falta de uma atualização contínua do modelo aplicado. A de circulação de pessoas, negócios, bens, valores se opera numa velocidade e amplitude tão aceleradas que esse acompanhamento se torna imprescindível.

Por consequência, em não sendo o próprio programa de integridade um antídoto capaz de eliminar a corrupção, o mesmo se dá com a introdução da cláusula anticorrupção. Tal mecanismo, no entanto, possui – no mínimo – dois elementos de grande utilidade: o efeito educativo da necessidade de prevenção da corrupção em todas as relações comerciais e a ela relacionadas e, ainda, o efeito de ser o contrato findado por tal descumprimento.

O destaque para a relevância do tema é que o alargamento da função contratual para as demais questões de interesse *inter partes* que já haviam há muito tempo se inseridas na relação contratual e, no que tange à prevenção da corrupção, encontrou mais uma arma de combate que permite uma espécie de fiscalização em cadeia das relações privadas.

Por fim, consolidou-se uma cooperação no setor privado em estabelecer uma cadeia de fiscalização entre as empresas atuantes no mercado, a princípio, vindo daquelas que atuam no mercado internacional. Isso independente de normas cogentes que lhe impusessem, mas como recomendação do mercado.

Noutro norte, vários sistemas aderiram às exigências propostas pelos organismos internacionais e transpuseram para seus estatutos internos essa política de ética nas contratações, passando uns agentes do mercado a exigirem dos demais o cumprimento desse item. Como corolário, quando os sistemas jurídicos predizem que a existência de um programa de Integridade, na organização privada, pode acarretar a diminuição da penalidade da pessoa jurídica em casos de envolvimento em práticas de corrupção - com a ressalva de uma demonstração inequívoca da seriedade do programa e de todos os requisitos exigidos, em especial, a dinâmica na sua manutenção – a regra vem alcançando uma importância sobremaneira nas contratações.

A orientação para a elaboração da cláusula contratual é que seja imposta através de um texto expresso de exigência de cumprimento efetivo de um Programa de Integridade, com um acompanhamento contínuo e sistemático que evidencie que a organização econômica denote o total comprometimento com a sua eficácia e, que, inclusive, além da previsão de penalidade, seja passível de a parte que exigiu poder fiscalizar, solicitando comprovações periódicas desse adimplemento contratual. A medida pode parecer invasiva – à primeira vista – mas visa a evitar que a cláusula de integridade se torne uma letra morta, um mero indicador de ética em vez de um concretizador de atitudes escorreitas e condizentes com os objetivos de qualquer sociedade.

III. Referências bibliográficas

1. Fontes documentais

- ACÇÃO COMUM de 22 de Dezembro de 1998 adoptada pelo Conselho com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia relativa a corrupção no sector privado. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias** [Em linha]. L 358-2 a 358/4, 31 Dezembro 1998 [Consult. 15 Maio 2017]. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998F0742&from=PT>
- ATUAÇÃO Temática - Combate à corrupção –Ministério Público Brasileiro. **Ministério Público Federal** [Em linha]. [Consult. 20 Maio 2017]. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5>
- Brazil should strengthen corporate liability laws on foreign bribery, says OECD – OECD* [Em linha]. 18.12.2007. [Consult. 17 Maio 2017]. Disponível em <http://www.oecd.org/corruption/brazilshouldstrengthencorporateliabilitylaws/onforeignbriberysaysoecd.htm>
- CLÁUSULA anticorrupção da ICC - Câmara de Comércio Internacional, 2012 – **ICC Portugal** [Em linha]. [Consult. 18 Maio 2017]. ISBN 978-92-842-0175-4. Disponível em http://www.cgov.pt/images/stories/ficheiros/clausula_anticorruptao_da_icc.pdf
- CÓDIGO Civil - Decreto-Lei no. 47.344, de 25 de Novembro de 1966**. 19ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. 860 p. ISBN978-972-40-5926.
- CÓDIGO Civil - Lei no. 10.406/2002 - Presidência da República – Governo do Brasil** [Em linha]. [Consult. 10 Set. 2016]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm
- CÓDIGO PENAL –** Aprovado por Decreto de 10 de Dezembro de 1852. Lisboa: Imprensa Nacional, 1855. **Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa** [Em linha]. [Consult. 2 Dez. 2015]. Disponível em <http://www.fd.unl.pt/anexos/investigacao/1265.pdf>
- CÓDIGO Penal Português - Decreto-Lei n.º 48/95. Diário da República Eletrónico** [Em linha] n.º 63/1995, Série I-A de 1995-03-15 [Consult. 18 Maio 2017]. Disponível em <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34437675/view>
- CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS –** Decreto de 16 de Setembro de 1886, 7ª. **Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa** [Em linha]. Coimbra: Imprensa da Universidade, edição, 1919. [Consul. 2 Dez. 2015]. Disponível <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf>
- CÓDIGO PENAL de 1982 –Gabinete de Documentação e Direito Comparado. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa.** [Em linha]. [Consult. 9 Dez. 2015]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_assunto_diploma.php?buscajur=corrup%E7%E3o&pagina=1&ficha=1&nid=101&tabela=lei_velhas&nversao=1
- CONSTITUIÇÃO da República portuguesa de acordo com a revisão de 2005**. 18.ª ed. Lisboa: Quid Juris? 2014. 287 p. ISBN 978-972-724-690-8.

- CONVENÇÃO sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais, adotada em Paris em 17 de Dezembro de 1997, na Conferência Ministerial da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económico – **Gabinete de Documentação de Direito Comparado** [Em linha]. [Consult. 6 Dez. 2015]. Disponível em <http://www.gddc.pt/siii/docs/rar32-2000.pdf>
- Corruption Perceptions Index*, 25 January 2017 - **Transparency International** [Em linha]. [Consult. 19 Maio 2017]. Disponível em https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016#table
- DECISÃO-QUADRO 2003/568/JAI do Conselho, de 22 de Julho de 2003 - Relativa ao combate à corrupção no sector privado. **Jornal Oficial da União Europeia** [Em linha]. 31 Julho 2003, L 192/54 a 192/56 [Consult. 15 Maio 2017]. Disponível em http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2003-568-jai-decisao/downloadFile/file/DQ_2003.568.JAI_Corrupcao_no_sector_privado.pdf?nocache=1199980661.99
- DECRETO nº. 3.678, de 30 de Novembro de 2000 – Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais foi concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. **Presidência da República - Governo do Brasil** [Em linha]. [Consult. 17 Maio 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm
- DECRETO Nº. 8.420, de 18 de Março de 2015 – Regulamenta a Lei nº. 12.846, de 1º. de Agosto de 2013 que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. **Presidência da República – Governo do Brasil** [Em linha]. [Consult. 19 Maio 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm
- Detección y prevención del fraude comercial Indicadores de fraude comercial – Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, documento preparado por la secretaría de la CNUDMI. Naciones Unidas* [Em linha]. Nuova York, 2013 [Consult. 15 Maio 2017]. Disponível em <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/fraud/Recognizing-and-preventing-commercial-fraud-s.pdf>
- Grupo Lena – **sítio oficial** [Em linha]. [Consult. 19 Maio 2017]. Disponível em http://www.grupolena.pt/pic/downloads/Grupo_Lena_579897aed9a5c.PDF
- LEI nº. 12.846, de 1º. De Agosto de 2013 – Dispões sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Presidência da República – Governo do Brasil** [Em linha]. [Consult. 17 Maio 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm
- LEI n.º 20/2008, de 21 de Abril - Cria o novo regime penal de corrupção no comércio internacional e no sector privado, dando cumprimento à Decisão Quadro n.º 2003/568/JAI, do Conselho, de 22 de Julho. **Diário da República Portuguesa** [Em linha]. 1.ª série — N.º 78 — 21 de Abril de 2008, p. 2289-2291 [Consult. 18 Maio 2017]. Disponível em http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626e526c654852766331396863484a76646d466b62334d764d6a41774f43394d587a4977587a49774d4467756347526d&fich=L_20_2008.pdf&Inline=true
- RESOLUÇÃO da Assembleia da República n.º 47/2007 - **Gabinete de Documentação e Direito Comparado** [Em linha]. [Consult. 6 Dez. 2015] Disponível em <http://www.gddc.pt/siii/im.asp?id=1948>

- Resolución 3514 - Medidas contra las prácticas corruptas de las empresas transnacionales y de otras empresas, de sus intermediarios y de otros implicados en tales prácticas 15 de diciembre de 1975. **Naciones Unidas** [Em linha]. [Consult. 12 Maio 2017]. Disponível em [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/3514\(XXX\)&Lang=S&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/3514(XXX)&Lang=S&Area=RESOLUTION)
- RESOLUCIÓN 51/191 - Declaración de las Naciones Unidas sobre la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales, A/RES/51/191, 21 de febrero de 1997. **Naciones Unidas** [Em linha]. [Consult. 12 Maio 2017]. Disponível em <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/51/191>
- RESOLUCIÓN 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003 - Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. **Naciones Unidas** [Em linha]. [Consult. 15 Maio 2017]. Disponível em https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf

2. Fontes bibliográficas

- CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral. Negócio Jurídico. Formação, Conteúdo e Interpretação. Vícios da vontade. Ineficácia e Invalidades**. 4ª. ed., Coimbra: Almedina, 2014. 1085 p. ISBN 978-972-40-5529-9
- CUNHA, Ary Ferreira – **Combate à Corrupção: da Teoria à Prática**. Lisboa: QuidJuris, 2015. 241 p. ISBN 978-972-724-712-7
- DENNINGER, Erhard – *Derecho en «desorden» global. Sobre los efectos de la globalización*. In **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional** [Em linha]. Núm. 8, 2004. P. 117-130. [Consult. 10 Fev. 2017]. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1983619.pdf>
- FERNANDES, Luís A. Carvalho – **Teoria geral do direito civil: introdução, pressupostos da relação jurídica**, vol. I. 6ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora. 2012. 758 p. ISBN 978-972-54-0361-7.
- HORTA, Raul Machado – **Direito constitucional**, 5ª. ed., rev. e atual. por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 744 p. ISBN 978-85-384-0084-4
- INFORMACIÓN básica sobre la ley de los estados unidos de prácticas em el extranjero - **Ética empresarial** [Em linha] p. 278-285. [Consult. 12 Maio 2017]. Disponível em http://www.trade.gov/goodgovernance/adobe/Bus_Ethics_sp/apendices/apendices_f_informacion.pdf
- KLEIN, Cristian; BRIGATO, Gustavo; BOUÇAS, Cibele - Odebrecht teria usado cervejaria Petrópolis para repassar recursos. **Valor Econômico** [Em linha] 03 de Abril de 2017. [Consult. 26 Maio 2017]. Disponível em <http://www.valor.com.br/politica/4937920/odebrecht-teria-usado-cervejaria-petropolis-para-repassar-recursos>
- LÔBO, Paulo Luiz Neto – **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011. 464 p. ISBN 978-85-02-10682-6
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – **Constituição Portuguesa Anotada, Tomo II, Organização Económica, Organização do Poder Político, Artigos 80.º a 201.º**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. 766 p. ISBN 972-32-1373-7
- Novedad Sector Privado: Publicada la norma UNE 19601- **Transparency International España** [Em linha]. Madrid, 18 de mayo de 2017. [Consult. 26 Maio 2017]. Disponível em http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/05/novedad_sector_privado_norma_une-19601.pdf
- NUCCI, Guilherme de Souza – **Corrupção e anticorrupção**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. 238 p. ISBN 978-85-309-6528-0
- OLIVEIRA, Mariana; DIAS, Pedro Sales - O essencial da operação Marquês. **Público** [Em linha]. [Consult. 19 Maio 2017]. Disponível em

<https://www.publico.pt/sociedade/noticia/o-essencial-da-operacao-marques-1715123>

- PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria Geral do Direito Civil**. 4.^a ed. Atualizada por MONTEIRO, Antônio Pinto e PINTO, Paulo MOTA. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. 405 p. ISBN 972-32-1325-7.
- SAAVEDRA, José Leyva – *Autonomía privada y contrato*. In **Revista Oficial del Poder Judicial**: Año 4-5, Nº 6 y Nº 7/2010-2012, p. 267-290. [Em linha]. [Consult. 9 Mar. 2017]. Disponível em <https://www.pj.gob.pe/.../12.+Doctrina+Nacional+--+José+Leyva> p. 270.
- SANTOS, Boaventura Sousa - Os perigos da desordem jurídica. **Público** [Em linha]. 26 de Março de 2016, p. 45. [Consult. 19 Maio 2017]. Disponível em http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Os%20perigos%20da%20desordem%20jur%C3%ADdica_26Mar%C3%A7o2016.pdf
- SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (org.) – **Lei anticorrupção**. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. 353 p. ISBN 854 420 187-3
- SILVA, José Afonso da – **Curso de direito constitucional positivo**, 39.^o ed. São Paulo: Malheiros, 2016. 936 p. ISBN 978-85-392-0318-5
- TELLES, Inocêncio Galvão – **Manual dos contratos em geral**, 4.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010. 552 p. ISBN 9789723211030
- VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria geral do direito civil**, 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2014. 690 p. ISBN 978-972-40-5011-9

A resolução das arbitragens societárias multipartes pelo litisconsórcio unitário

Ana Carolina Agosti Alvares Cruz¹

Universidade de Lisboa

Do Litisconsórcio unitário e Litisconsórcio necessário

Litisconsórcio, vem do latim *litis + cum + sors*, etimologicamente significa “os que têm a mesma sorte na lide”². No Direito Processual contemporâneo há litisconsórcio sempre que houver uma coexistência de sujeitos em um ou em ambos pólos da relação processual, ou seja: o litisconsórcio é a presença simultânea de pessoas que adquiriram a qualidade de autores ou de réus no mesmo processo³, quem se afirma titular de situações jurídicas homogêneas.

O litisconsórcio é admitido visando a harmonia dos julgados e a economia processual, e tem como finalidade: (i) evitar multiplicação de processos e a repetição de instruções em torno do mesmo contexto de fato; (ii) conseqüentemente também evitar a produção de decisões conflitantes em relação aos diversos sujeitos em vários processos; (iii) tudo isso para otimizar o processo como instrumento destinado a oferecer à sociedade os máximos resultados úteis que dele se possam extrair, fazendo uma vez só o que talvez precisasse ser feito separadamente, em processos separados.⁴

O presente estudo tem como preocupação os efeitos da decisão arbitral para os demais sócios, já que todos tem legitimidade para propositura de ação de impugnação de deliberação social. Por isso, necessário esmiuçar o instituto do litisconsórcio facultativo unitário, no qual o órgão jurisdicional decidirá o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes.⁵ Isso significa que independentemente da legitimidade de partes, a decisão arbitral afetará e vinculará todas as demais partes interessadas.

Assim, diferentemente da caracterização e conceituação do litisconsórcio como questão de legitimidade da parte, o litisconsórcio facultativo unitário se diferencia pelo resultado da tutela jurisdicional que o torna unitário. É aquele em que o destino que tiver um dos litisconsortes haverá de ser consentâneo com o que será dado aos demais.

¹ mestranda em Direito e Ciência Jurídica, Especialidade de Direito Civil da Universidade de Lisboa, especialista em Contratos pela Fundação Getúlio Vargas-São Paulo. Advogada.

² Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI225403,21048-Litisconsorcio+no+CPC+de+2015+quid+novum> Acesso em: 01.08.2017.

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 8ª edição. Editora: Malheiros, São Paulo, 2009. Pag. 45.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 8ª edição. Editora: Malheiros, São Paulo, 2009. Pag. 69-70.

⁵ DIDIER JR., Fredie. *Litisconsórcio Unitário e Litisconsórcio Necessário* in Revista de Processo, Vol. 208, 2012. Pag. 407-422.

Para JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, quando não há discrepância na atividade dos vários litisconsortes, nenhuma dificuldade exsurge, vez que o ato uniforme entra no mundo jurídico e produz seus efeitos típicos como ato da "parte unitária".⁶

Assim, esse tipo de litisconsórcio consiste especificamente na sua unitariedade e na indispensabilidade do julgamento uniforme de mérito para todos os litisconsortes. Portanto, estando na relação processual dois ou mais autores ou réus, se esse litisconsórcio for unitário não poderá cada um daqueles ou destes ter sorte diferente da dos demais quando o mérito for julgado. Aqui, sim, há uma necessária con-sorte entre os diversos sujeitos.⁷

E, neste sentido, somente deve ser reconhecido o litisconsórcio unitário nos casos em que os litisconsortes não puderem ser considerados como litigantes distintos em suas relações como parte adversa, tendo em vista a necessária uniformidade de sentença em face de todos eles.⁸ Ou seja, a fim de que seja mantida uma unidade para todos.⁹

Em outras palavras, diz respeito ao modo pelo qual se regerá a relação dos litisconsortes entre si e com a parte contrária, - nos casos em que seja necessário ou não o litisconsórcio - a situação jurídica litigiosa submetida à apreciação judicial tem de receber disciplina uniforme, não se concebendo que a decisão da lide seja uma para esta e outra para aquele co-litigante; tal é o problema do regime especial característico ao litisconsórcio unitário.¹⁰

Neste sentido, vale destacar, exemplos clássicos da doutrina: (i) Ação de nulidade de casamento exercida pelo Ministério Público, sendo a demanda julgada procedente com relação a um deles e improcedente quanto ao outro, ou (ii) Ação de Impugnação de deliberação social movida por dois ou mais sócio, em relação a um dos sócios a deliberação é válida e ao mesmo tempo, em relação ao outro, a deliberação foi anulada.¹¹

Este ponto é fundamental para a identificação do litisconsórcio unitário. A unitariedade do litisconsórcio é uma consequência da natureza da relação jurídica substancial deduzida. Somente se pode verificar se o litisconsórcio é ou não unitário após examinar-se o objeto litigioso do processo. A unitariedade é mais uma das manifestações que a relação jurídica deduzida pode causar no processo. O vínculo direito material-processual revela-se aqui claramente.¹² Trata-se de uma comunhão de direito no objeto da demanda.¹³

Se os litisconsortes discutem uma relação jurídica indivisível (*res in judicium deducta*), não há como a decisão sobre ela (decisão de mérito) ser diferente para esses litisconsortes. Não obstante sejam vários e formem uma pluralidade, os

⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. 1ª edição. Editora Forense: Rio de Janeiro, 1973. Pag. 50.

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 8ª edição. Editora: Malheiros, São Paulo, 2009. Pag. 156.

⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Do litisconsórcio unitário no sistema do Código de Processo Civil* in *Justitia*, Vol. 82, Ano XXXV, 1973. Pag. 63-96.

⁹ DIDIER JR., Fredie. *Litisconsórcio Unitário e Litisconsórcio Necessário* in *Revista de Processo*, Vol. 208, 2012. Pag. 407-422.

¹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. 1ª edição. Editora Forense: Rio de Janeiro, 1973. Pag. 47-52.

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 8ª edição. Editora: Malheiros, São Paulo, 2009. Pag. 157.

¹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. 1ª edição. Editora Forense: Rio de Janeiro, 1973. Pag. 47-52.

¹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio e seu duplo regime* in *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. Vol. 3, Out/2011. Pag. 637-646.

litisconsortes serão tratados como se fossem um único sujeito; serão tratados como unidade.¹⁴

Nota-se que tal litisconsórcio surge, acima de tudo, de uma necessidade da realidade¹⁵. As sociedades precisam que as suas deliberações se tornem estáveis e imutáveis para seu regular funcionamento. Assim, destaca-se a funcionalidade da sociedade como motivo para estender os efeitos da decisão a todos, bem como para assegurar a harmonia e indivisibilidade decisória¹⁶, caracterizando, portanto, o litisconsórcio unitário.

A decisão, em uma situação de litisconsórcio facultativo unitário, deve, por uma imposição da realidade, fazer coisa julgada com relação a todos os terceiros que, podendo ser parte do processo, não o foram. Não importando se trata de procedência ou improcedência, atingindo terceiros de igual maneira.¹⁷

Assim, o que há, em uma situação de litisconsórcio facultativo unitário, é uma verdadeira extensão da coisa julgada a terceiros, virtuais litisconsortes, que obsta a propositura de novas ações que possuam a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

Existe uma relação de causa e efeito entre a natureza da relação jurídica controvertida e essa necessária homogeneidade de julgamento de mérito. Por isso é que, nestes casos, são disciplinados pelo direito material. E ainda mais, a relação jurídica material é incidível, vê-se que a sentença contendo disposições incompatíveis entre si traria em seu próprio bojo a razão de sua inutilidade, pois não teria como impor os efeitos conflitantes. Para evitar situações assim constringedoras é que se impõe a unitariedade do litisconsórcio.

Os casos de unitariedade são representados por relações jurídicos-substanciais plurissubjetivas que não comportem tal fragmentação de apreciações. Não é tanto na natureza da sentença que se deve buscar o critério para identificação dessa situações em concreto, mas no modo de ser da própria relação jurídica que constitua a *res in judicium deducta*.¹⁸

Afinal, é em razão do direito material que o processo se faz, e é sobre as situações de direito material que ele há de projetar seus efeitos, o que deve induzir a preocupação de verificar se o provimento pretendido será apto a produzir sobre a situação jurídico-substancial das partes o efeito desejado.

É preciso que a situação do caso concreto permita a decisão unitária da lide. Para que isso ocorra, é imperativo que existam questões de fato ou de direito comuns entre os sócios, colocando todos em uma situação similar.

¹⁴ DIDIER JR., Fredie. *Litisconsórcio Unitário e Litisconsórcio Necessário* in Revista de Processo, Vol. 208, 2012. Pag. 407-422.

¹⁵ PELLEGRINO, Antonio Pedro De Lima. *Cláusula compromissória estatutária e litisconsórcio facultativo unitário: uma necessidade imposta pela realidade* in Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 35, Ano 2012. Pag. 71-106.

¹⁶ SILVA, Paula Costa. *Arbitrabilidade e Tutela Colectiva no Contenciosos das Deliberações Sociais* in Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Ferreira de Almeida. Vol. IV. 1ª edição. Editora: Almedina. Coimbra, 2011. Pag. 381-382.

¹⁷ PELLEGRINO, Antonio Pedro De Lima. *Cláusula compromissória estatutária e litisconsórcio facultativo unitário: uma necessidade imposta pela realidade* in Revista de Arbitragem e Mediação, Vol. 35, Ano 2012. Pag. 71-106.

¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 8ª edição. Editora: Malheiros, São Paulo, 2009. Pag. 88-89.

Daí a imposição de serem tratados de forma homogênea, segundo as regras inerentes ao regime do litisconsórcio unitário, sendo afastada de modo absoluto a incidência do princípio da autonomia dos colitigantes.

Dado que os atos isolados de um destes (e os realizados com relação a um só) serão válidos e eficazes para ele próprio e para os colitigantes todos, ou para nenhum deles (afastado o princípio da autonomia), isso significa que todos juntos significam uma parte só. Liga-os uma solidariedade processual muito forte, que os solda indissolúvelmente na unidade do caminho que todos percorrerão ao longo do procedimento, em direção a uma só decisão de mérito que os colherá de forma homogênea.

A extensão da eficácia do caso julgado

A extensão da eficácia do caso julgado para impugnações de deliberações sociais no juízo estatal está positivada no artigo 61, do CSC. No entanto, a dúvida é se tal dispositivo é transponível para o juízo arbitral, tendo em vista: as peculiaridades do mencionado procedimento e as características do direito tutelado, que inevitavelmente esbarrarão em valores, dogmas e diretrizes que requerem cuidado com o seu trato.¹⁹

É preciso que seja delimitado os limites subjetivos do caso julgado à realidade legislativa e doutrinária, tendo em vista os inúmeros estudos feitos alhures que destacaram com desenvoltura a eficácia *ultra partes* da sentença em razão dos efeitos diretos e reflexos produzidos em face de terceiros.²⁰

Convém mencionar que impera, para fins desta pesquisa, a noção que segmenta efeitos e autoridade da decisão de mérito. Vigora, assim, a ideia de que os limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada não se confundem, na medida em que os primeiros poderão irradiar para fora do processo, aceitando-se que a sentença produza seus efeitos naturais, enquanto os segundos se limitam às partes, vinculando somente estas à autoridade da decisão. A concepção fortemente aceita pela doutrina é a de que os efeitos da decisão não estão sujeitos à sua autoridade, a qual recai no conteúdo do quanto decidido pelo juiz.

BARBOSA MOREIRA²¹, ao criticar a redação conferida ao antigo Código de Processo Civil Brasileiro (1973), artigo 472, acerdatamente expõe que não é a sentença que faz coisa julgada (caso julgado) às partes, mas, sim, tecnicamente, nos termos da teoria de Liebman, a coisa julgada. Como se sabe, os efeitos da sentença são reconhecidamente capazes de atingir a esfera jurídica de terceiros.²²

Resumindo, se para as partes do processo é o caso julgado e não a sentença que atinge a esfera jurídica, para os terceiros são os limites subjetivos da eficácia da sentença e não os limites subjetivos do caso julgado, ressalvadas expressas exceções, as quais são encontradas em número reduzido nos ordenamentos.

O argumento invocado para evitar a extensão do caso julgado a terceiros respalda-se no direito de defesa e ao contraditório. Ocorre que, quando existem situações de comunhão e indivisibilidade de direitos no plano material, em que

¹⁹ EID, Elie Pierre. *Litisconsórcio unitário: fundamentos, estrutura e regime*. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016. Pag. 225.

²⁰ EID, Elie Pierre. *Litisconsórcio unitário: fundamentos, estrutura e regime*. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016. Pag. 225-235.

²¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei no. 5.869/73*. 12ª edição. Vol. 5. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2005.

²² LENZA, Pedro. *Coisa julgada "erga omnes" no direito brasileiro*. Tese de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006. Pag. 85.

permita e haja a liberdade para agir individualmente para tutelá-los, surge o inconveniente problema de eventualmente ter resultados diferente para a tutela do mesmo direito.

LIEBMAN²³, procura dar resposta para a hipótese de incidível conexão entre a relação jurídica do terceiro e a relação atingida pela coisa julgada, que se encontraria "(...) entre os direitos postestativos pertencentes a pessoas diversas em face de situação jurídica que se apresente em caráter indivisível, ou seja, não suscetível senão de ser única em relação a todos, seja no sentido de permanecer, seja no sentido de mudar."

Exatamente o caso da presente pesquisa. No entanto, quando o sócio exerce seu direito subjetivo, por extensão, o provimento jurisdicional que repercute sobre o objeto da ação, pela natureza do objeto da ação (objeto do processo único e indivisível), inevitavelmente, incidirá sobre o direito dos demais outros sócios.²⁴

Primeiro aspecto, então, que vale deixar claro é, que, segundo a determinação expressa do artigo 61²⁵, do CSC, a sentença de impugnação de deliberação social é eficaz, independentemente do resultado, seja ele favorável (favor) ou desfavorável (contra), à todos os sócios e órgãos da sociedade, ou seja: a sentença, quer tenha optado pela subsistência da deliberação quer pela insubsistência, produz os seus efeitos em relação à todos os sócios – em ambos casos.²⁶

Trata-se, portanto, de uma eficácia geral, no seio da sociedade, conhecida pela doutrina também como *erga omnes* sócios, fica definitivamente afastado qualquer posicionamento doutrinário que defenda a possibilidade de extensão da eficácia do caso julgado apenas nas circunstâncias em que os sócios fossem beneficiados.

No entanto, o objetivo de tal norma não poderá ser totalmente compreendido, sem antes ser revisitada a teoria geral do processo, o que ora será feito.

Para tanto, deve-se esmiuçar os artigos do Código de Processo Civil Português que trazem à baila este tema. Em Portugal, existem duas modalidades de caso

²³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da sentença*. Editora Forense: Rio de Janeiro, 1984. Pag. 98.

²⁴ LENZA, Pedro. *Coisa julgada "erga omnes" no direito brasileiro*. Tese de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006. Pag. 85.

²⁵ Artigo 61.º

(Eficácia do caso julgado)

1 - A sentença que declarar nula ou anular uma deliberação é eficaz contra e a favor de todos os sócios e órgãos da sociedade, mesmo que não tenham sido parte ou não tenham intervindo na acção.

2 - A declaração de nulidade ou a anulação não prejudica os direitos adquiridos de boa-fé por terceiros, com fundamento em actos praticados em execução da deliberação; o conhecimento da nulidade ou da anulabilidade exclui a boa-fé.

²⁶ FURTADO, Jorge Henrique da Cruz Pinto. *Deliberações de Sociedades Comerciais*. Editora: Almedina. Coimbra, 2005. Pag. 472-475.

julgado: caso julgado material e o caso julgado formal, ambos positivados, respectivamente artigos 619²⁷ e 620²⁸ do CPC Português.

Tais institutos traduzem a rigidez das decisões judiciais ou, como utilizado por grande parte da doutrina, na sua imodificabilidade, imutabilidade, irrecorribilidade, não se admitindo a interposição de qualquer recurso. E essa “imodificabilidade” refere tão somente à impossibilidade do juízo competente, a pedido de um das partes interessadas, dar novo provimento judicial.

Na prática, isso significa que a parte dispositiva da sentença vinculará as partes que atuaram no contraditório daquele litígio.

Entretanto, a problemática do presente artigo é justamente esta: a extensão dos limites subjetivos para partes que não, necessariamente, fizeram parte daquele litígio e serão atingidas pela sua resolução, uma vez que o árbitro julgará tão só pela nulidade/anulabilidade ou não daquela deliberação social, sem propriamente entrar no mérito deste ato.

Neste sentido, não há como a deliberação social não valer para o sócio que propôs a ação, e não valer para um outro que não fez parte deste litígio, como já dito anteriormente trata-se de objeto inscindível.

Assim, as sentenças, após o trânsito em julgado, produzem efeitos contra todos os sócios. O efeito extintivo da sentença não pode ser parcial, por causa da natureza e estrutura incindível do ato impugnado, que só pode permanecer ou cair por completo.²⁹ É caso, em que o princípio geral da autonomia dos litisconsortes cede diante da necessária uniformidade da resolução do litígio. Isto pelo simples fato de terem eficácia direta e não em virtude de ficarem revestidas pelo caso julgado material.

A preocupação em selar tais decisões com o caso julgado material teria objetivo de impedir seu questionamento e a sua rediscussão judicial. Não é o caso julgado que opera efeitos *erga omnes*, mas os efeitos diretos da sentença.

Todos ficam submetidos à decisão de nulidade ou anulabilidade pela circunstância de não poderem discutir a legalidade de tal deliberação em abstrato.³⁰

²⁷ ARTIGO 619.º

(Valor da sentença transitada em julgado)

1 - Transitada em julgado a sentença ou o despacho saneador que decida do mérito da causa, a decisão sobre a relação material controvertida fica a ter força obrigatória dentro do processo e fora dele nos limites fixados pelos artigos 580⁰²⁷ e 581º, sem prejuízo do disposto nos artigos 696º a 702º.

2 - Mas se o réu tiver sido condenado a prestar alimentos ou a satisfazer outras prestações dependentes de circunstâncias especiais quanto à sua medida ou à sua duração, pode a sentença ser alterada desde que se modifiquem as circunstâncias que determinaram a condenação.

²⁸ ARTIGO 620.º

(Caso julgado formal)

1 - As sentenças e os despachos que recaiam unicamente sobre a relação processual têm força obrigatória dentro do processo.

2 - Excluem-se do disposto no número anterior os despachos previstos no artigo 630º.

²⁹ EID, Elie Pierre. *Litisconsórcio unitário: fundamentos, estrutura e regime*. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016. Pag. 225.

³⁰ SARLET, Igno. *Curso de direito constitucional*/Igno Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Metidiero. Ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais – São Paulo: Saraiva, 2015. Pag. 1.129.

No Brasil, inclusive, utiliza-se com frequência a afirmação: “a coisa julgada tem força de lei”, e isto significa que a parte dispositiva da sentença/decisão vincula as partes que atuaram e/ou participaram do contraditório.

Vigora, assim, a ideia de que a extensão da vinculação da sentença e do caso julgado não se confundem, na medida em que, os primeiros poderão se irradiar para fora do processo, aceitando-se que a sentença produza seus efeitos naturais, enquanto os segundo se limitam às partes, vinculando somente estas à autoridade da decisão.³¹

No entanto, o caso do presente estudo é justamente aquele em que a parte não participou do contraditório, mas será diretamente afetado pelo resultado decorrente da nulidade/anulabilidade do objeto - deliberação social - que é inscindível.

O que também vale a reflexão é se essa regra - que a coisa julgada tem força de lei - decorre de um entendimento político ou se de fato traz a definição de um regime jurídico?³²

Embora um pouco obscuro, não se trata de uma definição de um regime jurídico. O sistema é composto por normas decorrentes da necessidade de condicionar condutas, bem como daquelas que são feitas para a satisfação da chamada “política de boa-vizinhança” entre os poderes - legislativo e judiciário -.

Isso fica claro, quando o poder legislativo, em certas circunstâncias, reconhece o valor idêntico ao de suas próprias práticas e atuações à outro poder, que não o seu próprio poder, afinal o judiciário não tem como finalidade criar normas, e sim, apenas, executá-las.

Desta forma, trata-se de uma regra eminentemente política, se tem força de lei significa que tem força equiparáveis a lei.

Ocorre que, embora o dispositivo da sentença seja suficiente para condicionar condutas, isto quer dizer que basta olhar para a regra, já que não é preciso conhecer seu funcionamento. No entanto, para entender o comando do dispositivo é necessário observar a fundamentação da sentença, o que não acontece com os dispositivos legais, os quais, raras às vezes, possuem justificativa para sua aplicação.

A fundamentação da sentença serve de auxiliar interpretativo do próprio dispositivo, sendo essencial para compreender os contornos do comando. A justificativa ou motivação é mais fundamental na sentença do que na lei, já que a lei muda e a sentença, em tese, não.

Neste sentido, é preciso do máximo de elementos que permitam a compreensão do que é imutável ou tendenciosamente imutável e, conseqüentemente, o que está coberto pela caso julgado material, portanto, a fundamentação serve para interpretação à integridade do comando.

Para EDUARDO TALAMINI, o caso julgado material pode ser configurado como qualidade de que se reveste a sentença de cognição exauriente de mérito transitada

³¹ EID, Elie Pierre. *Litisconsórcio unitário: fundamentos, estrutura e regime*. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016. Pag. 227.

³² Apontamentos, questionamentos e discussões realizadas nas aulas de Processo Civil do Mestrado em Direito e Ciência Jurídica da Universidade de Lisboa, ministradas pela Prof. Dra. Paula Costa e Silva, em 11.01.2017.

em julgado, qualidade essa consistente na imutabilidade do conteúdo do comando sentencial.³³

A amplitude do contraditório, a persuasão das alegações das partes e a consistência do fundamento faz com que a coisa julgada se torne imutável, evitando que sejam proferidas decisões arbitrárias.

Além disso, outro ponto que vale destacar, é de que a fundamentação serve de convencimento para que as partes cumpram o dispositivo, como forma de motivar o comportamento de conduta.

O artigo 580 do CPC explica o motivo pelo qual não se pode admitir modificações posteriores ao caso julgado, para evitar que o tribunal seja colocado na alternativa de contradizer ou de reproduzir uma decisão anterior.

Além disso, caso fosse possível modificações, as decisões proferidas não teriam credibilidade, tampouco a chamada autoridade, e conseqüentemente não atingiria a certeza e segurança das decisões judiciais. No ordenamento jurídico português, esse idéia está positivada no artigo 613-1.³⁴

Portanto, no caso trata-se de caso julgado material, o que quer dizer que só a ela (deliberação) reconhece os efeitos aqui assinalados, dentro e fora do processo. Situa-se evidentemente no âmbito do caso julgado material – o que quer dizer que só tem em vista a decisão que julga sobre a relação material, ou seja, sobre a existência, eficácia ou validade da deliberação atacada.

Ora, quanto aos limites subjetivos, a primeira vista, o comando do n. 1, em referência, parece desprezar redondamente a identidade de sujeitos, ao alargar a eficácia do caso julgado material do contencioso da deliberação à todos os sócios e titulares dos órgãos da sociedade, “mesmo que não tenham sido parte ou não tenham intervindo na ação”.

Se a deliberação é por natureza indivisível, não pode ter ou perder vigor senão perante todos os sócios, a decisão proferida sob impugnação de um deles, a rejeitar o pedido, precluirá a impugnação de outro sócio, enquanto aquela que lhe de provimento terá de ser acolhida por todos.

Acresce que, no Direito positivo Português, por expressa disposição do artigo 61, n.1. CSC, qualquer que seja o vício sobre que seja se julgou (“declarar nula ou anular”) e qualquer que tenha sido o resultado da sentença (procedência ou improcedência), o caso julgado transmite-se aos outros sócios e aos titulares dos órgãos da sociedade, embora não tenham sido partes na causa.

Significa que, aquele concreto vício discutido, ou existe para todos, nos termos fixados pela sentença proferida na ação suscitada, ou também para todos não existe, se assim tiver antes sido decidido – ficando em ambos os casos precluída quanto a todos, tenham ou não participado dessa ação, a susceptibilidade de renovação ou repetição da causa.

³³ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005. Pag. 30.

³⁴ ARTIGO 613.º

(Extinção do poder jurisdicional e suas limitações)

1 - Proferida a sentença, fica imediatamente esgotado o poder jurisdicional do juiz quanto à matéria da causa.

Neste sentido, destaca-se, a problemática apresentada pela PAULA COSTA E SILVA³⁵, com as seguintes palavras:

"(...) diga-se que o sistema infraconstitucional português está próximo do sistema alemão no que concerne ao problema da arbitrabilidade de litígios que ecludam em torno de deliberações sociais: nem um, nem outro têm regras específicas nesta matéria. O que significa que a arbitrabilidade dos conflitos que possam envolver as deliberações sociais se submete aos quadros gerais traçados para este meio de resolução de controvérsias ou, como também é usual dizer-se, para o direito comum da arbitragem."

Após, a professora analisa algumas decisões alemãs, dentre as quais uma em que a fundamentação para justificar a vinculação é a seguinte: as sociedades precisam que as suas deliberações se tornem estáveis e imutáveis para seu regular funcionamento, caso contrário gerará um problema ainda maior, que seria insegurança jurídica. Assim, destaca-se a funcionalidade da sociedade como motivo para estender os efeitos da decisão a todos, bem como para assegurar a harmonia e indivisibilidade decisória, aplicável, portanto, o conceito de litisconsórcio unitário.

Neste sentido, destaca-se que boa parte daqueles que admitem a expansão dos limites subjetivos da caso julgado a terceiros o fazem muito mais por uma análise da estrutura do direito material, vislumbrando a partir dela como deveria ser a concepção ideal, do que apegados ao regime legal da caso julgado. Muitos dos entendimentos favoráveis a essa extensão apegam-se ao modelo de relação material debatida no processo para dela se extrair como deveria se operar a coisa julgada.³⁶

Daí surge o instituto do litisconsórcio unitário, nas palavras de FREDIE DIDIER³⁷, ocorre quando o órgão jurisdicional (no caso do presente artigo, a arbitragem) tiver que decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes. Isso significa que independentemente da legitimidade de partes, a decisão arbitral afetará e vinculará todas as demais partes envolvidas e/ou interessadas naquela decisão, exatamente a extensão subjetiva discorrida acima.

Esse conceito, ainda que não esteja positivado, é nítido no artigo 61, n° 1, do Código das Sociedades Comerciais Português³⁸. Ao comentar referido artigo ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO³⁹ destaca pontos importantes.

O primeiro, em relação à sentença, ele expõe que trata-se de uma decisão de legalidade e não de mérito.

³⁵ SILVA, Paula Costa. *Arbitrabilidade e Tutela Colectiva no Contenciosos das Deliberações Sociais* in Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Ferreira de Almeida. Vol. IV. 1ª edição. Editora: Almedina. Coimbra, 2011. Pag. 381-382.

³⁶ EID, Elie Pierre. *Litisconsórcio unitário: fundamentos, estrutura e regime*. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016. Pag. 238.

³⁷ DIDIER JR., Fredie. *Litisconsórcio Unitário e Litisconsórcio Necessário* in Revista de Processo, Vol. 208, 2012. Pag. 407-422.

³⁸ Artigo 61.º (Eficácia do caso julgado)

1 - A sentença que declarar nula ou anular uma deliberação é eficaz contra e a favor de todos os sócios e órgãos da sociedade, mesmo que não tenham sido parte ou não tenham intervindo na acção.

2 - A declaração de nulidade ou a anulação não prejudica os direitos adquiridos de boa-fé por terceiros, com fundamento em actos praticados em execução da deliberação; o conhecimento da nulidade ou da anulabilidade exclui a boa-fé. (g.n.)

³⁹ CORDEIRO, António Menezes. *Código das Sociedades Comerciais Anotado*. 2ª edição. Editora: Almedina. Coimbra, 2011. Pag. 234-235.

Neste sentido, se é uma decisão de legalidade, quer dizer que nela será apreciado se aquela deliberação social é ou não contrária às normas internas (da sociedade específica) e/ou externas (da própria lei aplicável).

Exatamente como ocorre com o controle de constitucionalidade, podendo-se, então, fazer uma analogia, claro que com as ressalvas pertinentes, de um contexto no qual a sociedade seria apenas uma amostra.

Ademais, sendo uma sociedade, nos termos do artigo 980⁴⁰, do Código Civil, é necessário que não se esqueça qual é a sua essência: ideias de cooperação e organização entre duas ou mais pessoas, a fim de que seja possível desenvolver determinada atividade econômica.

O segundo, destaca que a eficácia interna ocorre em consequência do funcionamento em modo coletivo, ou seja, para que seja possível a plena e adequada atividade da sociedade é necessário uniformidade de interesses, ou, pelo menos, que o interesse coletivo supere o individual.

A deliberação insere-se no quadro dos fatos jurídicos, que, como se sabe, constituem eventos a que são associados efeitos jurídicos. Constituindo porém, na espécie, um ato colegial, dominado pelo princípio majoritário, a sua eficácia jurídica tem uma característica específica que lhe advém deste mesmo princípio: não se restringe àqueles que votaram favoravelmente à deliberação, estendendo-se por igual a todos os membros do colégio, independentemente de terem votado contra, não terem votado, ou não terem sequer estado presentes à formação deliberativa para que foram convocados.

Por outro lado, caso não fosse assim, se frustraria o próprio ato colegiado, já que seria pouco provável obter a unanimidade na maior parte dos casos. A extensão da eficácia jurídica à totalidade dos membros do grupo é conatural ao princípio majoritário. Trata-se naturalmente de uma eficácia imediata e automática.⁴¹

Neste sentido, ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO⁴², esclareceu a eficácia para os negócios jurídicos. Para ele têm três fatores de eficácia: os fatores de atribuição da eficácia geral, os fatores de atribuição da eficácia diretamente visada, e por fim, os fatores de atribuição de eficácia mais extensa.

Os dois primeiros irrelevantes para o presente estudo, sendo o último pertinente, que são aqueles indispensáveis para que um negócio, já com plena eficácia, inclusive produzindo exatamente os efeitos visados, dilate seu campo de atuação, tornando-se oponível a terceiros ou, até mesmo, *erga omnes*. E ainda completa, expondo a necessidade das medidas de publicidade em geral para se torne possível tal extensão.

Considerações Finais

A análise desenvolvida neste trabalho permite constatar que a tendência é que, cada vez mais, seja aceitável e, inclusive, necessária a aplicação do disposto no

⁴⁰ Artigo 980.º (Noção)

Contrato de sociedade é aquele em que duas ou mais pessoas se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício em comum de certa actividade económica, que não seja de mera fruição, a fim de repartirem os lucros resultantes dessa actividade.

⁴¹ FURTADO, Jorge Henrique da Cruz Pinto. *Deliberações de Sociedades Comerciais*. Editora: Almedina. Coimbra, 2005. Pag. 473.

⁴² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico*. 7ª tiragem. Editora: Saraiva. São Paulo, 2010. Pag. 57.

artigo 61, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais Português, nas ações de impugnação de deliberação social, por via arbitral.

Isto porque, conforme foi desenvolvido há inúmeras motivações para sua plena aceitação. Além do custo de transação, que a controvérsia precisa ser imediata e segura, vez que a sociedade necessita continuar funcionando plenamente; sendo inevitável que referido processo seja célere, proporcionando rapidez, há também a questão do objeto incidível. Nas palavras de PAULA COSTA E SILVA⁴³, o julgamento de uma impugnação de deliberação social atinge racionalidade máxima: porque os objetos de eventuais impugnações são equivalentes, ainda que uma das partes seja distinta, portanto, a instrução e o julgamento feitos para um aproveitam aos demais, ou melhor, à todos.

Assim, verifica-se que a aplicação do litisconsórcio unitário tem por início o exame da relação jurídica de direito material, cujas características poderão indicar uma propensão à instalação do regime unitário entre os litisconsortes e, por conseguinte, o ponto de partida para compreender o motivo pelo qual o resultado será uniforme.

Referências Bibliográficas:

- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico*. 7ª tiragem. Editora: Saraiva. São Paulo, 2010.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Do litisconsórcio unitário no sistema do Código de Processo Civil* in *Justitia*, Vol. 82, Ano XXXV, 1973.
- CORDEIRO, António Menezes. *Código das Sociedades Comerciais Anotado*. 2ª edição. Editora: Almedina. Coimbra, 2011.
- DIDIER JR., Fredie. *Litisconsórcio Unitário e Litisconsórcio Necessário* in *Revista de Processo*, Vol. 208, 2012.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 8ª edição. Editora: Malheiros, São Paulo, 2009.
- EID, Elie Pierre. *Litisconsórcio unitário: fundamentos, estrutura e regime*. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016.
- FURTADO, Jorge Henrique da Cruz Pinto. *Deliberações de Sociedades Comerciais*. Editora: Almedina. Coimbra, 2005.
- LENZA, Pedro. *Coisa julgada "erga omnes" no direito brasileiro*. Tese de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da sentença*. Editora Forense: Rio de Janeiro, 1984.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei no. 5.869/73*. 12ª edição. Vol. 5. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2005.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. 1ª edição. Editora Forense: Rio de Janeiro, 1973. Pag. 50.
- PELLEGRINO, Antonio Pedro De Lima. *Cláusula compromissória estatutária e litisconsórcio facultativo unitário: uma necessidade imposta pela realidade* in *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 35, Ano 2012.
- SARLET, Igno. *Curso de direito constitucional*/Igno Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Metidiero. Ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais – São Paulo: Saraiva, 2015.
- SILVA, Paula Costa. *Arbitrabilidade e Tutela Colectiva no Contenciosos das Deliberações Sociais* in *Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Ferreira de Almeida*. Vol. IV. 1ª edição. Editora: Almedina. Coimbra, 2011.

⁴³ SILVA, Paula Costa. *Arbitrabilidade e Tutela Colectiva no Contenciosos das Deliberações Sociais* in *Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Ferreira de Almeida*. Vol. IV. 1ª edição. Editora: Almedina. Coimbra, 2011. Pag. 391.

Ana Carolina Agosti Alvares Cruz

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005.

Pautas migratorias de la población femenina. Un análisis de la trata de mujeres procedentes de países subdesarrollados para su posterior explotación sexual

Vanessa Aleksandra de Melo Pedroso¹

Maria Luiza Ramos Vieira Santos²

Universidade Católica de Pernambuco

INTRODUCCIÓN

En cualquier comentario sobre el tema de la migración se debe tener en consideración la complejidad que exige el tema, ya que el referido fenómeno es protagonizado por personas que, a su vez, poseen su propia forma de vida, su cultura, expectativas, etc.

La historia enseña que raza no es un dato biológico-natural o aun un concepto político-ideológico (...) la ideología racial, toma como base un punto de vista etnocéntrico del mundo que retiene el propio origen superior a los otros, extendiendo ideas de desigualdad y de una equivocada dignidad de los seres humanos³ (*traducción libre*).

¹ Post-doctora en Ciencias Sociales por la red: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO)/Fundación Centro Internacional de Educación y Desarrollo Humano CINDE). Doctora en Derecho Penal por la Universidad Complutense de Madrid (España). Profesora de la Maestría em Derecho de la Universidade Católica de Pernambuco. Líder del grupo de trabajo e investigación Estudos Latino Americanos em Direitos Humanos - EELAS.

² Abogada pública del estado de Pernambuco; Post-doctora en Ciencias Sociales por la red: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO)/Fundación Centro Internacional de Educación y Desarrollo Humano CINDE). Profesora Doctora en Derecho por la Pontificia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Profesora de Derechos de los niños de la Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP.

³ "La storia insegna che "razza" no è un dato biologico-naturale quanto un concetto politico-ideologico (...) l'ideologia razziale, basandosi su una visione del mondo etnocentrica, che ritiene la propria origine superiore alle altre, diffonde idee di diseguaglianza e di una differente dignità degli eseri umani". LUDWIG KUNZ, Karl. "La discriminazione razziale e la problematicità della sua considerazione penale", en *Dei Delitti e delle Pene. Rivista di Studi Sociali, Storici e Giuridici sulla Questione Criminale*. Quadrimestrale – anno VI – n. 3 (seconda serie) settembre-diciembre/99, p. 185. Basado en esta idea el autor añade que la discriminación de los seres humanos en lo que atañe la atribución de su etnia ha cumplido una larga y triste tradición, que ya fue practicada desde el Medievo contra los hebreos y gitanos, retomando su auge con la "doctrina de la raza" en el siglo XIX (...). De acuerdo con esa doctrina, la legislación de la raza en la forma de gobierno "nacionalsocialismo" declaró la realización de la eugenia por las vías formales del Estado (...) siguiendo ulterior y sistemáticamente entre otras formas, por las afro-americanas en los Estados meridionales de Norte America y la política sudafricana del *apartheid*. "La discriminazione di eseri umani per la loro appartenenza etnica ha una lunga e triste tradizione. Già praticata nel Medioevo contro gli ebrei e gli zingari, ritornò in auge, con la "dottrina della razza", nel XIX secolo (...). Conformemente a tale dottrina, la legislazione razziale del regime nazionalsocialista dichiarò l'eugenetica compito dello Stato (..) seguito ulteriori e sistematiche discriminazioni razziali, fra le altre, quella degli afro-americi negli Stati meridionali del Nordamerica e la política sudafricana dell'*apartheid*. *Idem ibidem*, p. 185.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que además de estos factores y del elemento de la economía de mercado hay que observar el tratamiento jurídico y político que los Estados prestan al referido fenómeno en su legislación y políticas internas⁴.

Incluso, conviene percibir que la migración es un proceso y como tal se puede invertir su posición en cualquier momento, sino véase que el emigrante puede regresar a su país y/o, aún, los Estados considerados de origen⁵ en un determinado momento pueden cambiar a la condición de países de tránsito y, después al status de países de destino en otro momento determinado⁶ o quizá en un mismo momento, ya que un país de salida para un puede ser de entrada para otro.

Hay, aún un otro hecho que fundamenta la complejidad no sólo del fenómeno de la migración, sino también, del estudio de esta circunstancia y es la cantidad de datos e informaciones no fiables y completas que se manejan, ya que las encuestas e investigaciones realizadas en este tema no tienen carácter continuado. Lo que proporciona una inadecuación de las respuestas en el ámbito de las políticas⁷.

Todos estos, son factores que demuestran la gran complejidad que es tratar del tema de la migración, pues como se puede notar el referido fenómeno trae consigo una cantidad infinita de variables. Es por esta razón que se considera más importante para este momento observar el movimiento migratorio desde una perspectiva actual, es decir, la movilidad como un rasgo sistémico y estructural de la globalización o, mejor, de la ideología globalista⁸. Hecho que no disminui su complejidad, ya que la globalidad es heterogénea. Sino, nótese que la manifestación de la migración consiste en un proceso donde "varían los presupuestos, las necesidades, las condiciones y las causas de los desplazamientos migratorios, y, con ello, (...) los factores de impulso (desde el origen) y de atracción (desde el destino)."⁹ Sin embargo, ayuda a puntuar un determinado momento histórico.

1. EL MOVIMIENTO MIGRATORIO

Integralmente se debe comprender el hecho de que la inmigración consiste antes que nada en un fenómeno que además de político es también social, ya que los desplazamientos de personas a nivel internacional se fundamentan en diferentes causas que dependen del momento histórico y así son ejemplos los movimientos migratorios

⁴ VACAS FERNÁNDEZ, Félix. *Los tratados bilaterales adoptados por España para regular y ordenar los flujos migratorios: Contexto, marco jurídico y contenido*. Dykinson. Madrid, 2007, p. 28.

⁵ El proceso de migración internacional organiza los Estados involucrados en: **países de origen** – generalmente es el país de donde e individuo es nacional. Sin embargo, hoy día se percibe una gran diversidad de factores, ya que muchos son los extranjeros residentes de Estados que deseando cambiar su situación cambian hacia otro; **países de tránsito** – aquellos que en razón de su situación geográfica se encuentran ubicados en la ruta de las migraciones; **países de destino** – para donde el migrante tiene el deseo de trasladarse y donde permanece temporal o permanentemente; y **país mixto** – es decir, aquel país que reúne todas o algunas de las variables antes citada. VICTAL ADAME, Óscar. *Derecho Migratorio Mexicano*. Editado por la Universidad Anáhuac del Sur y Miguel Ángel Porrúa. Cuarta edición. México, 2004, p. 12.

⁶ VACAS FERNÁNDEZ, Félix. Op. Cit., p. 29. Ver apartado sobre migración en el Estado español.

⁷ *Idem, ibidem.*, p. 29.

⁸ DE LUCAS, Javier. "Sobre las políticas de inmigración en un mundo globalizado", en Antonio REMIRO BROTONS y MARTÍNEZ CAPDEVILA, Carmen. *Movimientos Migratorios y Derecho*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 7 (2003). Madrid, 2004. p. 24.

⁹ *Idem, ibidem.*, p. 26.

debidos a causas políticas, bélicas o religiosas,¹⁰ y más recientemente ambientales aunque tradicionalmente la causa económica es la que siempre estuvo presente tras la migración.

Para Saskia Sassen¹¹ el proceso migratorio actual presenta múltiples características que proceden de la reunión de las circunstancias que están presentes en nuestros días, es decir, las jerarquías formales del poder centradas en el Estado y que a su vez, es formada por el surgimiento de nuevas instituciones globales que van desde los mercados electrónicos financieros a los regímenes de derechos humanos.

Estas instituciones globales, a su vez, han permitido una multiplicación de dinámicas y actores políticos informales en un espacio que la autora denomina de "ciudades globales¹²". En estas "ciudades globales" existe lo que se considera un espacio parcialmente desnacionalizado que permite la promoción diaria y simultánea de políticas subnacionales y transnacionales, puesto que lo político se implanta y se reinventa a partir de un amplio espectro de intereses particulares de los actores críticos – las grandes empresas globales, las minorías y los inmigrantes – de este nuevo orden territorial¹³.

Por otro lado, nótese que mientras estas "ciudades globales" o mejor dicho, estas grandes metrópolis congregan los sectores líderes del capital global y un número considerable de grupos vulnerables, congrega, también, un terreno estratégico para una cantidad innumerable de conflictos y contradicciones. Sin embargo, el conflicto más importante es aquel que gira entorno de la estratificación del trabajo inmigrante.

En este contexto, la observación de estas "ciudades globales" lleva a la clara evidencia de una reestructuración de la demanda laboral en estos núcleos, separada en tres diferentes grupos, el primero sería un grupo con alto grado de especialización y que por lo tanto reciben los ingresos más elevados o, aún medianos, un segundo grupo formado por los trabajos de poca remuneración, que poseen escasa calificación, pero tienen total dominio del idioma y, por fin el grupo de los inmigrantes que producen servicios de todo y cualquier orden¹⁴.

¹⁰ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José. *La inmigración y el Asilo en la Unión Europea: hacia un espacio de libertad, seguridad y justicia*. Colex. Madrid, 2002, p. 17.; GARCÍA ESPAÑA, Elisa. *Inmigración y delincuencia en España. Análisis criminológico*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001, p. 25 y GUARDIOLA LAGO, María de Jesús. *El tráfico de personas en el Derecho Penal Español*. Arazandi. Navarra, 2007, p. 18.

¹¹ SASSEN, Saskia. *Inmigrantes en la Ciudad Global*. Página electrónica: http://www.nodo50.org/tortuga/article.php3?id_article=4093 (Acceso: 19 de julio de 2008).

¹² "Las ciudades globales son una especie de nueva zona fronteriza tanto para el capital global como para los nuevos actores políticos informales. No sólo el nuevo capital global, sino también los inmigrantes que trabajan y luchan en estas ciudades emergen como actores críticos en hacer la historia contemporánea postcolonial. (...) la ciudad global ha surgido como un lugar estratégico precisamente gracias a estas innovaciones y transformaciones en múltiples dominios institucionales. Factores claves de la globalización y digitalización económica se establecen en este tipo de ciudades y producen dislocaciones y desestabilizaciones de los órdenes institucionales y los marcos legales, regulatorios y narrativos vigentes para manejar las condiciones urbanas. Es justamente esta elevada concentración de nuevas dinámicas en estas ciudades lo que genera innovaciones y respuestas creativas. Se trata, muy probablemente, de un proceso que requiere cruzar un cierto umbral en cuanto a concentración y diversidad de condiciones". SASSEN, Saskia. *Inmigrantes en la Ciudad Global*. Op. Cit.

¹³ *Idem, ibidem*.

¹⁴ SASSEN, Saskia. *Women's burden: Counter-geographies of globalization and the feminization of survival*. Journal of international affairs. Spring. 2000, p. 503/524.

Lo que se puede decir es que el mundo actual presenta una verdadera estratificación mundial del mercado de trabajo, ya que la globalización económica propicia todo un conjunto de condiciones específicas de inserción laboral de los inmigrantes a través de los empleos de baja calidad - aquellos “trabajos serviles” siempre rechazados por los ciudadanos¹⁵ o, aún, como aduce Claudia Pedone: “empleos inestables, precarios y estacionales donde acude la mano de obra migrante extracomunitaria en condiciones de irregularidad jurídica que favorece la explotación de trabajadores y trabajadoras con débiles pautas de contratación”¹⁶, ya que tales inmigrantes son una mano de obra barata, no sindicalizada y abundante.

Esta convivencia a partir de la asociación de los segregados actores con la intención de promover el provecho de una existencia común para los mismos, es más evidente cuando el mercado de trabajo inmigrante va destinado a la mujer también inmigrante, como veremos a continuación

2. DE LA FEMINIZACIÓN DE LA MIGRACIÓN

De todos son conocidas las tristes historias donde

el hombre, fuente de ingresos de su familia, emigra hacia otra ciudad o país, con la finalidad de ganar algún dinero ya que, donde ellos viven, prevalecen las condiciones inherentes a la pobreza o pobreza extrema y es imposible obtenerlo por la falta de oportunidades de trabajo. En un principio, la mujer/familia recibe envíos de dinero del hombre que se fue quien, a cambio, le pide que se quede viviendo en el mismo lugar, para esperar a que regrese el jefe de familia.¹⁷

Así se pudo observar en toda la historia de las sociedades tradicionales, donde las mujeres no eran estimuladas a abandonar su hogar, ni a moverse más allá de los límites de la unidad familiar, puesto que su responsabilidad consistía en el cuidado de los hijos y, en algunas pocas sociedades, al cuidado de los padres mayores. La búsqueda de una vida mejor más allá del horizonte que determina el hogar siempre ha sido un privilegio de los varones¹⁸, pues la migración cuanto al hecho migratorio considerada un mero elemento de

¹⁵ CARUSO, Bruno. “Las políticas de inmigración en Italia y Europa. ¿Más Estado y Menos Mercado?”, en *Nuevos escenarios para el derecho del trabajo, familia, inmigración y noción de trabajador*. Libro homenaje a Máximo D’Antona. Marcial Pons. Colección Ediciones Jurídicas y sociales. Barcelona, 2001, p. 243.

¹⁶ PEDONE, Claudia. *Tu siempre jalas a los tuyos: Cadenas y redes migratorias de las familias ecuatorianas hacia España*. Tesis doctoral tutorada por la Dra. María Dolors Garcia Ramón. Universitat Autònoma de Barcelona. Facultat de Filosofia i Lletres. Departament de Geografia. Barcelona, noviembre de 2003, p. 56.

¹⁷ LOPÉZ GARACHANA, María Josefa. “Retos que enfrentan las mujeres solas en el siglo XXI”, en *La Igualdad no es una Utopía. Nuevas Fronteras: Avances y Desafíos*. Anales del 10º. Congreso Internacional e Interdisciplinar Mundos de Mujeres. Thomson. Madrid, 2008, p. 150.

¹⁸ SKROBANEK, Siriporn; BOONPAKDI, Nattaya y JANTHAKEERO, Chutima. *Tráfico de Mujeres: Realidades humanas en el negocio internacional del sexo*. Trad. Merche Comabella. Narcea. Madrid, 1999, p. 46/47. No se pretende un análisis detallado de la cuestión del género en este trabajo, porque este no es el objeto concreto de estudio, pero se reconoce la necesidad de tocar el tema de manera tangencial y en este sentido para poder definir de manera muy sucinta lo que viene a ser género, podríamos decir que “género hace referencia a los roles, responsabilidades y oportunidades asignados al hecho de ser hombre y ser mujer y a las relaciones socioculturales entre mujeres y hombres y niñas y niños. Estos atributos, oportunidades y relaciones están socialmente construidos

elección y decisión familiar ya que la migración femenina es consecuencia de la agrupación familiar.

Este prejuicio cuando sumado a los intereses de los Estados centrales estableció a partir del Consejo Europeo de Tampere, en 1999

una política migratoria común basada en un sistema de migración ordenada en función de las necesidades laborales y económicas, diseñando plataformas sexuadas (y sexistas) de entrada y residencia regular: el trabajo formal masculinizado y la reagrupación familiar para esposas dependientes (...) hemos construido y consolidado una ciudadanía laboral que reconoce derechos al trabajador, previamente definido como hombre y cabeza de familia¹⁹.

Por esta razón, la explotación laboral internacional hay mostrado de manera general una preferencia por los trabajos realizados por los hombres. Por otro lado, este pensamiento encuentra algunas fronteras en la actualidad, ya que es posible observar en materia de migración algunas transformaciones estructurales en las sociedades de origen y de llegada.

Sino, cumple observar que el 49% de los migrantes en 2005 eran mujeres. En tiempos actuales las mujeres representan la mayoría de los migrantes a los Estados considerados desarrollados, pues suman 52,2%. Sin embargo, son solamente 45,5% cuando se refiere a la migración para Estados subdesarrollados²⁰.

La feminización de los flujos migratorios es un hecho constatado hace poco tiempo y el punto de partida para su análisis generalmente encuentra fundamentación en la idea de que la mujer pasa a ser parte, es decir, no consecuencia, de un proyecto familiar estructurado en decisiones de socialización entre género y generaciones²¹. Es en otras palabras afirmar que, muchas son las mujeres que pasan a encabezar una familia

y se aprenden a través del proceso de socialización. Son específicos de cada cultura y cambian a lo largo del tiempo, entre otras razones, como resultado de la acción política. En la mayor parte de las sociedades hay diferencias y desigualdades entre mujeres y hombres en las actividades que realizan, en el acceso y control de los recursos así como en las oportunidades para tomar decisiones. El género es parte del contexto sociocultural. Otros importantes criterios del análisis sociocultural incluyen la clase social, la raza, el nivel de pobreza, los grupos étnicos y la edad". E añade, "ese conjunto de roles, responsabilidades y oportunidades asignados al hecho de ser hombre y ser mujer forma parte de la identidad de los sujetos, de su concepción del mundo y de su propia subjetividad. Tienen una gran fuerza porque (...) están en la base de la identidad de género de todas las personas y de las identidades sociales asignadas y reconocidas al resto de las personas (...). Si algo es indiscutible para las personas, es el significado de ser mujer o ser hombre, los contenidos de las relaciones entre mujeres y hombres y los deberes y prohibiciones para las mujeres por ser mujeres y para los hombres por ser hombres". LÓPEZ MÉNDEZ, Irene y SIERRA LEGUINA, Beatriz. "El concepto de género", en *Integrando el análisis de género en el desarrollo: Manual para técnicos de cooperación*. IUDC. Madrid, 2001, p. 2/3.

¹⁹ MESTRE I MESTRE, Ruth M. "Género y Extranjería/ciudadanía", en *La Igualdad no es una Utopía. Nuevas Fronteras: Avances y Desafíos*. Anales del 10º. Congreso Internacional e Interdisciplinar Mundos de Mujeres. Thomson. Madrid, 2008, p. 212.

²⁰ VACAS FERNÁNDEZ, Félix. Op. Cit., p. 34.

²¹ GARCÍA CANCLINI, Néstor. "Introducción: La sociología de la cultura de Pierre Bourdieu", en Bourdieu, Pierre. *Sociología y cultura*. CNCA y Editorial Grijalbo. México, 1990, p. 10.

monoparental y por esta razón ellas pasan a intervenir de manera decisiva en el fenómeno migratorio ya que ellas mismas pasan a poner en marcha la referida cadena migratoria.

Pero, hay que reflexionar sobre cuál es el elemento que pasó a cambiar ese modo de enfrentamiento en el tema de la migración. Es verdad que muchos son los factores, sin embargo, un ejemplo claro de elemento de atracción para el establecimiento de la migración femenina es la incorporación de la mujer en el mercado de trabajo asalariado en los Estados considerados centrales.

Sino, véase que determinada demanda, es decir, la feminización del mercado de trabajo aún que en condiciones de desigualdad en todos los países del mundo, cuando auxiliada por los problemas estructurales y económicos de los países periféricos, termina por determinar los flujos migratorios femeninos de los países subdesarrollados hacia los Estados desarrollados²², formando un proletariado feminizado en estos centros.

Dicha afirmación encuentra apoyo en los datos estadísticos, ya que estos revelan que fue desde mediados del decenio de 1980 cuando un número cada vez mayor de mujeres se desplazaron por su cuenta para asumir puestos de trabajo en otros países.²³ Es decir que los cambios de la demanda laboral en los países de llegada pueden de una manera o de otra transformar la oferta inmigrante.

Sin embargo, se percibe que la idea de un estatus de menor rechazo social y una supuesta igualdad social traída con la posibilidad de acceso al trabajo asalariado en los Estados considerados de destino consiste, en la mayoría de las veces, en una gran falacia, puesto que tales conceptos cuando son aplicados al paradigma de la feminización de la inmigración, encuentra su fundamentación en la pertenencia y sujeción de estas mujeres emigrantes a dos grupos de trabajos. El primero, sigue el camino de los servicios domésticos²⁴, venta callejera, personal de bares y/o restaurantes o los trabajos donde se

²² SASSEN, Saskia. "Notes on the incorporation of third world women into wage-labor through immigration and off shore production", en *International Migration Review*, v.18, n.4. 1984., p. 1150.

²³ MORENO FONTES-CAMMARTIN, Gloria. "Las trabajadoras migrantes en el mercado de trabajo. Tendencias y problemas a escala mundial", en *Noticias de género de la OIT*. Edición Especial sobre la Mujer y la Migración por el día Internacional de la mujer. 2007, p. 2. Añade que las tendencias indican que las mujeres que emigran son jóvenes, solteras, viudas o divorciadas, y que estas trabajadoras no siempre tienen hijos y, de tenerlos, rara vez los ven.

²⁴ Según Emma Martín Díaz el servicio doméstico constituye para las mujeres migrantes de la actualidad la más importante fuente de trabajo con carácter legal. Hecho que a su vez exige de los Estados centrales un verdadero cambio de sus legislaciones, regulación y reconocimiento de esta actividad laboral. En el caso español, las peculiaridades de la Ley de Extranjería y de la Ley que regula el servicio doméstico establece un conglomerado de preceptos que dificulta el reconocimiento social del servicio doméstico para las inmigrantes. CASAL, Marta y MESTRE I MESTRE, Ruth. "Migraciones femeninas", en DE LUCAS, Javier y TORRES, Francisco. *Inmigrantes: ¿cómo los tenemos? Algunos desafíos y (malas) respuestas*. Talasa Madrid, 2002, p. 123. Hoy, en España, muchas son las mujeres inmigrantes que mientras se incorporan al servicio doméstico, se ven sometidas a una doble limitación, pues como inmigrantes que son ven una significativa disminución de sus derechos, y como trabajadoras están sujetas a una legislación laboral discriminatoria con respecto a otros sectores de la actividad. Pero, estos no son los únicos abusos a que están sometidas las mujeres migrantes. Hay también aquellos abusos frutos de condiciones demandadas por un nuevo pensamiento racista que se fundamenta en elementos étnicos. Y así cabe destacar que "En general, se tiende a buscar alguien que pueda suplantar al "ama de casa", creándose una escala de preferencias basada en elementos étnicos, y no en saberes y experiencias profesionales, que carecen de reconocimiento formalizado". Además, se percibe que la idea de inferioridad étnico-nacional de las domésticas inmigrantes bajo sus empleadoras aún está muy extendida. El nuevo significado del papel de "ama de casa" y el reconocimiento de las trabajadoras migrantes como "domésticas" supone una peligrosa reformulación de los modelos de género imperantes, ya que por un lado, el poder de

realizan actividades productivas y el segundo grupo se refiere a la industria sexual, sea para el ejercicio de la prostitución propiamente dicha o más específicamente para el tráfico ilegal de mujeres²⁵ para su posterior explotación sexual comercial²⁶.

Así, es posible afirmar que los instrumentos estructurales de exclusión social típicos de los contextos neoliberales de globalización actuales encuentran refuerzo cuando se aplican hacia los más débiles y en este caso hacia la discriminación del trabajo femenino²⁷.

Esa circunstancia encuentra refuerzo en el hecho de que las pautas migratorias de la población femenina difieren de las de los hombres, ya que las mujeres no poseen los mismos antecedentes sociales y sus razones para emigrar son diversas, como diferente son, también, sus recursos para viajar y sus destinos²⁸. Hechos que, a su vez, generan un tipo de rede informal de ayuda a esta migración considerada discriminatoria y, por lo tanto, marginal.

2.1. REDES INFORMALES DE AYUDA *versus* EL PÁNICO POPULAR DE LAS "ESCLAVAS SEXUALES"

En un primero momento, cumple preguntar: ¿qué se puede considerar como redes informales de ayuda a la migración femenina? De pronto se puede afirmar que estas redes son lo que vulgar, mediática y criminológicamente se conoce como poderosas mafias internacionales que mediante engaño explotan las pobres mujeres²⁹ víctimas de la trata. Sin embargo, nótese que en realidad estas redes de tráfico esconden una multiplicidad de

las empleadoras se centra en el control sobre la persona empleada y no sobre las actividades realizadas; y por otro, el papel de las "domésticas migrantes" de países periféricos acentuando una doble desigualdad en tanto que encargadas de realizar las actividades "sucias" del hogar. "Su origen cultural distinto fomenta un racismo implícito que pone en duda el supuesto ideológico sobre el género femenino: a saber, que todas las mujeres son capaces y saben realizar "bien" las tareas domésticas. La puesta en duda de los conocimientos, las relaciones intergénero, marcadas por la desigualdad en el poder en la que se enmarca este empleo y los problemas que generan los conflictos entre empleadoras-empleadas, son signos del nuevo eurocentismo colonial en el que estamos incertos". MARTÍN DÍAZ, Emma. "Mujeres, Derechos y Migraciones: Crónica de una injusticia (más o menos) legal", en *La Igualdad no es una Utopía. Nuevas Fronteras: Avances y Desafíos*. Anales del 10º. Congreso Internacional e Interdisciplinar Mundos de Mujeres. Thomson. Madrid, 2008, p. 198/200.

²⁵ Nótese que a pesar de la autora reconocer la existencia de la trata de hombres y/o niños para la posterior explotación sexual comercial. El trabajo solamente tendrá atención a las mujeres víctimas de referido hecho. En lo que atañe la explotación de niños véase: RODRIGUES MESA, María José. "Explotación sexual y pornografía infantil. Un análisis de la regulación penal en España a la luz de los requerimientos internacionales y comunitarios", en ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier. (Dir); ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli y VENTURA PÜSCHEL, Arturo. (coords). *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: La política criminal europea*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009, p. 321/339.

²⁶ SASSEN, Saskia. *Women's Burden: Op. Cit.*, p. 504.

²⁷ MAQUEDA ABREU, María Luisa. "Mujeres Inmigrantes. ¿mujeres vulnerables?", en *La Igualdad no es una Utopía. Nuevas Fronteras: Avances y Desafíos*. Anales del 10º. Congreso Internacional e Interdisciplinar Mundos de Mujeres. Thomson. Madrid, 2008, p. 187.

²⁸ SKROBANEK, Siriporn; BOONPAKDI, Nattaya y JANTHAKEERO, Chutima. *Op. Cit.*, p. 34.

²⁹ Nótese que la autora reconoce la existencia de la trata de hombres y/o niños para la posterior explotación sexual comercial y también para otras prácticas. En lo que atañe a la explotación de niños véase: RODRIGUES MESA, María José. "Explotación sexual y pornografía infantil: Un análisis de la regulación penal en España a la luz de los requerimientos internacionales y comunitarios". En: ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier (Dir.); ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli y VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Coords.). *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: La política criminal europea*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009, p. 321/339.

distintas organizaciones (e incluso fenómenos de carácter familiar) que no siempre coinciden con esta imagen estereotipada³⁰.

De esta manera se observan los casos de mujeres víctimas del engaño de una amiga cercana y/o, también, de las mujeres vendidas por sus familiares, y en esta coyuntura no se habla de "red de apoyo" a la facilitación del ejercicio de estos trabajos desregularizados, privatizados y feminizados ofrecidos de manera estratificada en los países centrales. La gran mayoría de las veces esos contactos forman parte de un conjunto de las "redes sociales" con caracteres, sobre todo, de parentesco, de amistad o vecindad.

Coincidimos con Carmen Gregorio Gil en el sentido de que no se puede olvidar el hecho de que esos contactos se encuentran implicados, de una manera o de otra, en relaciones casi siempre profesionalizadas en el seno de organizaciones que están orientadas a proveer de medios necesarios a quienes se proponen emigrar y no pueden hacerlo de otra manera³¹, es en otras palabras sostener que aunque de manera indirecta estas "redes sociales" de la emigración están envueltas por las "redes marginales" de inmigración.

De esta manera, resulta interesante destacar la reestructuración global a partir de lo que Sassen llama "constrageografías de la globalización". El término es utilizado por esa autora para designar aquellos elementos directos o, también indirectos que a pesar de, en principio, no presentar conexiones con los procesos de la globalización, pueden resultar asociados a las circunstancias que posibiliten estructurar el núcleo de la economía global³².

Lo que la autora trae a discusión es la necesidad de observar en el mundo económico actual una tendencia a la facilitación de los flujos migratorios sean ellos internacionales o locales auxiliados a la promoción de un carácter marginal, que, a su vez, une elementos de la economía formal a los elementos de la economía sumergida y convierten a los ciudadanos – hombres y mujeres – en apenas migrantes.

Es en otras palabras decir que la feminización de la migración bajo la aplicación del modelo actual trae como consecuencia una autonomía de la mujer cuando de su elección del proceso migratorio. Sin embargo, tal movimiento tras el difícil acceso de las políticas discriminatorias y crecientemente restrictivas que dominan las reglamentaciones migratorias genera un movimiento de personas al margen de la autorización y reglamentación del Estado³³.

Por otro lado, importante tener en cuenta que tal fenómeno, es decir, la trata es digna de cuidado por parte del Estado que debe prevenir y punir su práctica. Pero, no se puede observar tal circunstancia bajo el prejuicio formado entorno de la idea de que el flujo de explotación del trabajo femenino tiene carácter marginal y que solamente, es

³⁰BAUCELLS LLADÓS, Joan y CUENCA GARCÍA, María José. "El perfil criminológico del tráfico para la explotación sexual en España: un fenómeno viejo con características nuevas". Citado por GARCIA ARÁN, Mercedes, en GARCÍA ARÁN, Mercedes. (Coord.). *Trata de personas y explotación sexual*. Comares. Granada, 2006. P. 143.

³¹GREGORIO GIL, Carmen. *Migración femenina. Su impacto en las relaciones de género*. Nancea. Madrid, 1998, p. 39.

³²SASSEN. Saskia. *Constrageografías de la globalización. Género y ciudadanía en los circuitos transfronterizos*. Edición: traficantes de sueños-Mapas. Queimada gráfica. Madrid, 2003, p. 34.

³³AZIZE, Yamila. "Empujar las fronteras: mujeres y migración internacional desde América Latina y el Caribe. ¿Migraciones, tráfico o un poco de cada cosa?" en OSBORNE VERDUGO, Raquel María. (coord.) *Trabajador@s del sexo: derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI*. Bellaterra. Barcelona, 2004, p. 167.

posible acceder a estos trabajos a través de las redes informales de ayuda, pues que tal hecho genera en las comunidades periféricas un punto de vista de la migración femenina fundamentado en la explotación de la mujer migrante por parte de los Estados centrales.

Para Maqueda Abreu, esta observación solamente favorece la representación de un "recurso que se ha evidenciado muy específicamente a la hora de alentar políticas públicas represivas y de control de los movimientos migratorios"³⁴ de cualquier orden, pues que:
se trata de una estrategia interesada que oculta prejuicios étnicos y de clase y, desde luego, de género frente a la temida autonomía de las mujeres, especialmente su autonomía sexual. Bajo ella, se silencian las raíces económicas, legales, sociales y políticas de una inmigración legítima que buscan ser ignoradas a toda costa.

Así, añade la autora que "las verdaderas perdedoras son las mujeres que quedan a merced de pánicos populares – como 'esclavas sexuales' – y de la falta de reconocimiento de su capacidad de agencia y de la realidad de sus proyectos emancipadores"³⁵

3. LEYES PARA EXTRANJEROS O MANIFIESTO PODER SOBERANO DEL ESTADO DE DESTINO?

Es verdad que el tema de la migración está casi siempre fundamentado en los elementos de expulsión en los países periféricos e atracción³⁶ en los Estados centrales. Sin embargo, nótese que el fenómeno migratorio constituye toda una heterogeneidad de causas, características, instrumentos y en fin, de elementos que, a su vez, promueven una cantidad infinita de problemas en el establecimiento de las acciones de política migratoria, puesto que "conduce a un modelo holístico, de aproximación global a su tratamiento, en el que todos los instrumentos, incluidos los convencionales y dentro de ellos tanto los multilaterales como los bilaterales, pueden ciertamente resultar útiles"³⁷.

En este estado de la cuestión aparece la problemática alrededor de una política de inmigración que se fundamenta en la negación del inmigrante, puesto que se le niega la

³⁴ MAQUEDA ABREU, María Luisa. *Mujeres Inmigrantes. ¿mujeres vulnerables?* Op. Cit., p. 185.

³⁵ *Idem, ibidem.*, p. 185. Es lo que se considera "enfoque trafiquista", que consiste en la simplificación de la realidad entre los malos y los buenos, es decir, de una parte están las mafias criminales que engañan y explotan y de otro las pobres víctimas engañadas y explotadas. De manera que no se admite prueba en contrario, ni de lo uno ni de lo otro, puesto que se trata de una estrategia interesada de raíces económicas, legales, sociales y políticas de una inmigración que busca ser ocultada a toda y cualquier costa. MAQUEDA ABREU, María Luisa. "La trata de Mujeres para la Explotación sexual", en SERRA CRISTÓBAL, Rosario. (Coord.). *Prostitución y trata: Marco jurídico y Régimen de Derechos*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007, p. 299.

³⁶ Los primeros, generalmente consisten en la necesidad vital de mejores condiciones para su desarrollo personal y social; ya los segundos son establecidos por la buena marcha de la economía en los Estados centrales ayudado por la disminución de la natalidad y necesidad de cubrir algunos sectores laborales. Dictamen del Comité Económico y Social sobre *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitaria de inmigración* COM (757) final. GUARDIOLA LAGO, María de Jesús. Op. Cit., p. 24; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Globalización, tráfico internacional de personas y derecho penal*, Estudios de Derecho Penal Carlos María Romeo Casabona (Dir.). Comares. Granada, 2004, p. 33; y LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Tráfico de personas e inmigración ilegal*. Tirant lo blach. Valencia, 2003, p. 24.

³⁷ VACAS FERNÁNDEZ, Félix. Op. Cit., p. 70.

libertad en su proyecto migratorio ya que no se le reconoce el derecho a inmigrar³⁸ del que todos son merecedores y que debería ser asegurado por todos los poderes públicos.

A ese respecto es interesante traer las palabras de Ruiz Castillo cuando aduce que existe un derecho a emigrar, pero no existe un correlativo derecho de inmigrar³⁹, es en otras palabras afirmar que el derecho otrora reconocido difícilmente es puesto en práctica, puesto que en la realidad lo que se ejerce es el derecho de soberanía de las naciones en imponer restricciones o denegar la entrada a extranjeros⁴⁰.

Por eso, se dice que el fenómeno de la inmigración en Europa pasa en la actualidad, por un cambio de conceptos, ya que de cuantitativo que era anteriormente pasa a ser cualitativo, es decir, el derecho de migrar asume una naturaleza discriminatoria, que hace distinción entre buenos y malos inmigrantes. La política migratoria actual asume una posición favorable entre los que se ajustan a lo que se considera inmigrantes necesarios ya que estos se encuentran adecuados a la coyuntura oficial del mercado formal de trabajo y rechaza otros tantos por realizar actos de delincuencia, o aún por ser considerados imposible aceptarlos⁴¹.

Castles, ha sintetizado el concepto de estos flujos de la siguiente manera: la inmigración necesaria consiste fundamentalmente en la entrada de capital financiero especulativo a través de la propiedad intelectual, trabajadores cualificados y/o necesarios para los nichos laborales que han de localizarse en el Norte⁴², ya la inmigración innecesaria o mejor dicho, no deseada hace mención a los "trabajadores de baja calificación, inmigrantes forzosos, refugiados, modos de vida alternativos, valores culturales no occidentales o definido sin más como particularistas".⁴³

³⁸ Derecho reconocido a nivel internacional en el art. 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948. "art. 13. 1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país". Así mismo estos derechos considerados fundamentales son reconocidos en el art. 12 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y con entrada en vigor en 23 de marzo de 1976. También reconoce los referidos derechos el art. 5 apartado D ii) de la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial* de 21 de diciembre de 1965 y art. 22 del Protocolo núm. 4 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales.

³⁹ RUIZ CASTILLO, María del Mar. "Marco Legal de la inmigración en la Unión europea", en *Revista de derecho social*. n. 21. Bomaizo 2003, p. 33. Con relación a ello es curioso percibir que el mismo art. 12 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* que garantiza el derecho de emigrar establece, también, límites a referido derecho. Si no, véase que el apartado 3 de este mismo artículo aduce que dicho derecho no será "objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, (...)".

⁴⁰ SKROBANEK, Siriporn; BOONPAKDI, Nattaya y JANTHAKERO, Chutima. Op. Cit., p. 43.

⁴¹ DE LUCAS, Javier. Sobre las políticas de inmigración en un mundo globalizado, en *Movimientos Migratorios y Derecho*. Op. Cit., p. 27.

⁴² Dicha circunstancia se fundamenta en el panorama del mercado laboral europeo, donde aquellas plazas antes designadas a los naturales de los países desarrollados se quedan vacantes, ya que existe una escasez de la mano de obra cualificada en Europa para el sostenimiento de la economía europea. Esta cuestión se refleja en la propuesta presentada por la comisión europea de instituir la "tarjeta azul" para inmigrantes de terceros países con alta calificación profesional.

⁴³ CASTLES, Stephen. Globalization and immigration. *Paper* en el *International Symposium on Immigration Policies in Europe and the Mediterranean*. Barcelona, 2002. Citado por MARTÍNEZ DE PISÓN, José y GIRÓ, Joaquín. *Inmigración y ciudadanía. Perspectivas sociojurídicas*. Servicio de publicaciones de la Universidad de La Rioja. Logroño, 2003, p. 23.

Así, es posible decir que consiste en un grande engaño asegurar que el discurso de los gobiernos europeos se fundamenta en una política restrictiva al ingreso específico de los inmigrantes extracomunitarios. No, pues la referida política se ocupa de establecer la "inmigración necesaria" o, también, "legal" de la cual los Estados desarrollados reciben con gran facilidad y la "inmigración innecesaria" del extranjero preterido por los Estados considerados centrales.

Es el aumento de esta inmigración innecesaria que despierta en los Estados desarrollados la preocupación de controlar ese determinado flujo, puesto que la referida inmigración promueve, por otro lado, un *déficit* en las cuentas públicas de los Estado considerados centrales como ya se ha apuntado anteriormente.⁴⁴

Es también por la inmigración innecesaria que se manifiesta el poder soberano del Estado de destino en permitir o no permitir el acceso de los no nacionales en su territorio, estableciendo por lo tanto el cierre de las fronteras de los Estados a través de complejas y restrictas "leyes para extranjeros" que más que protegerlos de tratamientos xenófobos, protege a sus nacionales del contacto con lo que les parece diferente.

Nótese, que en lo que atañe a las materias de reagrupación familiar o de salvaguarda del derecho de asilo y refugio – materias referentes a las obligaciones internacionales – parte de la doctrina afirma que actualmente se han desarrollado legislaciones más restrictivas, fruto de una política fundamentada en el control de los flujos⁴⁵ o en otras palabras, de los malos flujos.

El establecimiento de una política que segrega los migrantes antes de su entrada genera la búsqueda por las redes informales de ayuda a la entrada en los Estados de atracción. En esta inmigración las personas son, generalmente, sometidas a medios que evitan el tratamiento digno que todo ser humano es poseedor por derecho.

De ahí la idea que la universalidad de los derechos humanos no tiene que está bajo el concepto de las fronteras de los Estados, es decir, la protección de los límites geográficos y de la soberanía de un país no justifican a utilización de políticas que posibiliten la explotación futura de cualquier persona, nacional o extranjero.

Entonces, cuál será la acción ideal para la contención del referido flujo? Para algunos autores "la tolerancia pluralista es la medida más eficaz tanto en la prevención de explosiones étnicas reactivas como en la integración a largo plazo de los inmigrantes a la vida urbana⁴⁶".

⁴⁴ Importante percibir que la autora no está de acuerdo con la idea de Guardiola Lago en lo que atañe al hecho de que el cierre progresivo de fronteras a través de normativas cada vez más complejas y estrictas para los extranjeros encuentra fundamento en la circunstancia del aumento significativo de la inmigración, puesto que este pasa a ser percibido como un fenómeno de "alarma social", de "amenaza" para los Estados receptores (Op. Cit., p. 25). La autora, a su vez, afirma que el fenómeno migratorio presenta dos tipos esenciales de migración; la "buena" y la "mala" y es esta última la que promueve todo el malestar para la estabilidad social y económica del Estado, mientras que la inmigración buena sólo promueve la inversión financiera y recauda impuestos para el Estado.

⁴⁵ DOMÍNGUEZ AMORÓS, Mario y OLIVELLA, Ana Isabel. *La Europa de Schengen: la política migratoria como control de flujos*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaén. Jaén, 2000, p. 234.

⁴⁶ PORTES, Alejandro. "Teoría de la inmigración para un nuevo siglo: problemas y oportunidades", en MORENTE MEJÍAS, Felipe. (ed.), *Inmigrantes, claves para el futuro inmediato*. Universidad de Jaén, Cuadernos étnicas. Jaén, 2000.

Mejor es afirmar que los Estados centrales y por lo tanto, considerados de destino consideren la existencia de los elementos de expulsión de los Estados considerados periféricos, de manera que vengan a establecer una colaboración con estos países, puesto que así garantizarían el derecho de los nacionales de estos países subdesarrollados de no verse obligados a ejercitar su derecho a emigrar⁴⁷ y cuando así elijan, es decir, cuando elijan migrar que esta elección sea libre de factores económicos, por lo menos.

CONCLUSIÓN

El fenómeno migratorio fundamentado en la concentración económica de los Estados centrales genera en estos países la necesidad del establecimiento de una política migratoria que, a su vez, se presenta como una política de identificación y acepte de los extranjeros considerados necesarios y el cierre de las fronteras a los demás, ya que son considerados innecesarios.

Esta circunstancia, auxiliada por los medios de comunicación y por el poco conocimiento sobre la relación de la economía *versus* fenómeno migratorio produce un verdadero aumento de la xenofobia de los ciudadanos centrales, además de generar las "redes informales de ayuda" a la esclavitud de los ciudadanos periféricos en los grandes centros económicos.

La esclavitud promovida en razón del fenómeno migratorio se realiza a través de dos especies esenciales: el comercio de personas representado por la trata y que consiste en la marginalización de los inmigrantes para diferentes actividades delictivas o no y el cruce ilegal de fronteras que puede ser realizado a través de las modalidades tráfico ilegal e inmigración clandestina.

Tal esclavitud es muy evidente en el proceso de feminización de la inmigración, ya que estas mujeres emigrantes (innecesarias) generalmente están subordinadas en los países de destino a los grupos domésticos o a la industria del sexo a través de la prostitución propiamente dicha o más específicamente en razón de la trata de mujeres para la explotación sexual comercial.

Nótese que no se pretendió en ningún momento victimizar a estos inmigrantes innecesarios, tampoco estereotipar estas redes ilegales o informales de ayuda a la inmigración irregular, pero analizar cómo funciona el mercado laboral global de la inmigración y sus reflejos para estos inmigrantes.

Por lo todo dicho, lo cierto es que el fenómeno de migración está acompañado de muchísima tensión, conflicto y desorden que termina por causar un cierto daño en el proceso de cambio social. De ahí, se puede decir que la transformación estructural por la que pasan los Estados desarrollados solamente será de gran relevancia para el futuro de la sociedad mundial si fundamentada en la reordenación de las fronteras, es decir, de las diferencias y esta es una tarea para los países desarrollados, ya que el éxito de este

⁴⁷ PEREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*. Op. Cit., p. 11.

proceso de migración es dependiente de ellos, de sus acciones, de la manera de pensar e intervenir en esta cuestión⁴⁸.

BIBLIOGRAFIA

- ARANGO VILA-BELDA, Joaquín. La fisonomía de la inmigración en España, en TAGUAS, David. (dir). *El Campo de las Ciencias y las Artes: El Nuevo Orden Demográfico*. Servicio de estudios del BBVA. Madrid, 2002.
- AZIZE, Yamila. Empujar las fronteras: mujeres y migración internacional desde América Latina y el Caribe. ¿Migraciones, tráfico o un poco de cada cosa? en OSBORNE VERDUGO, Raquel María. (coord.) *Trabajador@s del sexo: derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI*. Bellaterra. Barcelona, 2004.
- BAUCELLS LLADÓS, Joan y CUENCA GARCÍA, María José. "El perfil criminológico del tráfico para la explotación sexual en España: un fenómeno viejo con características nuevas". Citado por GARCIA ARÁN, Mercedes, en GARCÍA ARÁN, Mercedes. (Coord.). *Trata de personas y explotación sexual*. Comares. Granada, 2006.
- CARUSO, Bruno. "Las políticas de inmigración en Italia y Europa. ¿Más Estado y Menos Mercado?", en *Nuevos escenarios para el derecho del trabajo, familia, inmigración y noción de trabajador*. Libro homenaje a Máximo D'Antona. Marcial Pons. Colección Ediciones Jurídicas y sociales. Barcelona, 2001.
- CASAL, Marta y MESTRE I MESTRE, Ruth. "Migraciones femeninas", en DE LUCAS, Javier y TORRES, Francisco. *Inmigrantes: ¿cómo los tenemos? Algunos desafíos y (malas) respuestas*. Talasa Madrid, 2002.
- CASTLES, Stephen. Globalization and inmigration. *Paper en el International Symposium on Immigration Policies in Europe and the Mediterranean*. Barcelona, 2002. Citado por MARTÍNEZ DE PISÓN, José y GIRÓ, Joaquín. *Inmigración y ciudadanía. Perspectivas sociojurídicas*. Servicio de publicaciones de la Universidad de La Rioja. Logroño, 2003.
- DE LUCAS, Javier. "Sobre las políticas de inmigración en un mundo globalizado", en Antonio REMIRO BROTONS y MARTÍNEZ CAPDEVILA, Carmen. *Movimientos Migratorios y Derecho*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 7 (2003). Madrid, 2004.
- DOMÍNGUEZ AMORÓS, Mario y OLIVELLA, Ana Isabel. *La Europa de Schengen: la política migratoria como control de flujos*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaén. Jaén, 2000.
- GARCÍA CANCLINI, Néstor. "Introducción: La sociología de la cultura de Pierre Bourdieu", en Bourdieu, Pierre. *Sociología y cultura*. CNCA y Editorial Grijalbo. México, 1990.
- GARCÍA ESPAÑA, Elisa. *Inmigración y delincuencia en España. Análisis criminológico*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001.
- GREGORIO GIL, Carmen. *Migración femenina. Su impacto en las relaciones de género*. Nancea. Madrid, 1998.
- GUARDIOLA LAGO, María de Jesús. *El tráfico de personas en el Derecho Penal Español*. Arazandi. Navarra, 2007.
- LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Tráfico de personas e inmigración ilegal*. Tirant lo blach. Valencia, 2003.

⁴⁸ ARANGO VILA-BELDA, Joaquín. "La fisonomía de la inmigración en España", en TAGUAS, David. (dir). *El Campo de las Ciencias y las Artes: El Nuevo Orden Demográfico*. Servicio de estudios del BBVA. Madrid, 2002, p. 269.

- LOPÉZ GARACHANA, María Josefa. "Retos que enfrentan las mujeres solas en el siglo XXI", en *La Igualdad no es una Utopía. Nuevas Fronteras: Avances y Desafíos*. Anales del 10º. Congreso Internacional e Interdisciplinar Mundos de Mujeres. Thomson. Madrid, 2008.
- LÓPEZ MÉNDEZ, Irene y SIERRA LEGUINA, Beatriz. "El concepto de género", en *Integrando el análisis de género en el desarrollo: Manual para técnicos de cooperación*. IUDC. Madrid, 2001.
- LUDWIG KUNZ, Karl. "La discriminazione razziale e la problematicità della sua considerazione penale", en *Dei Delitti e delle Pene. Rivista di Studi Sociali, Storici e Giuridici sulla Questione Criminale*. Cuadrimestrale - anno VI - n. 3 (seconda serie) settembre-diciembre/99.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa. "La trata de Mujeres para la Explotación sexual", en SERRA CRISTÓBAL, Rosario. (Coord.). *Prostitución y trata: Marco jurídico y Régimen de Derechos*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa. "Mujeres Inmigrantes. ¿mujeres vulnerables?", en *La Igualdad no es una Utopía. Nuevas Fronteras: Avances y Desafíos*. Anales del 10º. Congreso Internacional e Interdisciplinar Mundos de Mujeres. Thomson. Madrid, 2008.
- MARTÍN DÍAZ, Emma. "Mujeres, Derechos y Migraciones: Crónica de una injusticia (más o menos) legal", en *La Igualdad no es una Utopía. Nuevas Fronteras: Avances y Desafíos*. Anales del 10º. Congreso Internacional e Interdisciplinar Mundos de Mujeres. Thomson. Madrid, 2008.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José. *La inmigración y el Asilo en la Unión Europea: hacia un espacio de libertad, seguridad y justicia*. Colex. Madrid, 2002.
- MESTRE I MESTRE, Ruth M. "Género y Extranjería/ciudadanía", en *La Igualdad no es una Utopía. Nuevas Fronteras: Avances y Desafíos*. Anales del 10º. Congreso Internacional e Interdisciplinar Mundos de Mujeres. Thomson. Madrid, 2008.
- MORENO FONTES-CAMMARTIN, Gloria. "Las trabajadoras migrantes en el mercado de trabajo. Tendencias y problemas a escala mundial", en *Noticias de género de la OIT*. Edición Especial sobre la Mujer y la Migración por el día Internacional de la mujer. 2007.
- PEDONE, Claudia. *Tu siempre jalas a los tuyos: Cadenas y redes migratorias de las familias ecuatorianas hacia España*. Tesis doctoral tutorada por la Dra. María Dolors Garcia Ramón. Universitat Autònoma de Barcelona. Facultat de Filosofia i Lletres. Departament de Geografia. Barcelona, noviembre de 2003.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Globalización, tráfico internacional de personas y derecho penal*, Estudios de Derecho Penal Carlos María Romeo Casabona (Dir.). Comares. Granada, 2004.
- PORTES, Alejandro. "Teoría de la inmigración para un nuevo siglo: problemas y oportunidades", en MORENTE MEJÍAS, Felipe. (ed.), *Inmigrantes, claves para el futuro inmediato*. Universidad de Jaén, Cuadernos étnicas. Jaén, 2000.
- RODRIGUES MESA, María José. "Explotación sexual y pornografía infantil. Un análisis de la regulación penal en España a la luz de los requerimientos internacionales y comunitarios", en ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier. (Dir); ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli y VENTURA PÜSCHEL, Arturo. (coords). *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: La política criminal europea*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009.
- RUIZ CASTILLO, María del Mar. "Marco Legal de la inmigración en la Unión europea", en *Revista de derecho social*. n. 21. Bomarzo. 2003.

- SASSEN, Saskia. *Contrageografías de la globalización. Género y ciudadanía en los circuitos transfronterizos*. Edición: traficantes de sueños-Mapas. Queimada gráfica. Madrid, 2003.
- SASSEN, Saskia. *Inmigrantes en la Ciudad Global*. Página electrónica: http://www.nodo50.org/tortuga/article.php3?id_article=4093 (Acceso: 19 de julio de 2008).
- _____. "Notes on the incorporation of third world women into wage-labor through immigration and off shore production", en *International Migration Review*, v.18, n.4. 1984.
- _____. *Women's burden: Counter-geographies of globalization and the feminization of survival*. Journal of international affairs. Spring. 2000.
- SKROBANEK, Siriporn; BOONPAKDI, Nattaya y JANTHAKKEERO, Chutima. *Tráfico de Mujeres: Realidades humanas en el negocio internacional del sexo*. Trad. Merche Comabella. Narcea. Madrid, 1999.
- VACAS FERNÁNDEZ, Félix. *Los tratados bilaterales adoptados por España para regular y ordenar los flujos migratorios: Contexto, marco jurídico y contenido*. Dykinson. Madrid, 2007.
- VICTAL ADAME, Óscar. *Derecho Migratorio Mexicano*. Editado por la Universidad Anáhuac del Sur y Miguel Ángel Porrúa. Cuarta edición. México, 2004.

A revisão contratual por excessiva onerosidade superveniente no Código de Defesa do Consumidor

Carla de Calvo Dantas¹

Universidade de Lisboa

INTRODUÇÃO

As relações de consumo no Direito brasileiro, sobretudo as que tenham duração prolongada no tempo, ainda que válidas e desejadas pelas partes, estão suscetíveis de serem desequilibradas em virtude da superveniência de acontecimentos que venham a afetar o circunstancialismo do contrato².

Em decorrência desta suscetibilidade, sobretudo a partir do século XX, momento histórico em que passaram a ser aferíveis, em todos os planos (diga-se, social, internacional, político, econômico, negocial), as consequências prejudiciais derivadas do exercício da autonomia da vontade³ - corolário do modelo liberal dos contratos -, houve uma mudança no tocante a perspectiva contratual. Daí porque, aquando da contemporaneidade contratual, período marcado por um forte apelo social, o modelo liberal do contrato entrou em crise.

Este cenário de crise, fora responsável por favorecer a busca de meios seguros para garantir o equilíbrio no seio dos contratos, coibir abusos e preservar os interesses sociais.⁴

No domínio do Direito brasileiro, as relações contratuais entre particulares, deram-se por alteradas mormente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Eis que esta, responsável por modificar a estruturação da sociedade brasileira para um Estado Social, com interesses sociais, impôs a necessidade de respeito aos enunciados e princípios norteadores do Estado Social, dentre estes a justiça social no âmbito dos contratos.⁵

Disto resultou a possibilidade de revisão ou resolução contratual, quando as relações fossem afetadas por fatos supervenientes à sua conclusão. E, tal cenário,

¹ Mestranda em Ciências Jurídicas - Direito Civil - pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Processual Civil pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar - Curitiba. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba - UNICURITIBA. Advogada, devidamente registrada nas Ordens dos Advogados brasileira e portuguesa

² CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil IX**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 552.

³ ASCENSÃO, **Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil**. 2004. p. 4. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-ALTERACAO-DAS-CIRCUNSTANCIAS-E-JUSTICA-CONTRATUAL-NO-NOVO-CODIGO-CIVIL.pdf>>. Acesso em 15 ago. 2016.

⁴ GLITZ, Anotações sobre a cláusula de Hardship e a Conservação do Contrato Internacional. In: **Jus Navigandi**, v. 2769, p. 18378, 2011. p. 5.; GLITZ, **Contrato e sua conservação: Lesão e Cláusula de Hardship**. Curitiba: Juruá Editora. 2008. p. 31-33.

⁵ Neste sentido: GLITZ, **Contrato e sua conservação**, Op. Cit. (n. 3), p. 37 e 40.

fosse o responsável por modificar as circunstâncias em que se deu o fecho do contrato.

Entretanto, até o ano de 1990, os tribunais brasileiros justificavam esta possibilidade (para além de encontrarem fundamento na Constituição Federal) nas diferentes teorias revisionais, as quais atribuíram nova roupagem à cláusula *'rebus sic stantibus'* e que foram desenvolvidas especialmente na Europa. Exemplifica-se: a teoria da pressuposição⁶, da imprevisão⁷, da base do negócio⁸, alteração das circunstâncias⁹, assim como teorias pautadas nas cláusulas gerais da boa-fé e da confiança¹⁰.

Com a vigência da Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990, doravante Código de Defesa do Consumidor, a mudança de paradigma no tocante aos contratos fora positivada perante o Direito brasileiro. Dado que o referido Código fora compilado de modo a separar as bases que abarcavam as ideias do liberalismo contratual, fazendo constar a efetivação do princípio da conservação do contrato no seu artigo 6º, inciso V.¹¹

UMA VISÃO GERAL SOBRE O INSTITUTO DA EXCESSIVA ONEROSIDADE SUPERVENIENTE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O artigo 6º, segunda parte do inciso V, do Código de Defesa do Consumidor, prevê como direito básico do consumidor a revisão das cláusulas contratuais *"em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas"*.

Importa, antes de mais, ter em atenção que a revisão contratual por excessiva onerosidade superveniente consoante o Código de Defesa do Consumidor é direito tão somente do consumidor. Portanto, fundamentar a revisão contratual no CDC, não é extensível ao fornecedor.

Tal delimitação encontra justificativa na vulnerabilidade do consumidor face ao fornecedor, vulnerabilidade esta que sustenta toda a linha filosófica do Código de Defesa do Consumidor. Ainda, a qual explica terem sido as normas desta codificação sistematizadas a partir da ideia de proteção do consumidor, posto que é o ponto de partida de toda a teoria e aplicação do CDC.¹²

Noutro diapasão, para que seja verificável a revisão dos contratos consumeristas em decorrência de acontecimentos supervenientes, necessário se faz

⁶ Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**. v. II. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 124; COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009.p. 326; CORDEIRO, **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 978.

⁷ Cfr. COSTA, **Direito das Obrigações**, Op. Cit. (n. 5), p. 325.

⁸ LEITÃO, **Direito das Obrigações**, Op. Cit. (n. 5), p. 124-126; CORDEIRO, **Da boa fé no Direito Civil**, Op. Cit. (n. 5), p. 1046-1048.

⁹ PINTO, Carlos da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 606-607.

¹⁰ ASCENSÃO, **Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil**., Op. Cit. (n. 2), p. 5.

¹¹ LYNCH, Maria Antonieta. Da cláusula *rebus sic stantibus* à onerosidade excessiva. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 46, n. 184, 2009, p. 15.

¹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 8.

a comprovação, cumulativa, de alguns requisitos legais e pressupostos de admissibilidade.

De antemão, têm de ser os contratos consumeristas comutativos de execução continuada¹³, seja periódica ou de execução única, mas diferida¹⁴.

Ainda, para que se verifique a revisão contratual por excessiva onerosidade, cabe a demonstração da eclosão de um evento superveniente. Este deve ser o responsável por causar excessiva onerosidade para o consumidor. E mais, o responsável por romper com o equilíbrio económico-financeiro da relação contratual¹⁵.

Basta, deste modo, que o evento causador de excessiva onerosidade para o consumidor seja superveniente. Não relevando, no entanto, que o fato seja imprevisível, extraordinário, irresistível, ou até mesmo que poderia ter sido previsto, mas não foi^{16,17}.

No entanto, ainda que não careça de extraordinariedade o fato superveniente, cumpre estar fora da álea contratual típica do contrato de consumo, não sendo permitido ao consumidor se beneficiar deste dispositivo quando a onerosidade decorrer do risco ordinário do contrato. Nomeadamente porque, muito embora seja o consumidor vulnerável dentro de uma relação de consumo, não pode ser considerado imune aos riscos¹⁸.

Cabe ter em atenção que existe, nas relações de consumo, um sistema diferenciado de riscos. Na medida em que há imposição de um risco maior para o fornecedor e de

¹³ Cabe ressaltar que se admite, excepcionalmente, revisão contratual no âmbito consumerista de contratos findos. Tal posicionamento segue entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) brasileiro (sumula n. 286), que admite a possibilidade de revisão de contratos extintos, quando houver abusividade nos casos de renegociação de contrato bancário e confissão de dívida, o que demonstra, que em casos excepcionais, haverá possibilidade de revisão de contrato já extinto.

¹⁴ LYNCH, Maria Antonieta. Da cláusula *rebus sic stantibus* à onerosidade excessiva, Op. Cit. (n. 10), p. 17; CAVALIERI FILHO, Sérgio, **Programa de Direito do Consumidor**, Op. Cit., p. 107.

¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio, **Programa de Direito do Consumidor**, Op. Cit. (n. 11), p. 37, 90 e 107; ASCENSÃO, **Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil**, Op. Cit. (n.2), p. 9 ss.

¹⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. p 783.; NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código De Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 146-147; LYNCH, Maria Antonieta. Da cláusula *rebus sic stantibus* à onerosidade excessiva, Op. Cit. (n. 10), p. 16.

¹⁷ Neste sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível nº 20050111058729APC. Julgamento em 13 de janeiro de 2010., faz referência expressa de que a onerosidade excessiva possibilitada pelo Código de Defesa do Consumidor dispensa a prova da imprevisibilidade e extraordinariedade do evento, sendo tão somente importante a demonstração objetiva de uma onerosidade excessiva superveniente ao consumidor.; No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. T3 – Terceira Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 374.351/RS – 2001/0150325-9. Julgamento em: 30 de abril de 2002; BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação nº 19990110089935APC. Julgamento em 6 de agosto de 2014.

¹⁸CAVALIERI FILHO, Sérgio, **Programa de Direito do Consumidor**, Op. Cit. (n. 11), p. 108; LYNCH, Maria Antonieta. Da cláusula *rebus sic stantibus* à onerosidade excessiva, Op. Cit. (n. 10), p. 17; KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 103-104.

um risco menor para o consumidor. Tanto é assim, que o fornecedor não está autorizado a valer-se do art. 6º, inciso V do CDC para requerer a revisão contratual por excessiva onerosidade superveniente.¹⁹

Outrossim, necessário que este evento superveniente ocasione desequilíbrio no contrato, capaz de fazer desaparecer o seu fim essencial, a equivalência entre a prestação e contraprestação. Sobretudo porque houve a quebra da base negocial objetiva e causou excessiva onerosidade ao consumidor^{20, 21}

Ademais disto, não pode o consumidor estar em mora ao tempo do pedido revisional. Conquanto seja o consumidor vulnerável, permitir a revisão do contrato consumerista de um consumidor em mora, seria forma de privilegiar aquele que deu causa à situação de desequilíbrio e ainda gerar uma insegurança no âmbito dos contratos de consumo.²²

Por fim, a onerosidade ocasionada deve ser expressiva. Ainda que não tenha aqui a necessidade de demonstrar que o fato gerou excessiva onerosidade para o lesado e extrema vantagem para a contraparte, não se admite a aplicação do instituto às situações em que esta tenha sido ínfima, irrelevante.

EFEITOS DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A preferência do sistema consumerista dá-se pela revisão do contrato em razão dos princípios da conservação do contrato, boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores (art. 4º, inciso III do CDC). Ainda, na reconhecida e tutelada vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, inciso I do CDC) decorrente do princípio constitucional da igualdade (art. 5º, *caput* da Constituição Federal)²³.

Também, assim se perfaz nos termos do §2º do art. 51 do CDC, que entende pela manutenção do contrato sempre que possível, ainda que o negócio esteja contaminado com cláusulas abusivas ou nulas de pleno direito²⁴. E mais, justifica-se tendo em vista as características da relação de consumo, em que o fornecedor é

¹⁹ KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 105.

²⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, Op. Cit. (n. 15), 2002, p. 783.

²¹ No caso de leasing em dólar o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu pela revisão da cláusula que determinava como índice de correção monetária o dólar norte-americano, em decorrência da desvalorização da moeda nacional com relação à moeda estrangeira, porque houve a quebra da base objetiva do negócio. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70001377498. Julgamento em 19 de outubro de 2000. Também neste sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação 19990110089935APC. Julgamento em 6 de agosto de 2014.

²² ARAUJO NETO, Nabor B. de. **A revisão contratual no Código de Defesa do Consumidor: análise do art. 6º, inciso V, da Lei 8.078/90**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 14, n. 88, 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9440>. Acesso em 15 ago. 2016.

²³ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código De Defesa do Consumidor**, Op. Cit. (n. 15), p. 190

²⁴ KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo**, Op. Cit. (n. 18), p. 117.

integralmente responsável pelos riscos do negócio e o detentor do conhecimento técnico para implementar e oferecer o produto no mercado²⁵.

Para se beneficiar da modificação das cláusulas contratuais em virtude da excessiva onerosidade superveniente, deve, o pleito judicial restar fundamentado de forma a combinar os artigos 6º, inciso V e 51º, inciso IV do CDC.

Nesta medida, de antemão, caberá o reconhecimento da nulidade da cláusula que alterada se tornou abusiva consoante art. 51º, inciso VI do CDC. Havendo a possibilidade de apenas isolar a cláusula contratual abusiva e preservar o contrato, em nome do princípio da conservação do contrato e desde que provocado pelo consumidor nos termos do art. 6, inciso V do CDC, deverá o julgador revisá-lo²⁶⁻²⁷. Isto decorre do fato de a regra do art. 51, §6º do CDC, que determina a nulidade, somente afetar a cláusula abusiva e não o contrato como um todo.

Relativamente a revisão da cláusula contratual abusiva, por vezes, haverá cláusula supletiva na lei que deverá substituí-la. Contudo, quando não houver, caberá ao julgador, por equidade, formular nova cláusula a fim de reaver o equilíbrio e a equivalência das prestações.²⁸

Na hipótese de a nulidade da cláusula afetar o contrato como um todo e quando não for possível o contrato subsistir sem ela – como, por exemplo, quando a nulidade for declarada com relação a cláusula que trata do objeto, diga-se cláusula essencial para a sobrevivência do contrato – a relação contratual será nula nos termos do artigo 51, inciso IV e §1º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor.²⁹

A REVISÃO DOS CONTRATOS DE CONSUMO A PEDIDO DO FORNECEDOR

Finalmente, cabe refletir sobre a hipótese de o fornecedor se beneficiar da modificação das cláusulas contratuais afetadas por excessiva onerosidade superveniente.

Consoante sobredito, resta vedado ao fornecedor recurso ao artigo 6º, inciso V, porque o Código de Defesa do Consumidor fora sistematizado a partir da ideia de proteção do consumidor. Portanto, instituiu tão somente os direitos do consumidor de modo a lhe oportunizar, propositadamente, maior proteção porque vulnerável. E

²⁵ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código De Defesa do Consumidor**, Op. Cit. (n. 15), p. 190

²⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio, **Programa de Direito do Consumidor**, Op. Cit. (n. 11), p. 163-165.

²⁷ Ressaltando a pretensão de reequilíbrio contratual estar amparada na alegação de nulidade de cláusula iníqua ou abusiva, a teor do artigo 6º, incisos IV e V, e artigo 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor: BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão nº 20130369540 SC 2013.036954-0. Julgamento em 20 de novembro de 2013; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. T4 – Quarta Turma. Recurso Especial nº 437.660 - SP (2002/0056040-9). Julgamento em 08 de abril 2003.

²⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio, **Programa de Direito do Consumidor**, Op. Cit. (n. 11), p. 165.

²⁹ KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo**, Op. Cit. (n. 18), p. 118.

mais, decorre nesses termos porque o fornecedor é um profissional que assume na contratação riscos maiores que o consumidor.³⁰

Todavia, em que pese seja o fornecedor o profissional da relação contratual e não goze dos mesmos direitos legais do consumidor, ele não é imune à superveniência de fato que venha a causar excessiva onerosidade no decurso da execução do contrato.

Nos termos do artigo 4º, inciso III do CDC, a Política Nacional de Relação de Consumo tem por objeto a *"harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores"*.

Nesta medida, não se pode conceber que uma relação contratual que deva ser equilibrada possa subsistir de forma desequilibrada. E, nesta medida que seja vedado ao fornecedor, diga-se, o qual fora prejudicado excessivamente pela eclosão de evento superveniente, a possibilidade de beneficiar-se de qualquer medida que venha a desonerá-lo da excessiva onerosidade superveniente.

Por esta razão, intentando o fornecedor a revisão contratual por evento superveniente, para invocar o instituto da onerosidade excessiva, deverá recorrer a regulamentação do Código Civil – artigos 317º, 478º a 480º do Código Civil –, demonstrando, todos os requisitos exigíveis, para tanto.³¹

CONCLUSÕES: O PARALELO ENTRE OS DIREITOS BRASILEIRO E PORTUGUÊS

A possibilidade de modificar os contratos consumeristas para retomar o sinalagma funcional afetado diante do advento de uma situação superveniente que alterou as circunstâncias em que as partes assentaram a decisão de contratar está disciplinada, tanto no ordenamento jurídico brasileiro, quanto no português.

Não obstante estas sistemáticas jurídicas apresentem soluções para problemas equivalentes, os moldes das soluções apresentadas carregam especificidades que lhes são próprias nesta matéria, mesmo que nalguma medida comportem semelhanças. Veja-se.

Frente à Ordem Jurídica brasileira o tratamento para as relações de consumo consta do Código de Defesa do Consumidor, artigo 6º, inciso V, o qual clama para a sua invocação, cumulação com o artigo 51, inciso IV, e tal decorre desde que o pedido seja feito pelo consumidor. Tudo, conforme alhures referido.

³⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio, **Programa de Direito do Consumidor**, Op. Cit. (n. 11), p. 8 e 106.

³¹ KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo**, Op. Cit. (n. 18), p. 106. Em sentido contrário, entendendo, todavia, que o permissivo revisional é unilateral, destinado apenas ao consumidor porque a lei assim dispõe: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, Op. Cit. (n. 15), p 783.

Sendo do interesse do fornecedor ver o contrato modificado pela mesma ordem de razões, deverá fundamentar o seu pleito nos artigos 317, 478 a 480 do Código Civil brasileiro³². E mas, deverá comprovar, de forma cumulativa, todos os requisitos legais e pressupostos de admissibilidade exigidos.

Diante do sistema jurídico português, não há distinção de tratamento para as relações consumeristas, marcadas por contratos entre desiguais, e para as relações cíveis, marcadas por contratos entre iguais, notadamente no que respeita a temática da modificação contratual por perda da equivalência entre as prestações. Eis que o recurso se dá, para ambos os casos, aos artigos 437º a 439º do Código Civil³³.

Nesta medida, para que haja modificação do contrato desequilibrado de forma superveniente, nomeadamente porque o plano contratual passou a não mais corresponder aos termos convencionados aquando da conclusão do contrato e o seu cumprimento tornou-se extremamente difícil³⁴, devem as partes comprovar, de forma cumulativa, os requisitos que se passa a elencar.

De partida, terão de estar em causa contratos comutativos, bilaterais ou unilaterais³⁵, de execução contínua³⁶, com obrigações reiteradas ou prestações de execução divididas, assim como contratos de execução instantânea, contanto que diferida³⁷. A mais, também poderão tratar-se de contratos aleatórios, desde que de

³² Acerca do tema, cfr: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito dos Contratos**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 612; KHOURI, Paulo R. Roque A. **A revisão judicial dos contratos no novo Código Civil, Código do Consumidor e Lei nº 8.666/93**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 20 e ss; AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Comentários ao Novo Código Civil**. v. 6. Tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 2011; TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 6. ed. São Paulo: Editora Método, 2016. p. 658; DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010; MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. vol. V. Tomo I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 297 e ss.; FRANTZ, Laura Coradini. **Bases dogmáticas para interpretação dos artigos 317 e 478 do Código Civil brasileiro**. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jonas Figueiredo. (Org.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. v. 4. São Paulo: Método, 2005. p. 147; GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

³³ Artigo 437º. (Condições de Admissibilidade). "1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiver sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. 2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior". Artigo 438º. (Mora da parte lesada). "A parte lesada não goza do direito de resolução ou modificação do contrato, se estava em mora no momento em que a alteração de circunstâncias se verificou". O artigo 439º disciplina o regime da alteração de circunstâncias nas hipóteses de resolução contratual, nesta medida dispõe: "Resolvido o contrato, são aplicáveis à resolução as disposições da subsecção anterior."

³⁴ RODRIGUES, António José P. B. R. **Alteração das circunstâncias e a eficácia vinculativa do negócio jurídico – sistema jurídico português e sistema jurídico inglês**. In: Revista Jurídica da AAFDL, Lisboa, n. 30, 2016. p. 150.

³⁵ Neste sentido: COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**, Op. Cit. (n. 5), p. 343; LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes. **Código Civil Anotado**. v. 1. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. p. 412-416.

³⁶ Pela aceitação do instituto da alteração de circunstâncias aos contratos de execução continuada: PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo 876/12.9TVLSB.L1.S1. Lisboa, 26 de janeiro de 2016; PORTUGAL. Tribunal da Relação de Guimarães. Processo 1387/11.5TBCL.G1. Julgamento em 31 de janeiro de 2013.

³⁷ Menezes Cordeiro afirma veementemente que se exclui da temática da alteração de circunstâncias os contratos de execução imediata. Cfr. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil IX**, Op. Cit. (n. 1), p. 533.

execução continuada, e que a modificação exceda o âmbito da álea contratual típica, que se puder verificar e definir³⁸.

Deve decorrer uma alteração anormal³⁹ e superveniente⁴⁰, respeitante às circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar. Nomeadamente

³⁸ Neste sentido: COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**, Op. Cit. (n. 5), p. 344.; SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias. In: **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, nº 68, 1957, p. 35-87. VASCONCELOS, Pedro Pais. **Teoria Geral do Direito Civil**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 370.; LEITÃO, **Direito das Obrigações**, Op. Cit. (n. 5), p. 131.; FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias: contratos de depósito vs. contratos de gestão de carteira**. In: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia. v. 3. Coimbra: Almedina, 2010. p. 481-482.; SILVA, João Calvão. **Contratos Bancários e Alteração das circunstâncias**. In: Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, v. 90, tomo 2, p. 539-566. 2014.

³⁹ A anormalidade da alteração, perante o Direito português, define-se por excepcionalidade. Eis que será anormal a modificação que esquivar à regra porque não seria provável de acontecer e, em virtude da sua excepcionalidade causar proeminência com relação ao que ocorreria quando se seguisse o curso ordinário. Neste sentido: COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**, Op. Cit. (n. 5), p. 339; LEITÃO, **Direito das Obrigações**, Op. Cit. (n. 5), p. 129; CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil IX**, Op. Cit. (n. 1), p. 556. Nos resultados a anormalidade da alteração coincidirá, em regra, com a imprevisibilidade da alteração (isto quando se estiver a considerar a imprevisibilidade de forma objetiva). Tendo em vista que, porque excepcional, extraordinário àquele tipo de contratação, não poderia ter sido prevista pelas partes. Neste sentido: COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**, Op. Cit. (n. 5), p. 338. São tidas como situações que se mostram excepcionais e capazes de desequilibrar o contrato, dado a quebra da sua base negocial objetiva: desencadeamento de revolução ou deflagração de um estado de guerra; alterações legislativas inesperadas; mudança radical nos pressupostos de fato determinantes à celebração do contrato. Neste sentido cfr: PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº 1387/11.5TBBCL.G1.S1. Julgamento em 10 de outubro de 2013, que considero a crise financeira que se instalou a partir de 15 de setembro de 2008 como situação excepcional e superveniente a contratação capaz de desequilibrar o contrato e dar vazão a aplicação do instituto da alteração de circunstâncias.

⁴⁰ Muito embora o artigo de lei português não trate expressamente da superveniência da alteração, a alteração a que se refere deve ser subsequente à celebração do negócio. Sob pena de, não o sendo, adentrar à temática do erro, constante nos artigos nº 251º e 252º do Código Civil, situação que leva à anulação do contrato e não à resolução ou modificação por alteração das circunstâncias. Neste sentido, cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais. **Teoria Geral do Direito Civil**, Op. Cit. (n.37), p. 368 e 371; ASCENSÃO, **Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil**, Op. Cit. (n. 2), p. 3; ASCENSÃO, José de Oliveira. Onerosidade excessiva por "alteração de circunstâncias". In: **Estudos em memória do Professor Doutor José Dias Marques**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 515-517; LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes. **Código Civil Anotado**. v. 1. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, p. 412-416. Sobre o erro, cfr: CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil IX**, Op. Cit. (n. 1), p. 557.

circunstâncias causais, objetivas, ao tempo da contratação⁴¹, que componham a base negocial objetiva^{42, 43-44}

E tal, deve resultar em uma alteração tão significativa a ponto de as circunstâncias modificadas perderem a correspondência com àquelas do tempo do fechamento do contrato. O que acaba por desencadear um desequilíbrio no contrato como um todo^{45, 46}

Outrossim, deve a alteração ser tamanha, a ponto de, para além de desencadear perturbação na justiça interna do contrato, gerar lesão à parte prejudicada e contrariedade aos princípios da boa fé.

A lesão é medida pela perturbação no equilíbrio do contrato, desencadeado pela alteração das circunstâncias⁴⁷. Isto quer significar que é necessário verificar se o contrato alterado é capaz de colocar a pessoa em expressiva dificuldade econômica, ou seja, se houve excessiva onerosidade da prestação⁴⁸.

Ainda no domínio da lesão, tem-se de aferir se a lesão trouxe ao lesado outros prejuízos como grandes riscos pessoais ou excessivos sacrifícios de natureza não

⁴¹ Ainda, leciona MENEZES CORDEIRO que a falsa representação da base do negócio leva ao erro, previsto no artigo 252º, nº 2 do Código Civil. Diversamente, no âmbito do artigo 437º não há erro, as partes contratantes tinham presente determinada realidade, seja ou pela natureza das coisas ou, ainda que não o digam, porque este conhecimento se prova, a qualquer título. Cfr. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil IX**, Op. Cit. (n. 1), p. 555-556.

⁴² LEITÃO, **Direito das Obrigações**, Op. Cit. (n. 5), p. 129.

⁴³ A despeito de haver entendimento no sentido de que a delimitação das circunstâncias deve se dar com recurso à base do negócio, há, perante a sistemática jurídica portuguesa posicionamentos admitindo comporem as circunstâncias tanto a base negocial objetiva, quanto a base negocial subjetiva (na qual estariam insertos os fundamentos, que tenham sido representados a nível mental e psicologicamente pelas partes contratantes aquando do fechamento do contrato). Neste sentido: VASCONCELOS, Pedro Pais. **Teoria Geral do Direito Civil**, Op. Cit. (n.37), p. 371. Entretanto, leciona Menezes Cordeiro que recorrer ao subjetivismo para determinar as circunstâncias é rejeitado pela Ciência Jurídica mais recente. Cfr. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil IX**, Op. Cit. (n. 1), p. 555.

⁴⁴ Refere o que é a base do negócio que está em causa no âmbito da alteração de circunstâncias: PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº 1387/11.5TBCL.G1.S1. Julgamento em 10 de outubro de 2013.; PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Processo n. 400/14.9YRLSB.L1-2. Julgamento em 18 de setembro de 2014.

⁴⁵ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil IX**, Op. Cit. (n. 1), p. 555; ASCENSÃO, José de Oliveira. Onerosidade excessiva por "alteração de circunstâncias", Op. Cit. (n. 39), p. 522-524.

⁴⁶ "A questão que é colocada pelo instituto da alteração das circunstâncias no caso concreto é a de saber se as partes contratariam como contrataram se soubessem que as vendas das moradias aos clientes finais nos prazos previstos e por preços superiores aos pagos pelos Réus seria praticamente impossível: é por demais evidente que não o fariam, nem uma nem outra." PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Processo n. 1320/11.4TVLSB.L1-8. Julgamento em 19 de fevereiro de 2015.

⁴⁷ Importante notar que a lesão no Direito Português deve ser verificada pelo desequilíbrio, diferentemente do que ocorre com o Direito comum Brasileiro e Italiano, que coloca a lesão na onerosidade excessiva de uma parte em relação a outra. Cfr. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil IX**, Op. Cit. (n. 1), p. 558.

⁴⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**, Op. Cit. (n. 5), p. 339.; ASCENSÃO, **Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil.**, Op. Cit. (n. 2), p. 3.

patrimonial que elucidem ser a manutenção do contrato, nos termos inicialmente pactuados, contrária a boa fé.⁴⁹

Do mesmo modo, nos termos do artigo 438º do Código Civil, não pode haver mora por parte do lesado, sobretudo que recorre ao instituto da alteração das circunstâncias. É a mora culposa a que o artigo se refere⁵⁰. E o faz porque, permitir que a parte lesada invoque o instituto da alteração das circunstâncias, seria forma de conceder-lhe um benefício mesmo em caso de falta contratual. A qual decorreu por escolha do lesado, eis que se tivesse cumprido o contrato tempestivamente afastaria a possibilidade de ver a sua relação negocial afetada por esta razão^{51,52}.

Destarte, perante o direito português, quando o contrato restar desequilibrado porque houveram circunstâncias supervenientes que o alteraram e, como consequência, lesionaram uma das partes, fica a parte lesada autorizada a requerer a resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias⁵³. E, deste modo, desvincular-se da obrigação assumida, mesmo que não haja para o contexto um colapso patrimonial.⁵⁴

O requerimento poderá ser feito tanto em juízo, quanto fora dele. Isto porque não admitir a manifestação nestes termos pela via extrajudicial estaria em desconformidade com o sistema de resolução trazido nos artigos 436º a 439º do Código Civil.⁵⁵

Esta situação se verifica porque, em um caso como este – e considerando haver comprovação cumulativa de todos os demais requisitos e pressupostos legais elencados -, a exigência, pela parte beneficiada, do cumprimento do contrato alterado, tornou-se abusiva⁵⁶. Eis que, uma vez reclamado o seu cumprimento,

⁴⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**, Op. Cit. (n. 5), p. 339.

⁵⁰ Cabe ter em atenção que perante a sistemática jurídica portuguesa, estando a parte em mora com relação a uma das prestações em um contrato de prestações sucessivas, deverá apenas suportar a prestação em mora. Não se justifica a vedação da possibilidade de pedir a resolução ou revisão do contrato por alteração das circunstâncias das prestações ainda não vencidas ou com relação aquelas que ainda não estivesse em mora quando da alteração das circunstâncias. Neste sentido: VASCONCELOS, Pedro Pais. **Teoria Geral do Direito Civil**, Op. Cit. (n.37), p. 375.

⁵¹ LEITÃO, **Direito das Obrigações**, Op. Cit. (n. 5), p. 131.

⁵² Diferentemente é o que ocorre com relação ao promitente faltoso por força do artigo 830º, nº 3 do Código Civil. Cfr: LEITÃO, **Direito das Obrigações**, Op. Cit. (n. 5), LEITÃO, **Direito das Obrigações**, Op. Cit. (n. 5), p. 131-132.

⁵³ A decisão a respeito de qual medida afetará o contrato em questão, dar-se-á com fundamento na equidade, de modo a privilegiar a justiça do caso concreto. A equidade referida relaciona-se com aquela designada ao preenchimento de lacunas, ou seja, ao complemento de uma regra já existente. Isto se nota sobretudo do dispositivo de lei (art. 437º) que fixa as margens em que a equidade se realizará e autoriza o julgador a solucionar o caso de acordo com as circunstâncias concretas. Cfr: CORDEIRO, António Menezes. **A decisão segundo a equidade**. In: O Direito, a. 122, v. 2, p. 261-280, 1990. p. 273-274; ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito: Introdução e Teoria Geral**. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 246.

⁵⁴ Considera, Menezes Leitão que a alteração de circunstâncias é uma modalidade específica do abuso do direito (art. 334 do CC), porque, no caso de um direito de crédito, por força da boa-fé, se torna ilegítimo ao credor exigir a prestação quando os limites relativos ao equilíbrio das prestações no contrato estiverem ultrapassados. LEITÃO, **Direito das Obrigações**, Op. Cit. (n. 5), p. 130.

⁵⁵ LEITÃO, **Direito das Obrigações**, Op. Cit. (n. 5), p. 133.

⁵⁶ Analisa se o exercício do direito dos autores, ao exigirem dos réus o estrito cumprimento do contrato em causa, viola os limites impostos pela boa-fé porque a exigência tornou-se abusiva.

estará se beneficiando e enriquecendo às custas da parte lesada. Situação esta que é contrária à boa fé.⁵⁷

Os termos alhures elencados demarcam algumas diferenças entre os dois sistemas jurídicos no tocante as relações de consumo. Entretanto também demonstram aproximação entre os dois sistemas jurídicos em alguns aspectos.

De partida, ambos os ordenamentos jurídicos concentram a alteração na base negocial objetiva⁵⁸. O que revela uma aproximação entre os institutos estudados.

Ambos exigem que decorra um desequilíbrio superveniente na lógica contratual. Entretanto, aqui destaca-se uma primeira diferença. No que se refere ao sistema jurídico brasileiro, o desequilíbrio é medido pela onerosidade excessiva superveniente frente ao consumidor; enquanto que perante a sistemática jurídica portuguesa, o desequilíbrio superveniente é medido pela lesão que causar a parte prejudicada, lesão esta que pode se configurar em outros domínios que não só econômicos. Isto, demonstra poder haver maior abrangência do instituto da alteração das circunstâncias - do direito português - relativamente ao da onerosidade excessiva superveniente - do direito brasileiro.

Outrossim, o instituto da onerosidade excessiva superveniente do CDC não coloca a necessidade de comprovação da extraordinariedade e imprevisibilidade do evento.⁵⁹

Não obstante, o fato superveniente deverá estar fora da álea contratual típica, sobretudo porque o consumidor não pode ser imune aos riscos que lhe são próprios, enquanto consumidor. Porém, cabe ter em atenção que o CDC fora estruturado com o intuito de proteger o consumidor, que é parte vulnerável na relação⁶⁰, o que revela e justifica a sua forma mais protecionista e a diferenciação no que respeita a distribuição de riscos ao consumidor brasileiro.⁶¹

Já o instituto da alteração das circunstâncias, ao colocar a anormalidade como requisito, conforme fora explicado, está a trazer a necessidade da excepcionalidade do evento. E mais, ao não fazer qualquer distinção entre as relações comuns e as relações de consumo, traz o mesmo rigor para todos os tipos de contrato. O que pode representar mais um ponto de distanciamento entre os dois sistemas jurídicos.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Processo n. 400/14.9YRLSB.L1-2. Julgamento em 18 de setembro de 2014.

⁵⁷ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**, Op. Cit. (n. 5), p. 340; LEITÃO, **Direito das Obrigações**, Op. Cit. (n. 5), p. 129-131.

⁵⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, Op. Cit. (n. 15), p. 783.

⁵⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio, **Programa de Direito do Consumidor**, Op. Cit. (n. 11), p 108.; LYNCH, Maria Antonieta. Da cláusula *rebus sic stantibus* à onerosidade excessiva, Op. Cit. (n. 10), p. 17; KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo**, Op. Cit. (n. 18), p. 103-104.

⁶⁰ KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo**, Op. Cit. (n. 18), p. 105.

⁶¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio, **Programa de Direito do Consumidor**, Op. Cit., p 108.; LYNCH, Maria Antonieta. Da cláusula *rebus sic stantibus* à onerosidade excessiva, Op. Cit. (n. 10), p. 17; KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo**, Op. Cit. (n. 18), p. 103-104.

Ademais, a sistemática jurídica portuguesa, diferente da solução trazida pelo CDC brasileiro, exige de forma autônoma, afetação grave dos princípios da boa fé. Todavia, esta exigência não se revela crucial. Isto porque o Direito brasileiro, seja Civil ou consumerista, sagra como princípio contratual, dentre outros, a boa fé objetiva, o que implica em uma leitura dos contratos à luz da boa fé⁶². Da mesma forma, os artigos 113, 422 do Código Civil e o artigo 51º, IV do CDC trazem a boa fé como um dos cânones hermenêuticos dos negócios jurídicos privados (contratos), o que, mais uma vez, revela ser a boa fé determinante para a interpretação dos negócios jurídicos contratuais.⁶³

Para além disto, a mora culposa não representa o distanciamento entre os ordenamentos jurídicos aferidos. Embora no direito português tenha sido esta questão positivada especificamente para as situações de revisão ou resolução contratual por onerosidade excessiva superveniente. Frente ao Direito brasileiro esta questão também será critério, dado as regras gerais por este sistema trazidas, que imputam ao devedor em mora a responsabilidade da prestação.

Sendo assim, pode-se concluir importantes questões. As regras trazidas pelos ordenamentos jurídicos português e brasileiro desempenham funções equivalentes e podem levar, em grande parte, a resultados práticos similares.⁶⁴

Entretanto, a sistemática jurídica brasileira é mais protecionista com relação ao consumidor, do que o é a sistemática jurídica portuguesa. E mais, o instituto da alteração das circunstâncias português é mais amplo que o da onerosidade excessiva brasileiro, ao menos na teoria. Eis que considera a possibilidade de outras alterações ensejarem a utilização do instituto, que não somente as que causem excessiva onerosidade superveniente, em termos econômicos, para o consumidor.

Portanto, a depender da interpretação que os tribunais vierem a atribuir aos institutos destas sistemáticas jurídicas, diga-se, que consagraram cláusulas abertas neste domínio, poderá ser o caso de não se ver resolvidos os mesmos tipos de problemas pelos institutos da alteração das circunstâncias do Direito português e da onerosidade excessiva superveniente do Direito brasileiro, designadamente Código de Defesa do Consumidor.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao Novo Código Civil*. v. 6. Tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 2011;
- ARAUJO NETO, Nabor B. de. A revisão contratual no Código de Defesa do Consumidor: análise do art. 6º, inciso V, da Lei 8.078/90. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 14, n. 88, 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9440>. Acesso em 15 ago. 2016.

⁶² AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Comentários ao Novo Código Civil**. Op. Cit. (n. 31), p. 926.

⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 441-508; CAVALIERI FILHO, Sérgio, **Programa de Direito do Consumidor**, Op. Cit., p. 32.

⁶⁴ VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. v. 1. 3. ed. Coimbra: Almedina. 2015, p. 40.

- ASCENSÃO, José de Oliveira. Onerosidade excessiva por "alteração de circunstâncias". In: Estudos em memória do Professor Doutor José Dias Marques. Coimbra: Almedina, 2007, p. 515-517;
- ASCENSÃO, Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. 2004. p. 4. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-ALTERACAO-DAS-CIRCUNSTANCIAS-E-JUSTICA-CONTRATUAL-NO-NOVO-CODIGO-CIVIL.pdf>>. Acesso em 15 ago. 2016.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito: Introdução e Teoria Geral. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 246.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 8.
- CORDEIRO, António Menezes. Tratado de Direito Civil IX. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 552.
- CORDEIRO, Da boa fé no Direito Civil. Coimbra: Almedina, 1997, p. 978.
- CORDEIRO, António Menezes. A decisão segundo a equidade. In: O Direito, a. 122, v. 2, p. 261-280, 1990. p. 273-274;
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das Obrigações. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 326;
- DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010;
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito dos Contratos. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 612;
- FRADA, Manuel A. Carneiro da. Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias: contratos de depósito vs. contratos de gestão de carteira. In: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correa. v. 3. Coimbra: Almedina, 2010.
- FRANTZ, Laura Coradini. Bases dogmáticas para interpretação dos artigos 317 e 478 do Código Civil brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jonas Figueiredo. (Org.). Questões controvertidas no novo Código Civil. v. 4. São Paulo: Método, 2005. p. 147;
- GLITZ, Anotações sobre a cláusula de Hardship e a Conservação do Contrato Internacional. In: Jus Navigandi, v. 2769, p. 18378, 2011. p. 5.;
- GLITZ, Contrato e sua conservação: Lesão e Cláusula de Hardship. Curitiba: Juruá Editora. 2008. p. 31-33.
- GOMES, Orlando. Contratos. 26. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.
- KHOURI, Paulo R. Roque A. Direito do Consumidor: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 105.
- KHOURI, Paulo R. Roque A. A revisão judicial dos contratos no novo Código Civil, Código do Consumidor e Lei nº 8.666/93. São Paulo: Atlas, 2003, p. 20 e ss;
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direito das Obrigações. v. II. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 124;
- LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes. Código Civil Anotado. v. 1. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. p. 412-416.
- LYNCH, Maria Antonieta. Da cláusula *rebus sic stantibus* à onerosidade excessiva. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 46, n. 184, 2009, p. 15.
- MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil. vol. V. Tomo I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 297 e ss.;
- MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

- MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. p 783.;
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Comentários ao Código De Defesa do Consumidor. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 146-147;
- PINTO, Carlos da Mota. Teoria geral do direito civil. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 606-607.
- RODRIGUES, António José P. B. R. Alteração das circunstâncias e a eficácia vinculativa do negócio jurídico – sistema jurídico português e sistema jurídico inglês. In: Revista Jurídica da AAFDL, Lisboa, n. 30, 2016. p. 150.
- SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias. In: Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, nº 68, 1957.
- SILVA, João Calvão. Contratos Bancários e Alteração das circunstâncias. In: Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, v. 90, tomo 2, p. 539-566. 2014.
- TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 6. ed. São Paulo: Editora Método, 2016.
- VASCONCELOS, Pedro Pais. Teoria Geral do Direito Civil. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 370.
- VICENTE, Dário Moura. Direito Comparado. v. 1. 3. ed. Coimbra: Almedina. 2015, p. 40.

Prisão que isola, para que compreendam o sentimento coletivo da liberdade, ou que coletiviza grupos, para que aterrorizem indivíduos: A pena como réquiem aos presídios?

Vanessa Alexsandra de Melo Pedroso¹

Carlos Jair de Oliveira Jardim²

Universidade Católica de Pernambuco

1. INTRODUÇÃO

Essa análise escora sua fundamentação no fato de que o sistema prisional, em grande parte do mundo contemporâneo, perpassa pelo agonizante momento de crise. Pontualmente, no que diz respeito ao Brasil, essa crise deita raízes em diversas causas que potencializam o agravamento de situações, tais como: ausência de ordem nos presídios, a exemplo da superpopulação carcerária; da inexistência de tratamento adequado à recuperação do preso; da inadequação das penas aos delitos, dentre outras.

Nesse sentido, as consequências negativas assumem proporções deveras preocupantes aos diversos segmentos da sociedade. O cenário projetado – que já faz parte do imaginário coletivo – vem se tornando, de forma lenta e gradual, uma “chaga” da humanidade, cujo esquecimento e/ou inércia, relativamente às propostas de solução, somente tende a perpetuar a situação de extremo desconforto social que se estende para além da população carcerária, já confinada nos presídios, e que golpeia de forma sistemática todo o restante da sociedade.

Se não, note-se que o crescimento das rebeliões, tomam a cena do cotidiano das pessoas e protagonizam, na maioria das vezes, a tônica de espetaculares apresentações midiáticas nos meios informacionais. Não menos nocivo para a realidade caótica do sistema, alguns dos veículos de comunicação, no exercício de suas funções, revelam-se destituídos de verdadeiro preparo no trato do rigor que a questão merece, conduzindo à banalização e/ou desvirtuamento da análise do tema.

Esses movimentos de rebeldia que ocorrem nos estabelecimentos prisionais demonstram para a sociedade que são detentores de uma “teia” de perfis que conjugam simultaneamente o alto grau de periculosidade e sofisticação no seu plano organizacional. À guisa de demonstração dessas características, tem-se observado a elaboração de pleitos nas suas pautas de reivindicação referindo-se a necessidade de planejamento estatal para a inserção incondicional de instrumentos de implementação das mínimas condições de humanização no tratamento destinado aos aprisionados. A título de exemplo, observou-se no Brasil, no início dos anos 2000, o surgimento do “PCC-Primeiro Comando da Capital”, noticiado como sendo um

¹ Pos-doutora em Ciências Sociais pelo Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO). Doutora em Direito Penal pela Universidad Complutense de Madrid (Espanha). Professora do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (Brasil). Líder do grupo de trabalho: Estudos Latino Americanos em Direitos Humanos - EELAS.

² Mestre em Direito Público pela Universidade Católica de Pernambuco, onde, também, é professor da graduação em Direito. Assessor técnico de desembargador federal no TRF 5ª Região.

movimento organizado, constituído pelos criminosos encarcerados, e voltados à luta pela melhoria das condições de sobrevivência nos presídios. Oportuno ressaltar que esse movimento atua interna e externamente às dependências dos presídios, demonstrando o aprimorado poder de articulação.

É também na esteira desses acontecimentos que se observa, no âmbito jurídico, que a consciência pública desse desrespeito reverberou tamanha notoriedade que inclinou a jurisprudência a não punir o preso pelo art. 354, do Código Penal, cuja tipificação refere-se ao motim de presos. Para tanto, as decisões judiciais se apoiaram no fundamento de que, em geral, os presos que se amotinam estão reivindicando direitos que lhe são inerentes e que, por sua vez, não estão sendo garantidos pelo Estado e, ainda que estivessem objetivando a mera fuga, essa não é punida pelo Código penal³.

Noutro viés dialético, a saudável inserção de temas como o sistema prisional, trazido aos espaços públicos de discussão, conseguiu descortinar que o subjacente propósito da "luta pela melhoria" traz no bojo de sua complexidade a intenção de apropriação do controle do comando dos presídios.

Em que pese tal ilação, num ou noutro caso, no entanto, o desrespeito ao preso, representado por situações desumanas perpetradas nas prisões, faz-se repensar a pena a que estariam eles - os presos - submetidos. Se, para um fato típico e punível, há uma pena privativa de liberdade, não se pode punir o mesmo fato de outra forma, novamente, sob pena de ocorrer o *bis in idem*. Todavia, atualmente, para aquele que lhe foi infligido pena privativa de liberdade haverá duas punições: a primeira, a própria pena; a segunda, sua condução ao presídio para que seja objeto de humilhações e privações as quais não se apresentam dispostas na normatividade regente, e não fazem parte da própria pena privativa.

A leitura atualizada que se pode extrair da vida carcerária brasileira é a de que a pena privativa de liberdade incorpora *um adendo* sob a ótica da punibilidade, de modo que o preso não apenas será punido com a pena privativa, mas também sofrerá as consequências de uma reclusão ou detenção desconforme com o real sentido da pena.

Como reação natural daqueles que ficam submetidos a essa hostil realidade surge o horizonte da necessária, desmedida e única (sob o ponto de vista do apenado) oportunidade dos motins. Essa também foi a reflexão aduzida por Cezar Roberto Bitencourt.

os motins carcerários são os fatos que mais dramaticamente evidenciam as deficiências da pena privativa de liberdade. É o acontecimento que causa maior impacto e o que permite à sociedade tomar consciência, infelizmente por pouco tempo, das condições desumanas em que a vida carcerária se desenvolve ⁴.

Essa espécie totalizante de violência traz à tona a tensão existente entre a remissiva discussão sobre retributividade/restitutividade da pena. Dessa forma, paira sob o cerne da questão ponderar se a crise do sistema prisional deve ser apreciada de forma racional, de maneira a não impulsionar a sociedade cada vez mais para

3 GAYA, Soraya Taveira. *Direitos Humanos X Motim De Presos*. Disponível em: http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/3911/direitos_humanos_x_motim_de_presos. Acesso: 31 de janeiro de 2017.

4 *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Pág. 227.

caracterizar a pena em seu aspecto meramente retributivo, ou seja, como castigo pelo mal cometido.

Pelo que se extrai desse contexto, seria coerente reconhecer como corolário a necessidade de o Legislativo não aderir a decisões emocionais, porquanto, racionais. No dizer de Nilo Batista, "o elemento que transforma o *ilícito* em *crime* é a decisão política - o ato do legislativo - que o vincula a uma pena."⁵ A bem da verdade, não se imaginaria concepção diversa, eis que tem-se como fundamento basilar o princípio da legalidade penal. Intrigante seria refletir sobre a seguinte indagação: até que ponto as penas estabelecidas são proporcionais aos delitos? Em relação a isso, é possível afirmar que a tendência generalizada pela caracterização da retributividade penal influencia o legislativo e traz consequências no incremento da pena; desrespeitando, pois, a dignidade da pessoa humana, a intervenção mínima e a proporcionalidade. Juarez Tavares, analisando o processo de elaboração das normas incriminadoras, conclui que "na maioria das vezes, não há critérios para essa elaboração."⁶

É nesse cenário descrito, cuja maior provocação advém da crise no sistema carcerário, que o estudo sobre o sentido da pena ganha relevo. A leitura perpassa pelo tratamento que essa pena tem merecido do Poder Público, principalmente no âmbito do Legislativo, no intuito de reexaminar a funcionalidade da pena privativa de liberdade.

1. COMPLACÊNCIA OU DESÍDIA DO PODER PÚBLICO FRENTE À CRISE.

O recalcitrante tema da crise do sistema prisional já seria suficiente, o bastante, para que todas as esferas do poder estatal, em conjunto com os segmentos civis da sociedade, declinassem esforços convergentes no sentido de fomentar propostas concretas e exequíveis em direção à solução dos numerosos problemas que bestializam o já animalesco convívio entre os aprisionados.

Os detentos da Família do Norte fizeram pelo menos quatro vídeos com celulares mostrando os corpos de seus desafetos do Primeiro Comando da Capital (PCC) e de outras vítimas da rebelião que deixou 56 mortos no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj), em Manaus. Com até 3 minutos de duração, os vídeos são acompanhados pela narração dos bandidos, chamando as vítimas de "nego safado" e "canalha". A maioria está com a cabeça cortada ou gravemente mutilada. As imagens da decapitação de rivais - prática que era uma das marcas do PCC - seriam uma forma de a facção demonstrar força. "Cortar as cabeças é uma forma de intimidar os inimigos e isso ficou mais fácil com as mídias sociais, com as imagens transmitidas por meio dos telefones celulares", afirmou o procurador de Justiça, Márcio Sérgio Christino, especializado no combate ao crime organizado.⁷

A instabilidade proveniente da crise nos presídios deriva reações sucessivas com reflexos danosos na quase totalidade dos setores da sociedade. A complexidade que envolve a referida situação repugna toda e qualquer tentativa na suposta identificação de um único responsável que dispare o gatilho da geração desse fenômeno. Suposta permissividade, se aceita fosse, encarnaria a visão reducionista do problema que, repita-se, na verdade, espalha-se em decorrência de uma

5 *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renavan, 1990. Pág.44.

6 "Critérios de Seleção de Crimes e Cominações de Penas". In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, dezembro de 1992, número especial. Pág. 75.

7 "Maioria dos detentos de rebelião em Manaus foi decapitada pela Família do Norte". O Dia. Disponível em : <http://odia.ig.com.br/brasil/2017-01-04/maioria-dos-detentos-de-rebeliao-em-manaus-foi-decapitada-pela-familia-do-norte.html>. Acesso: 31 de janeiro de 2017.

conjunção de diversos fatores. Vislumbra-se um verdadeiro estado pueril de análise, próprio do senso comum, a rotineira atribuição de culpa exclusiva da morosidade e ausência de comprometimento do Poder Judiciário para com a realização de uma Justiça que atenda aos interesses de pacificação e segurança da sociedade.

Ilação necessária traduz-se no fato de que não se pode conceber a organização social de um país, concentrado oficialmente em três forças, permitindo a mera análise sob o ponto de visão, tão somente, da singularidade de reflexões e ações de apenas uma delas. Sabe-se que a tripartição estatal permite a independência dos poderes na intenção de contraporem-se à tirania, porém, atesta-se a reflexão de que, apesar de independentes, possuem uma amálgama real e necessária, pela harmonia disposta no art. 2º, da Constituição Federal Brasileira de 1988.

As ponderáveis situações de ineficiência dos procedimentos havidos no Judiciário esgarçam o desgastado sentimento de justiça almejado por todos. Entretanto, não menos visíveis são as falhas ocorridas na estrutura e na atuação do Poder Executivo e do Poder Legislativo que culminam na instabilidade de segurança nos presídios. O Estado, então, transmite a sensação de não declinar esforços no sentido de programatizar políticas públicas voltadas ao tratamento de nossos problemas sociais, eis que, no particular, cabe-lhe, nos termos do art. 144, da Constituição Federal de 1988, zelar pela segurança para a preservação da ordem pública.⁸ Dessa forma, é inalienável a percepção de que o Estado na sua integralidade estrutural de funcionamento (Executivo, Legislativo e Judiciário) absorve, certamente, parcela razoável da culpa pela crise no sistema prisional.

Em verdadeira sintonia, e não raras as vezes, a “vox populi” traduz sua manifestação de encontro à atuação dos representantes parlamentares, no desempenho de suas atividades, principalmente, no tocante à realização de leis apropriadas à real situação social de nosso país. O exemplo da repreensão aos crimes hediondos é uma excelente ilustração de tal fato.

Senão, lembremos da Lei nº 8.072, de 25/07/90, que surge entre nós com a clara intenção de prestar satisfação a setores da mídia e da população, pois que trata dos crimes hediondos, ou seja, aqueles crimes horrendos, sórdidos e sinistros, que provocam o repúdio da sociedade. O legislador, nesse caso, estabeleceu – quando da elaboração da referida Lei - no art. 9.º, um acréscimo da metade da pena prevista em determinados tipos penais⁹ (como, por exemplo, roubo seguido de morte, sequestro com lesão corporal grave, dentre outros), ressalvando, no entanto, que deverá ser respeitado o limite de 30 anos de reclusão. Percebe-se, então, que – naquele momento - a ideia central do legislador foi a de utilização da força na tentativa de prevenir o crime.

Nutre-se certa pacificidade no entendimento de que não é a vertiginosa e incessante escalada quantitativa ou, ainda, a rigidez da sanção que minimizará os efeitos da criminalidade, mas sim a certeza de aplicação da Lei, ou seja, a eficácia da normatividade imposta. O ponto fulcral reside em discernir o significado exaltado por eficácia da Lei. É de bom alcance o conceito representado por: nada mais que uma elaboração que atenda aos problemas sociais, uma imposição apropriada ao delito cometido, uma punição certa e uma execução proveitosa não só à sociedade como também ao condenado.

Beccaria, em sua obra clássica, é notadamente quem, com maior precisão, esclarece que a prevenção do crime não resulta da instituição cada vez maior de

⁸ Também, não se deve esquecer que a segurança é direito fundamental do cidadão, nos termos dos arts. 5.º e 6.º, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

⁹ i. e., estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224, do Código Penal.

penas desumanas, veja-se: "Quereis prevenir os crimes? Fazei leis simples e claras (...) Não favoreçam elas nenhuma classe particular; protejam igualmente cada membro da sociedade"¹⁰. Observa-se, então, que a prevenção do crime é consequência de uma boa legislação.

Porém, motivado por essa definição, deriva-se o seguinte questionamento: o que seria uma boa legislação? Ainda em Beccaria, a boa legislação é aquela que "proporciona aos homens o maior bem estar possível e preservando-os de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males desta vida"¹¹. Essa afirmação do referido Autor, que aparenta ser tão lógica e tão naturalmente subjuntiva, mas que na verdade é datada de 1764, ou seja, em pleno período iluminista, "século das luzes".

Outro aspecto em que remanescem poucos questionamentos e dúvidas, é o fato de que a elaboração desordenada de leis remete à confusão e enfraquecimento do Direito Penal, mormente porque essa elaboração massificada dá notoriedade à intenção de atender a um Direito Penal que insiste em se impor através da força, ou seja, aquele robustecido pelas manchetes dos holofotes dos midiáticos noticiários. Nesse caso, é a justiça realizada por meios de comunicação sensacionalistas que, na grande maioria das vezes, ignora a existência do princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, da CF/88 – em que pese tenha havido julgamento pelo Supremo Tribunal Federal¹², cujas relevantes reflexões advindas da comunidade jurídica alardearam a tese da possibilidade de flexibilização do princípio constitucional da presunção de inocência.

O Direito Penal acima referido, isto é, aquele realizado em virtude da "neurose" coletiva da sociedade, frente ao aumento diário da violência nas grandes cidades, possui, na grande maioria das situações, normas que não têm o necessário requinte jurídico na sua elaboração, desprovida muitas vezes do necessário tecnicismo metodológico, dos quais porejam regras confusas e contraditórias, repercutindo na provável geração de um mal ainda maior, e já tão conhecido; qual seja, a divergência entre o que a Lei diz, e o que realmente pretendia ter dito. Esse fato (equivocada redação da lei) dificulta a interpretação e a aplicação de uma justiça plena, de uma justiça pública, e que pudesse atender satisfatoriamente aos anseios de segurança da sociedade.

A justiça pública com realização plena não seria compatível, certamente, com a crise atual do sistema presidiário. Um tratamento adequado dado pelo Poder Público ao tema mobilizaria os seus diversos segmentos para alcançar um único fim; a saber, a normalização do sistema presidiário no país. Dessa forma, a atuação do Executivo e do Judiciário tem importância na medida em que se empenham em agir com a eficiência adequada no trato das questões relativas às contendas dos aprisionados. Não é de surpreender os mais incautos dos cidadãos, que há presos cuja totalidade da sua pena já fora cumprida, porém estes, ainda se encontram nas dependências do cárcere, fato esse que acarreta consideravelmente o aumento do grau de insatisfação e revolta, fragiliza o direito daqueles e, desrespeita por completo o art. 5º LXXV, da CF/88 (que estabelece a indenização por tempo de prisão superior ao da pena).

Na mesma toada, a proliferada tese da morosidade do Judiciário e ausência ou insuficiente adequação procedimental dos atos consagram insólitas situações que submetem os presos ainda não condenados, mas que já se encontram nos presídios

10 BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 1993. Pág. 126.

11 Op. Cit., 125.

12 STF. Plenário. HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016.

a espera de decisões judiciais.¹³ Outrossim, a justiça pública demanda do Executivo a imperatividade em zelar pela integridade física e corporal do preso (art. 5º, XLIX, da CF/88). Sobre isso, convém registrar que as administrações dos presídios (a encargo do Executivo) muitas vezes fazem tábua rasa do mencionado inciso XLIX, do art. 5º, da Constituição Federal.

Noutro giro, as polícias encarregadas da segurança pública, mas que não é a regra do comportamento do seu contingente, esquecem-se, por vezes, do seu verdadeiro sentido de existência (prestar segurança) e, ao desvario, passam a dar tratamento de choque e morte aos presos. O Legislativo, também, composto por representantes do povo, deve, ao elaborar as leis criminais, dispor de uma percepção compatível com o deslocamento do verdadeiro sentido da pena, do meramente retributivo para a incorporação do seu aspecto restitutivo, visando à reintegração social do condenado.

Assim, é de salutar importância, não se divorciar da conclusiva reflexão de que a justiça pública deve ser realizada pelos três poderes, pois, em sentido amplo, a justiça pública não consiste apenas no poder de julgar, mas, também, elaborar leis adequadas, bem como na forma de se cumprir aquilo que, redundantemente se julgou, ao aplicar as leis, devendo-se pois, oportunizar aos presos, condições básicas de vida e a compatibilidade com a dignidade humana.

2. A INFLINGÊNCIA DA PENA E SEU REAL SENTIDO

Diante do exposto é de extrema prudência perceber-se, ante a clareza da obrigação, por parte do Estado, da preservação dos direitos básicos ao homem, ainda que este seja sujeito violador das normas penais instituídas pelo mesmo Estado. No entanto, cabe indagar o porquê da existência de elementos cognitivos capazes de fomentar ânimo na concepção de que a pena deva ser tomada na forma de castigo estatal.

O termo conhecido como "pena", se realizada sua leitura de forma isolada, poderia emanar também tom de leveza – esse é o grande fenômeno do mosaico de significados herdado da nossa "Flor do Lácio" –, porém, nessa semântica análise, de forma mais acurada, permitindo-se lançar-se à retrovisão do tempo, à sua origem do latim, na expressão *poena*, com derivação do grego *poine*, e da origem *sanscanta punia*, e com isso, abrir espaço para dois significados essenciais: o primeiro, diz respeito à dor, lástima, castigo, expiação, penitência, fadiga, trabalho, ou ainda pior, sofrimento e submissão;¹⁴ já em sua segunda acepção, retrata-se a ideia abstrata do termo "dó"; a este último, porém, não se lhe reservará enquadramento como objeto de estudo das linhas deste trabalho.

A pena foi instituída ainda entre os homens que compunham os meios primários da vida em sociedade, como elemento primordial à pacificação da vida em grupo, eis que se fazia necessária não só à conservação da espécie, como também, da moral e da integridade do corpo social. Era realizada por sujeitos que, apesar de racionais, eram imbuídos de anseios e vaidades, além de forte tendência ao despotismo, cuja materialização, em detrimento dos direitos alheios, inegavelmente possibilitaria a difícil convivência diária.

13 Sobre o assunto, Rui Carlos Machado Alvim dispõe que "se o sentenciado, definitivamente condenado, deve ser poupado do ambiente da cadeia, como justificar-se ali deixar aqueles meramente processados, beneficiários da presunção de inocência?" ("A Pena Privativa de Liberdade e a Cadeia: Um Caso de Incompatibilidade de Gêneros. In *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo. Junho, 1991, n.º 35. Pág. 254.)

14 OLIVEIRA, Odete Maria de. *Prisão: um paradoxo social*. Florianópolis: Ed. da UFSC/Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina, 1984. Pág. 02.

O escopo da referida definição encontra respaldo, portanto, na ideia central dos iluministas que resenharam a pena como elemento mantenedor da ideia de grupo na sociedade. Até mesmo porque, como afirma Beccaria, o homem, uma vez cansado de defender sua vida, sua família e seus pertences, sozinho, renuncia parcela de sua liberdade na intenção de viver em uma sociedade que lhe transmitisse segurança.¹⁵, embora o impossibilita-se da realização de uma liberdade plena.

Nessa investida reflexão, com foco na linha do tempo pretérita, vem à tona a lembrança de que os crimes muitas vezes confundiam-se com o pecado. A título de exemplo tem-se a obra denominada "o Livro Quinto"¹⁶ que relatava como primeiro e mais importante crime, o da heresia. O comentário enaltece a visível confusão da ideia de religião e Estado, pois, como de notório e público saber, a pena de outrora era o castigo pelo mal (pecado) cometido.

Tempos depois, passou a pena a ser entendida como sendo a realização da justiça, ou seja, retribuir ao autor do delito um mal. E que mal seria esse? A resposta a essa indagação seria mais apropriadamente, a pena, que, ainda assim, continuava representando um castigo. Esse entendimento permaneceu até a transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal, que, com base nas ideias iluministas, fizeram surgir as teorias relativas da pena, as quais outorgaram a esta, a manutenção da sobrevivência do grupo. Frise-se que Michel Foucault revelou que o principal objetivo daquela época era, antes de tudo, estabelecer uma proporcionalidade do castigo ao delito cometido.¹⁷

Não seria de todo impróprio observar que houve na sociedade moderna uma inversão de valores, pois como se tem notícias, os suplícios entre os povos primitivos eram suplementos antecedentes às penas de morte, isto é, prestavam-se tão somente para os crimes considerados graves e bárbaros, pois emprestavam-lhe efeito amedrontador¹⁸. A partir do século XVIII, os protestos contra os suplícios tornaram-se rotina entre juristas, magistrados, parlamentares, filósofos, legisladores e técnicos do direito. Houve uma tentativa de humanização da pena.

Michel Foucault relatou, ainda, que a necessidade de um castigo sem suplícios vem, inicialmente, formulada "como um grito do coração ou da natureza indignada: no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua humanidade". O homem passava, então, a ser a medida do poder¹⁹. Também, sobre o assunto, já afirmara Seligman: "Que as penas sejam moderadas e proporcionais aos delitos, que a morte só seja imputada contra os culpados assassinos e sejam abolidos os suplícios que revoltam a humanidade"²⁰.

Seguiu-se, então, à mudança de formato que deu ajo à redução da pena de morte, bem como dos suplícios. Na atualidade, a referida tese encontra-se abraçada pelo Brasil na sua Carta Magna. A atual Constituição Federal estabelece, no art. 5º, XLVII, alínea "a", como cláusula pétrea, a vedação da pena de morte (podendo apenas ser admitida em caso de guerra, nos termos do art. 84, XIX). A Lei Maior brasileira

15 Op. Cit. Pág. 25.

16 Como se sabe, no regime das Ordenações do Reino (Ordenações do Senhor Rey D. Affonso V - 1446/1514), o Livro Quinto relatava todos os tipos de crimes e ainda o processo criminal. SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. "Os Crimes nas Ordenações". *Jornal Correio Braziliense* de 22 de novembro de 1999. Caderno Direito & Justiça. Pág. 06.

17 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. de Lígia M. Ponde Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1987. Pág. 54.

18 OLIVEIRA, Odete Maria de. *Ob Cit.* Pág. 29.

19 FOUCAULT, Michel. *Ob Cit.* Pág. 70.

20 SELIGMAN, V. E. *La Justice sous Ia Révolution*, 1.1, 1901 e A. Dês Jardin, *Lês Cahiers dês Etats Généraux et Ia justice criminelle*, 1983, p. 13-20. *Apud. Idem, Ibidem.* Pág. 69.

também expressamente vedou os suplícios, conforme estatui o art. 5º, XLVII, alínea "e".

Cumpra lembrar que ainda remanesce a aplicação de suplícios na contemporaneidade, apesar de provocar a repulsa social dessa prática. É bem verdade que o referido ato não guarda a pungência reservada à conotação de outrora, até mesmo porque o espetáculo da punição física desaparece no início do século XIX. Hoje, o suplício está configurado na forma de punição da personalidade individual do homem encarcerado, ganhando contornos hostis quando da humilhação constante e da insistente pressão psicológica da necessidade de manter-se vivo, revelando um sistema em que as regras favorecem os mais fortes e banalizam os mais fracos. É nesse sentido que a vida, antes valorada, encontra-se em vertiginoso descrédito, motivando a sociedade, de maneira infeliz, a ideia da pena de morte como tentativa de combate a uma violenta e organizada criminalidade.

Não seria desarrazoado inclinar-se ao ideal de que, deve ter a pena a função de zelar pela convivência pacífica dos homens organizados em sociedade, prescindindo-lhe o selo conotativo de castigo, retribuição do mal cometido, intimidação ou de segregação do indivíduo da sociedade, pois que é dever do "remédio social" prescrever ao homem que transgredir a norma penal estabelecida, não o simples castigo, senão a recuperação, a reeducação para que não reitere a realização de delitos. Entendendo ser necessário nortear a vida dos homens para a realização constante do bem, não se pode, então, praticar o mal. Mas que mal seria esse? Não é outro, senão, o desprezo daquele que opta pelo mal.

Nas possíveis vertentes do comportamento humano, especificamente ao que tange à opção de escolha do exercício e prática do mal, insere-se aquele homem de natureza comportamental amoral. Melhor dizendo, aquele ser humano desprovido das amarras do conceito entre o bem e mal, que não tonifica seu comportamento baseado nessa dicotomia e, portanto, não bifurca suas ações na escolha de qual caminho seguir por esses paradigmas. A este - ao contrário daquele -, que não distingue tal valoração típica e, portanto, isento de qualquer sentimento; necessita, então, de um amparo ainda maior à realização do bem. E que amparo seria esse? Reclama-se aqui a aceitação de que não poderia ser outro senão a pena, que deve ter como principal intenção amoldar-se como pedra angular da nova vida do indivíduo cometedor de determinado delito. Mas aquela pena deve, antes de tudo, basear-se em princípios éticos, procurar, antes de qualquer coisa, restaurar, educar e amparar o indivíduo para a não realização de crimes, tomando-se, assim, valorativa, justa e eficiente.

A pena, também, não deve atingir direitos inalienáveis para todo homem (aqueles garantidos no art. 5º, CF/88). São exemplos, dentre outros, o princípio da personalidade,²¹ o da proporcionalidade, etc. A esse respeito, faz-se necessário lembrar que o princípio da proporcionalidade²² está em nosso direito positivo, notadamente no art. 5º, XLVI, CF/88, ao determinar que a "lei regulará a individualização da pena". Ainda, no Código Penal, art. 59, observa-se que não só a culpabilidade deve ser analisada quando da aplicação da pena, mas também, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente e as consequências do crime, bem como, no art. 61, I, do CPB, ressaí a reincidência como circunstância que pode agravar a pena. Todos esses elementos, conjuntamente apreciados quando da

21 Art. 5º XLV, primeira parte da CFB. "Nenhuma pena passará da pessoa do condenado".

22 Sobre o princípio da proporcionalidade, Juarez Tavares afirma o que se segue: "concebida como expressão do poder, a pena, contudo, deve guardar uma relação proporcional com o dano social produzido pelo delito. Desde que inexista essa relação ou se apresente ela de modo absolutamente inexpressiva, pode-se questionar a validade da norma que instituiu a punição, em face de haver o legislador atuado arbitrariamente na sua confecção" (Op. Cit. Pág. 84).

aplicação da pena, eleva o sentimento real a ela destinado, no sentido de que se revele proporcional ao delito cometido.

Ainda que não haja um entendimento uníssono sobre os resultados projetados, e que se mantenha discurso a rechaçar o alto investimento no interesse social de restauração do indivíduo, pela tentativa de preservação e valorização de seu autoconceito, de sua identidade; tal preocupação, ainda que legítima, não deve inclinar-se, tão somente, pelo aporte financeiro e público que será empregado, eis que a projeção do retorno social superaria o numerário aplicado, vez que resgataria o indivíduo, também na sua qualidade de homem produtivo.

Noutro giro, aplicando-lhe diversa concepção, associar a pena à pecha de castigo ensejaria a possibilidade vinculada de um mal irreversível e seus reflexos derivariam em traumas sociais, com nefastos efeitos a toda comunidade. Enfim, males que são refletidos na sociedade cujos desdobramentos tendem a delongar-se a médio e longo prazo.

Destarte, aparelha-se muito mais promissor e arrazoado com o Estado de Direito Social conceber como principal intenção da pena a humanização do indivíduo transgressor. Afasta-se, portanto, do plano da razoabilidade, que a finalidade da pena tenha caráter retributivo, por uma razão muito simples: o caráter retributivo não humaniza. Ele seria, então, mais apropriado para aquelas penas em que os infratores não são reintegrados na sociedade, a exemplo da pena de morte e perpétua (inadmitidas em nosso Direito Constitucional, salvo a primeira, apenas em caso de guerra). Nesses dois casos, ao que tudo indica, a finalidade é realmente retributiva. Já em relação aos outros casos, a retributividade é condição elementar para proporcionar a prevalência do convívio harmônico na sociedade e sua apreensão passa pela reflexão da pena de prisão.

3. O CÁRCERE E A SUA IDENTIFICAÇÃO COM A PENA

A taxa de aprisionamento de pessoas no Brasil nas últimas décadas, em relação à sua população absoluta, atingiu níveis alarmantes. A "superlotação carcerária" põe em xeque a essência do sistema prisional, a demanda legislativa criminal e a sua inerente procedimentalização. É grotesco, porém real, o cenário de aprimoramento da criminalidade que é alcançado no interior do cárcere, fazendo com que a sofisticada engrenagem idealizada pelo crime organizado seja paradoxalmente forjada pelo próprio sistema estatal, criado para debelá-lo.

a população prisional brasileira chegou a 607.731 pessoas. Pela primeira vez, o número de presos no país ultrapassou a marca de 600 mil. O número de pessoas privadas de liberdade em 2014 é 6,7 vezes maior do que em 1990. Desde 2000, a população prisional cresceu, em média, 7% ao ano, totalizando um crescimento de 161%, valor dez vezes maior que o crescimento do total da população brasileira, que apresentou aumento de apenas 16% no período, em uma média de 1,1% ao ano.²³

Sobeja de forte coerência os esclarecimentos de Bitencourt acerca do tema, notadamente quando traz à tona uma reflexão sobre a desvirtuada e atualizada finalidade do sistema prisional, revelando em números, a sua baixíssima eficácia:

nos estados Unidos as cifras de reincidência oscilam entre 40 e 80%. Glaser cita um índice de reincidência da década de 60 que vai de 60 a

23 Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. População prisional brasileira. INFOPEN. Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça. junho/2014. Pág. 15.

70%, nos Estados Unidos. Na Espanha, o percentual médio de reincidência, entre 1957 e 1973, foi de 60,3%. Na Costa Rica, mais recentemente, foi encontrado o percentual de 48% de reincidência. Porém, os países latino-americanos não apresentam índices estatísticos confiáveis (quando os apresentam), sendo esse um dos fatores que dificultam a realização de uma verdadeira política criminal. Apesar da deficiência dos dados estatísticos, é inquestionável que a delinquência não diminuiu em toda a América Latina e que o sistema penitenciário tradicional não consegue reabilitar o delinquente; ao contrário, constitui uma realidade violenta e opressiva e serve apenas para reforçar os valores negativos do condenado.²⁴

Para declinar realce em suposta classificação daqueles que envidam esforços ao estudo do tema, poder-se-ia dividi-la entre cautelosos e idealistas. Os primeiros "acreditam na necessidade de uma investigação cautelosa de quais crimes podem receber penas a serem cumpridas no meio livre, possibilitando, então, uma redução das penas prisionais, uma vez que pretendem atribuir àquelas um intuito pedagógico, terapêutico e recuperador. Já os idealistas "clamam por um novo Beccaria" e acreditam que a meta a se alcançar é a extinção total da prisão, "com a derrubada de seus muros, fato este anunciado por setores mais radicais como uma nova queda da Bastilha."²⁵

À vista desse introito, a atitude do aprisionamento recairia então como a derradeira das soluções. Entretanto, paira um incômodo questionamento: seria mesmo a extinção total dessa instituição realmente a maneira mais eficaz para a realização de uma justiça plena? Na esfera do Direito Penal, ante a própria natureza da substância do bem tutelado, reclama-se, com intenso vigor, um comportamento deveras cauteloso, pois a interpretação desprovida de profunda e sistemática reflexão acerca dos consequentes desdobramentos, inevitavelmente demandaria a subtração de um aquilatado bem da vida imanente a todo ser humano: a liberdade. Portanto, aquele comando que vai decidir uma vida, não pode prescindir de escrupulosa e aperfeiçoada observação minuciosa de fatos, no esforço de alcançar uma solução, não só formalmente perfeita, sobretudo eficaz, ou seja, é o passo a passo de uma realização constante da prevenção.

Já faz parte da consciência coletiva e também de reflexões balizadas que o encarceramento pela prisão não consegue traduzir a real finalidade da pena, e que a "contrario sensu", não se presta a desfazer um crime já cometido, posto que tal desiderato estaria situado fora do plano da possibilidade.

A prisão, cujos primórdios remontam aproximadamente meados do século V, inicialmente foi aplicada tão somente nos mosteiros, aos monges ou clérigos que, pelo cometimento de algum erro, infligiam-lhes o recolhimento a celas individuais, submetidos à solidão e ao silêncio, para que se dedicassem exclusivamente à meditação, na tentativa do arrependimento da alma e de uma reconciliação com Deus.²⁶ Era o resgate do pecado pela dor. No entanto, fato não muito explorado e divulgado recaía sobre a ocorrência de constantes suicídios.

É de brutal esforço – quiçá pela impossibilidade – a inglória tarefa cuja finalidade seja a de restaurar e ressocializar alguém que conviveu (ainda que por curto espaço de tempo) perante uma situação adversa de valores e ideais daqueles que estão na

24 *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Pág. 168.

25 RIOS, José Arthur. "O Paradoxo da Penitenciária". In *Carta Mensal* (discurso proferido em 1995). Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio, Conselho Técnico. Pág. 37.

26 PIMENTEL, Manoel Pedro. *O Crime e a Pena na Atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. Pág. 134.

sociedade liberta e, ainda, fazê-lo sentir-se igual àqueles que sempre estiveram libertos, simultaneamente à sua prisão. A mercê de tal reflexão, é possível que se apresentem duas conclusões contrárias. A primeira é a que admite a impossibilidade de conciliação entre os valores que o preso vivenciou dentro do presídio e aqueles que, após liberto, passará a vivenciar fora do presídio. Nesse caso, já que o preso nunca iria readquirir os valores da sociedade livre, a pena realmente só poderia ser justificada como um castigo, já que a ressocialização seria impossível. A outra seria reconhecer a realidade da divergência de valores "intra" e "extrapresídio": admite a impossibilidade de conciliação desses valores quando da libertação do preso e, com base nessas constatações, tenta mudar a realidade, fazendo com que os valores extrapresídio passem a ser valores intrapresídio, de forma a reeducar e ressocializar o preso.

Considerando que as instituições totais são simbolizadas pelo fechamento para o mundo exterior (fechamento realizado pelos elementos físicos da instituição), sua força consiste no poder que tem de esfacelar a família. Em nossa sociedade, as instituições totais são uma espécie de laboratório pessoal, onde o principal experimento é a desconstrução da identidade individual.²⁷ Dessa forma, quando um aprisionado permanece por um tempo consideravelmente longo, essa estada pode ocasionar uma incapacidade temporária para a realização de sua vida diária em liberdade, pois, as instituições totais dificultam a socialização dos indivíduos.

A pena privativa de liberdade apresenta diversas dificuldades, a saber, o custo da construção das instituições e a manutenção destes estabelecimentos, além do gasto com o indivíduo preso. A expressão numérica do alto custo de um aprisionado foi enfatizada pela Ministra Cármen Lúcia:

Um preso no Brasil custa R\$ 2,4 mil por mês e um estudante do ensino médio custa R\$ 2,2 mil por ano. Alguma coisa está errada na nossa Pátria amada." A constatação foi feita pela presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ministra Cármen Lúcia, que participou nesta quinta-feira (10/11) do 4º Encontro do Pacto Integrador de Segurança Pública Interestadual e da 64ª Reunião do Colégio Nacional de Secretários de Segurança Pública (Consesp), em Goiânia/GO²⁸.

No entanto são custos materiais que, se fossem aplicados de acordo com o seu real objetivo, qual seja, a recuperação e sociabilização do indivíduo transgressor, estariam sendo destinados a uma causa justa; portanto, "de per si", justificáveis.

A maior dificuldade da pena privativa de liberdade, no entanto, encontra-se na convivência dos infratores primários com transgressores reincidentes e de "vasta experiência", assim como aqueles que ficam no aguardo de julgamento. Muitas dessas dificuldades estão dispostas na exposição de motivos da Lei n.º 7.209, Código Penal. No entanto, nem mesmo diante de tantas dificuldades, não se pode descurar-se da realidade à negativa de que a prisão é, com de fato se apresenta, talvez a única forma da qual a sociedade dispõe atualmente para lidar com os transgressores classificados como sendo de alta periculosidade. Até mesmo os estudiosos mais críticos do sistema prisional, quando questionados sobre qual solução dar a esses

27 A perda da identidade pode ser constatada pela padronização da conduta, a exemplo de horários para se alimentar e dormir. GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. São Paulo: Perspectivas, 1961. Pág. 16/17.

28 "Cármen Lúcia diz que preso custa 13 vezes mais do que um estudante no Brasil". CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custam-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>. Acesso em: 04 de junho de 2017.

transgressores, afirmam que, apesar de demonstrar tantos problemas, a prisão ainda é a única solução disponível.

Zaffaroni talvez seja quem melhor define a prisão, quando relata que "a prisão ou cadeia é uma instituição que se comporta como uma verdadeira máquina deteriorante: gera uma patologia cuja principal característica é a repressão. A prisão não deteriora por deteriorar, mas o faz para condicionar: invade o indivíduo com suas exigências do papel que também lhe são formuladas pelas outras agências do sistema. Trata-se de uma verdadeira lavagem cerebral, da qual fazem parte, inclusive, os demais prisioneiros que interagem com aquele submetido ao tratamento criminalizante"²⁹. Goffman acrescenta que não só a prisão, mas também as instituições totais de maneira geral, "em nossa sociedade, são estufas para mudar pessoas; cada uma é um experimento natural sobre o que se pode fazer ao eu"³⁰.

Percebe-se, então, que a prisão promove, através da força, o desenvolvimento de padrões de comportamento e de crenças diversos do mundo exterior, até mesmo porque são criados, na maioria das vezes, na intenção de preservar a sua integridade e, apesar dessas normas serem típicas de uma sociedade, não desenvolvida culturalmente, são cumpridas com extremo rigor, por isso a prisão deve ser reservada apenas aos que representam gravíssimos riscos à sociedade.

Como já se disse anteriormente, as penas privativas de liberdade apresentam inúmeras dificuldades, mas a dificuldade mais polêmica é a violação constante, aos direitos humanos, em que a vida humana não passa de uma mera balela. É a partir dessa dificuldade "mor" e da consciência coletiva de que a longa duração das penas privativas de liberdade em nada reprimem a criminalidade, que se tem pensado e abordado cada vez mais na necessidade de um uso menor das penas privativas de liberdade, sendo estas substituídas pelas penas alternativas.

A pena alternativa é uma pena restritiva de direitos, aplicada a quem pratica crime sem violência ou grave ameaça e não possui antecedentes criminais ou tenha aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos. Não pode ser aplicada em caso de réu reincidente, a menos que seja "socialmente recomendável" e que a reincidência "não tenha se operado em virtude da prática do mesmo crime" (§ 3º, do art. 44, do Código Penal).

As penas restritivas de direitos encontram-se classificadas no art. 43, do CPB, com a redação da Lei n.º 9.714/98. A promoção dessa sanção encontra fundamento na necessidade de humanização das penas, tomando-as mais justas e proporcionais aos delitos cometidos, o que por sua vez, permite maior individualização da pena e, ainda, a possibilidade real da diminuição da reincidência, pois livra o indivíduo dos efeitos negativos do cárcere.

Observa-se, ainda, como vantagens da pena alternativa, a diminuição de custos para o Estado, pois diminui a população carcerária e obriga o indivíduo cometedor de delito ao trabalho voluntário em entidades filantrópicas. No entanto, faz-se necessário lembrar que a aplicação de penas alternativas deve ser fruto de muita pesquisa e maturação, pois pode causar na sociedade a ideia de "falta de condenação", de fiscalização ou, ainda, de que a lei, assim como sua aplicação, está favorecendo a realização de delitos e aumento da criminalidade.

Diante do todo exposto, acredita-se que o maior estímulo de nosso século deve ser a convocação dos setores da sociedade civil organizada para a realização de uma

29 ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em Busca das Penas Perdidas*. Rio de Janeiro: Renovan.1991.Pag. 135,136.

30 Op. Cit., pág. 22.

nova identidade social e moral, na tentativa de materializar uma política criminal mais justa. Esta, por sua vez, deve ser instituída através de práticas que tenham como fundamento primordial o respeito à dignidade humana e a promoção de um efetivo desenvolvimento da cidadania. Só a partir da consciência e do respeito a esses direitos (básicos à vida do homem na sociedade), é que torna-se possível atribuir à pena o sentido de educação, visto que não mais haverá a necessidade de repressão, de castigo, pois o homem convicto de seu papel na sociedade erra por um deslize, por isso não deve ser castigado.

Pois bem, não se pode negar que o momento - que não é atual -, é de instituição de uma nova cultura e, melhor seria aquela, senão a que defende a humanização da pena privativa de liberdade fundamentada na garantia dos direitos humanos.

CONCLUSÕES

É factível que a sociedade adquira a capacidade de indignação não apenas em face do crime, mas, também, diante do abandono das prisões, e que não silencie diante da infâmia e da barbárie³¹. Se é possível extrair algo de positivo advindo da crise do sistema prisional, este se faz ante a análise de determinados momentos, em que a sociedade repensa o real sentido da pena. Como diz Cezar Roberto Bitencourt, "o motim, uma erupção de violência e agressividade, que comove os cidadãos, serve para lembrar a comunidade que o encarceramento do delinqüente posterga o problema. Ele rompe o muro de silêncio que a sociedade levanta ao redor do cárcere"³².

Observa-se, ainda, que esse muro não é levantado apenas pelos leigos, mas, como afirma César Barros Leal, "concorrem para a ultrajante realidade de nossos presídios a incúria do governo, a lentidão da justiça e a apatia do Ministério Público e de todos os órgãos incumbidos de exercer uma função fiscalizadora, por atribuição legal, mas que, no entanto, em face sua omissão, tornam-se cúmplices do caos."³³

Nesse contexto, entende-se que a tensão existente entre a finalidade retributiva e restitutiva do cárcere pode ser desvendada com o estudo evolutivo das penas. Atualmente, não mais se admite a pena com função primordialmente retributiva. Porém, há elementos objetivos que impedem a caracterização exclusiva da retributividade penal. Basta ver o que reza o art. 5º, LIX, da CF/88 (será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal). Assim, torna-se possível observar que, quando o particular, autorizado pela Constituição, ingressa com a ação privada em substituição da pública (ação penal privada subsidiária da pública), não tem ele, logicamente, a intenção de ver o infrator condenado para que seja reeducado. Naturalmente, o particular encontra-se impulsionado pela repulsa e indignação em relação ao crime cometido, desejando, notadamente, o castigo ao réu. Tal argumento, extraído do próprio ordenamento positivo, faz-se concluir que a pena realmente possui certo caráter de retributividade. Mas, esse caráter não deve ser tomado como o predominante, até mesmo porque a própria Constituição Federal não admite possibilidade de pena de morte e perpétua, provando, então, a sua repulsa pela mera retributividade penal.

Nessa linha de raciocínio, os presídios manifestam-se, atualmente, como instrumentos inadequados à recuperação do autoconceito do indivíduo, fazendo parecer que a sua subsistência atende às finalidades de retribuição do mal cometido pelo infrator. O perigo em se ter a retributividade como luz a iluminar a ação do Poder

³¹ LEAL, César Barros. "A Realidade Prisional e os Direitos do Encarcerado no Brasil". *Arquivos do Ministério da Justiça*. Jul/dez de 1993. Brasília: Ministério da Justiça. Pág. 136.

³² Op. Cit., pág. 227.

³³ Op. Cit., pág. 131.

Público no manejo com o crime termina por gerar legislações desproporcionais e situações desumanas perpetradas nos presídios. Deve-se ter a consciência de que o trânsito em julgado da ação penal condenatória (art. 5º, LVII, CF/88) não pode ser encarado como a finalização dos trabalhos, através da qual a sociedade se sente saciada com a realização de "justiça".

O episódico momento processual deve ser apreendido como ponto inicial de um árduo trabalho de revalorização e reeducação de um membro da sociedade. Essa consciência merece ser valorizada pelo Poder Público (Executivo, Legislativo e Judiciário), a fim de implementar não apenas a justiça da sociedade mas também a vontade da Constituição, que expressamente se subordinou à tendência universal de defesa dos direitos humanos, inclusive dos presos.

REFERENCIAS

- ALVIM, Rui Carlos Machado. "A Pena Privativa de Liberdade e a Cadeia: Um Caso de Incompatibilidade de Gêneros. In *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo. Junho, 1991, nº 35.
- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renavan, 1990.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1993.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. Petrópolis: vozes, 1997.
- GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. São Paulo: Perspectivas, 1961.
- LEAL, César Barros. "A Realidade Prisional e os Direitos do Encarcerado no Brasil". *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília, jul/dez de 1993, Brasília:Ministério da Justiça.
- OLIVEIRA, Odete Maria de. *Prisão: Um Paradoxo Social*. Florianópolis: Ed. da UFSC/Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina, 1984.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *O Crime e a Pena na Atualidade*. São Paulo: RT, 1983.
- RIOS, José Arthur. "O Paradoxo da Penitenciária". In *Carta Mensal* (discurso proferido em 1995). Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio, Conselho Técnico.
- SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. "Os Crimes nas Ordenações". *Jornal Correio Braziliense* de 22 de nov. de 1999. Caderno Direito & Justiça.
- TAVARES, Juarez. Critérios de Seleção de Crimes e Cominação de Penas. In. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Dezembro de 1992, número especial.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em Busca das Penas Perdidas*. Rio de Janeiro: Renavan, 1991.

OUTRAS FONTES:

- AGÊNCIA CNJ de NOTÍCIAS. Cármen Lúcia diz que preso custa 13 vezes mais do que um estudante no Brasil. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>. Acesso em: 04 de junho de 2017.
- GAYA, Soraya Taveira. *Direitos Humanos X Motim De Presos*. Disponível em: http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/3911/DIREITOS_HUMANOS_X_MOTIM_DE_PRESOS. Acesso: 03 de maio de 2011.
- QUEIROZ, Camila. Familiares de detentos denunciam desrespeito aos direitos humanos. Adital: Notícias da America Latina e Caribe. Disponível em: <http://www.adital.com.br/site/noticia.asp?boletim=1&lang=PT&cod=57298> acesso em: 06 de maio de 2011.

O legado autoritário na criminalização dos movimentos sociais no Brasil

Augusto Jobim do Amaral¹

Cássia Zimmermann Fiedler²

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Durante a ditadura civil-militar, além do aprofundamento em termos de militarização da polícia – e mantidos os dispositivos autoritários na nova Constituição mesmo após a transição (ZAVERUCHA, 2010) – o que se pode auferir foi a extensão das práticas da polícia quanto a criminalização da pobreza e contra aqueles que lutavam, protestavam e resistiam ao regime autoritário imposto após o golpe de Estado em 1964. Não que tais práticas fossem exclusivas ou mesmo criadas nesse período, afinal revoltas como a Cabanada, Sabinada, Balaiada, Canudos, Revolta dos Malês, Revolta das Chibatas, entre tantas outras, foram sufocadas com forças policiais, por meio de violência, prisões e massacres.

A seu turno, no contexto das chamadas “Jornadas de Junho”, eclodidas em 2013, o Brasil assistiu milhões de pessoas provenientes de diversos grupos sociais e com inúmeras pautas irem às ruas com cartazes nas mãos e sendo respondidas com a “operacionalidade adequada”: balas de plástico ou de borracha, gás lacrimogêneo ou bombas de efeito moral e spray de pimenta. O cenário de explícito confronto, tão comum nas localidades periféricas em estado de permanente guerra pelo Brasil, desenvolveu-se no coração dos centros urbanos. A violência policial nas “Jornadas de Junho” deixou inúmeras vítimas, protagonizando um amplo mosaico de violências contra aqueles que protestavam.

Assim, o artigo apresenta uma rápida abordagem histórica para demonstrar o modo como a polícia, que atuava sob o manto da *ideologia da segurança nacional*, agia sobre as pessoas que ousaram e resistiram ao se manifestar entre os anos de 1964 e 1985. O segundo momento do trabalho, assim, busca resgatar os acontecimentos descritos como “Jornadas de Junho”, que tomaram o país no ano de 2013, inserindo-os dentro do contexto dos *novíssimos movimentos sociais*, aqueles que contam não só com o afastamento das instituições tradicionalmente

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado/Doutorado) da PUCRS (Brasil); Doutor em Altos Estudos contemporâneos (Ciência Política, História das ideias e Estudos Internacionais comparativos) pela Universidade de Coimbra (Portugal); Doutor, Mestre e Especialista em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

² Graduanda em Direito e Filosofia pela PUCRS. Pesquisadora vinculado ao Grupo de Pesquisa “Criminologia, Cultura Punitiva e Crítica Filosófica” (PUCRS).

hierarquizadas, bem como com a organização horizontal entre seus participantes e pautas construídas nas redes sociais.

1 UM PASSADO NÃO TÃO DISTANTE: A ATUAÇÃO DAS FORÇAS POLICIAIS SOBRE MOVIMENTOS SOCIAIS NA DITADURA CIVIL-MILITAR.

Inseridos no cenário que a Guerra Fria impunha na época, alguns países da América Latina desenvolvem uma nova *governamentalidade* – estabelecida sob um modelo econômico de fortalecimento do capitalismo – que visava à tonificação da indústria e a urbanização das cidades, buscando restringir a possibilidade de influência de um dito socialismo. No entanto, interessa nesse cenário o surgimento da chamada *Doutrina de Segurança Nacional* (DSN), uma iniciativa que, a partir dos Estados Unidos da América, definiu uma linha política e ideológica para atuação junto aos demais países do mundo. Em nome da “defesa nacional”, frente a uma inventada ameaça tanto do socialismo como do comunismo, colocava-se em andamento um processo de desumanização do *outro* que termina na canalização recorrente do sistema punitivo sobre um *inimigo* (ZAFFARONI, 2011). Assim, práticas repressivas sobre esse grupo terminam por ser prioritárias, na medida em que ele é construído como se *onipresente* fosse, ameaçando constantemente a estabilidade dos países e à democracia. Esse caráter oculto e a indefinição dos chamados *subversivos* faz com que se torne “praticamente impossível estabelecer limites para as ações repressivas do Estado” (ALVES, 1989, p. 40).

Como expressão de poder que é, a Doutrina de Segurança Nacional se pauta em um saber: a geopolítica. Com a ajuda dessa, consegue analisar geograficamente as possibilidades estatais de expansão, proteção e poderio sobre outros países. Quanto maior o país, teoricamente maior será seu poder. Na América Latina, durante os regimes militares, Brasil serviu como satélite para os outros países, tendo consolidado uma geopolítica nacional com três objetivos principais: ocupação de um território interno imenso e praticamente vazio, expansão na América do Sul em direção ao Oceano Pacífico e ao Atlântico e a formação de uma potência mundial (COMBLIN, 1980). Na verdade, são inúmeras as frentes que essa Doutrina pode atender, sobretudo no campo interno do Brasil ela tentou, a partir de termos vagos – como objetivos nacionais, segurança nacional, poder nacional, nação etc. – neutralizar as possíveis forças que se opusessem ao regime, não tomando como justificativa somente a repressão sobre grupos organizados, mas opiniões individuais que também pudessem deslegitimar o aparato estabelecido (COMBLIN, 1980). Para esse intento, o rótulo de *criminoso* sobre determinadas pessoas – flutuando à época entre o *subversivo* e o *terrorista* – era medular para o bom funcionamento da sistemática criminalizante.

Ao reforçar a ideia da promulgação de uma legislação adequada ao combate do inimigo eleito, que parecia não merecer garantia alguma, o clima de terror no país foi implantado. Desde a injunção das constituições de 1967 e 1969 a imposição dos temidos Atos Institucionais (em especial o quinto, que restou na suspensão do *habeas corpus*), o regime ditatorial representou a *institucionalização* dos preâmbulos da Doutrina de Segurança Nacional, com a estrutura de dominação baseada na repressão e na militarização de organizações da sociedade civil. Durante esse período da história brasileira, as Forças Armadas brasileiras passaram a ser orientadas ao combate de qualquer espécie de revolta popular. Atuaram das mais diversas formas, com a repressão direta e com mecanismos da chamada “guerra surda” –

investigações sigilosas, escutas telefônicas, armazenamento e processamento das informações acerca das atividades formuladas pelos opositores etc. (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985). O sistema de repressão também passou a sistematizar detenções em forma de sequestro, sem qualquer mandado judicial e, obviamente, sem qualquer observação às leis e às garantias individuais. Além disso, se tornou comum a prática de desaparecimentos dos opositores políticos do regime – assim, não havia vestígios, tampouco provas (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985).

Com a consolidação do golpe, foi criada uma base legislativa que suportou, legitimou e expandiu o poder de *fazer morrer* – típico da figura *soberana* (FOUCAULT, 2015) – aos que ofereciam riscos à ditadura civil-militar imposta. Com a promulgação do AI-2 em outubro de 1965, foi declarada a competência da Justiça Militar para processar e julgar qualquer pessoa que incorresse em crime contra a segurança nacional, criando-se, assim, os chamados Inquéritos Policiais Militares (IPM's) (PRIORI, POMARI e AMÂNCIO *et al*, 2012). Ainda, com a promulgação da Constituição de 1967, bem como do Decreto-lei n. 314 no mesmo ano, surgiram novos tipos penais que tornavam crimes práticas comuns entre as organizações populares (como a incitação pública de desobediência coletiva às leis, a fundação de partidos políticos com registro cassado, a propaganda subversiva, dentre outros), em um nítido ato de criminalização sobre os movimentos sociais que buscavam resistir (FERNANDES, 2016).

Nesse sentido, houve diversos atos de resistência, como protestos e greves que, em linhas gerais, dividiam-se entre urbanos, rurais, pacíficos ou violentos – estes que, por sua vez, baseavam-se em parte nas táticas de guerrilha revolucionária por parte dos oprimidos (PRIORI, POMARI e AMÂNCIO *et al*, 2012), em particular em zonas rurais. Notável foi a denominada “Guerrilha do Araguaia”, motivo de condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos em razão de sua omissão (MORAES, 2011), decorrente das mortes e desapropriações que o governo ditatorial praticava em nome da expansão do latifúndio no interior de Tocantins e que resultará, em 1967, na ocupação da área localizada na Amazônia, como estratégia de preparação de milícia para a luta armada. Quando os militares tomaram conhecimento da existência do grupo, havia cerca de 70 homens na região. Passaram, então, a conceber o movimento como tentativa de implementação do *terrorismo*, em uma óbvia estratégia de subjetivação do *outro* que justificasse e legitimasse a ação truculenta que planejavam. Foi enviado um efetivo do Exército com 6.000 homens, aviões e helicópteros, em um ato de verdadeira desproporcionalidade (como manda a regra). A partir disso, militantes e moradores da região começaram a ser mortos e torturados (BRUZIGUESSI, 2014)³.

Nas cidades, organizações de esquerda⁴ também protagonizaram diversos atos de resistência. O regime militar utilizava-se das mais diversas táticas para a repressão desses movimentos, com mecanismos de violência ou de controle. A Aliança Libertadora Nacional (ALN) foi a que melhor formulou estratégias de luta armada nas cidades. Não demorou muito para que seu líder, Carlos Marighella, fosse morto em uma emboscada preparada pelo Departamento de Ordem Política e Social (DOPS) – órgão que ocupava o primeiro posto de atuação na repressão política

³ Cfr. também COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2014.

⁴ Dentre elas, a Ação Libertadora Nacional (ALN), o Partido Comunista Brasileiro (PCBR), O Movimento Revolucionário 8 de Outubro (MR-8) e a Política Operária (Polop).

(FERNANDES, 2016). Na mesma época, em uma reunião da União Nacional de Estudantes (UNE), a polícia paulista mapeou toda a produção de jornais e panfletos do movimento estudantil, bem como acompanhou as discussões entre os estudantes sobre o congresso, com o intuito de comunicar ao DOPS acerca de qualquer movimentação que ameaçasse o governo imposto. Outro mecanismo bastante utilizado era a infiltração nas manifestações populares, que servia para monitorar o movimento, objetivando conhecer suas lideranças (FERNANDES, 2016).

Em 1968, como resultado da violência excessiva posta pela Polícia Militar ao reprimir protestos, foi morto o estudante Edson Luís Lima Souto, em uma manifestação que chegou a ter 100 mil pessoas no Rio de Janeiro. Eram essas grandes mobilizações que preocupavam o regime, de modo que, mesmo em atos pacíficos, a face cruel da ditadura se fazia presente. A lógica sistemática de compreensão da polícia (e na época, das Forças Armadas) por parte da população se fazia presente: para alguns, ela era sinônimo de proteção às ameaças internas e externas, para outros, expressava o temor de poder ter sua vida exterminada pelo regime a qualquer momento (BRUZIGUESSI, 2014). Neste paradigma, a exposição da barbárie cometida pelos militares impulsionava o sentimento de revolta de diversas categorias da sociedade.

Paulatinamente, formou-se então a chamada "Frente Ampla", que congregou vários setores do corpo social brasileiro em torno da oposição à ditadura. Logo foi vista com como uma "ameaça à Segurança Nacional" pelo governo, que tentou proibir sua existência:

Proscrita como organização e proibida de realizar comícios, reuniões e passeatas, divulgar declarações políticas ou publicações de qualquer espécie. O Departamento de Polícia Federal (DPF) recebeu ordens de deter quem quer que violasse estas proibições. Além disso, deveria o DPF apreender livros, revistas, jornais ou qualquer outro material impresso de responsabilidade da frente. O Estado pretendia assim eliminar por simples decreto um movimento social, dando com isso novo exemplo das contradições entre o processo de liberalização e o emprego de repressão para remover da cena política setores "antagônicos" da oposição (ALVES, 1989, p. 128).

Como se não bastasse, no ano do governo Médici houve a edição do mais violento dos Atos Institucionais – AI5 – outro mecanismo legislativo com o objetivo de promover a criminalização dos movimentos. Além de suspender o *habeas corpus*, instituiu legalmente a tortura e a violência física contra os opositores do regime, proibindo, também, os direitos de reunião, associação e manifestação. Neste período, os movimentos sociais não obtiveram outra opção a não ser o recesso. Efetivamente, com a soma do "milagre econômico" às diversas formas de legitimação institucionais da repressão e da censura, se tornou mais fácil obter o *controle* da população (BRUZIGUESSI, 2014).

A crise do regime foi impulsionada pela crise econômica que assolou o país na segunda metade da década de setenta. Neste período, os militares iniciaram o discurso da "abertura lenta, gradual, segura e prolongada", o que levou à queda do

AI-5. Com isso, os movimentos populares e democráticos reascenderam – as greves dos operários no ABC paulista, o nascimento das centrais de sindicais, a criação da Central Única dos Trabalhadores (CUT), dentre tantos outros movimentos. Com a nova lei que autorizava o pluralismo de partidos, destaca-se a criação do Partido dos Trabalhadores (PT), entidade política de suma importância para as lutas sindicais à época. Em uma área rural do estado do Pará, fundou-se o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST). Com essa nova tríade PT/CUT/MST, a luta contra a opressão do regime militar foi centralizada, e, assim, o movimento abrangeu as mais diversas categorias, como o movimento de mulheres, dos negros, indígenas e homossexuais (BRUZIGUESSI, 2014)⁵.

Nesse senso, não se pode perder de vista que a promulgação da Constituição Federal de 1988 não representou uma reforma no campo da segurança pública, mantendo-se seguras, por meio de um irrecusável *lobby* realizado pelas Forças Armadas, as estruturas que as forças militares e policiais apresentavam durante o regime ditatorial (ZAUERUCHA, 2010). Será Jarbas Passarinho, coronel da reserva e ex-ministro dos governos Costa e Silva, Médice e Figueiredo, o mesmo que assinou o Ato Institucional n.º 05, a presidir a Comissão de Organização Política Eleitoral Partidária e Garantia das Instituições, encarregada de, na nova Constituição, construir o capítulo referente às Forças Armadas e à segurança pública, mantendo a estrutura militarizada da polícia, o ciclo dividido (entre investigação e ostensividade) e as polícias como reservas do Exército (como se o país em guerra estivesse) (ZAUERUCHA, 2010). Ao que parece, essa mesma estrutura, agora sob um verniz democrático, dá continuidade ao estabelecimento e perseguição de um *inimigo* fabricado, herdando às polícias militar e civil uma atuação com equivalente ou superior violência sobre a população que sai às ruas para manifestar as mais diversas pautas.

2 AS “JORNADAS DE JUNHO” DE 2013 NO BRASIL: NOTAS SOBRE A VIOLÊNCIA POLICIAL

Já no contexto democrático, a ascensão de Luiz Inácio Lula da Silva à presidência, em 2003, reconfigura o campo político e no governo acentuam-se a composição de múltiplas forças, de modo que os antagonismos sociais, que possuíam como habitat natural as ruas para as suas batalhas de força, deslocam-se para a burocracia estatal, mormente os Ministérios. Como um *híbrido plástico*, o lulismo e sua forma de governo serão resultado “de uma série de entrecosques inesperados, composições e recomposições improváveis e correlações insólitos de forças” (PINTO NETO, 2017, p. 06). Porém, durante o desenrolar do governo Lula (2003-2010), o projeto de um “Brasil Grande”, tentando estabelecer um protótipo de Estado de bem-estar social, começa a provocar dissidências dentro da esquerda quando a política passa a ser sacrificada – nas pautas ecológica, dos direitos dos índios, da população LGBT, da política de segurança, das alianças como fundamentalistas religiosos, entre outros – em nome de um projeto econômico desenvolvimentista.

⁵ No entanto, apareceram também muitas tensões entre os movimentos. A socióloga e ativista negra Lélia Gonzalez, por exemplo, denunciava o “discurso estereotipado” sobre as mulheres negras nos movimentos de mulheres brancas (GONZALEZ, 1991).

Assim, um “campo autonomista”, não disposto a aceitar a dose de neoliberalismo⁶, começa a se configurar. Um ecossistema que adentra nas campanhas de defesa dos índios e do meio ambiente (basta lembrar das pautas em torno da proteção dos Guaranis Kaiowás quando do desapossamento de suas terras e da resignação a construção da Usina de Belo Monte), assim como se conecta, progressivamente, com os movimentos mundiais que demandavam mais democracia e alternativa diante das oligarquias políticas e econômicas mundiais – Primavera Árabe, Occupy Wall Street, 15-M, entre outros – através da integração com plataformas digitais (Facebook, Twitter, Instagram e Youtube). Contudo, mesmo os atores políticos trazendo pautas e formas de organização totalmente diferentes do que se presenciou até então ao se manifestar nas ruas do Brasil inteiro, não se viu afastada a velha arte de governo (SEHELLART, 2006) – tanto de setores de esquerda quanto de direita – de continuar utilizando-se do aparato policial como meio de implodir as formas organizadas (ou não) que tentam chamar a atenção de pautas em ebulição no meio social.

Embora o cenário mundial, pelo menos nos últimos dez anos, demonstre uma efervescência constante de distintos movimentos sociais – com pautas diversificadas, os *novíssimos movimentos sociais* são marcados pela distância que mantém das instituições e o binômio redes sociais/espço urbano como plataforma de construção política (CASTELLS, 2013)⁷ – a resposta dos governantes, seja nos Estados Unidos em repressão ao *Occupy* ou na Alemanha berço dos *black blocs* (DEPUIS-DÉRI, 2014), seja contra os *Indignados* na Espanha, parece sempre repetir a mesma fórmula: forças policiais. Na esfera oriental do globo, onde realizou-se a Primavera Árabe, a pauta, com uma vinculação somente indireta a lógica do capitalismo neoliberal, parece indicar a utilização de policiais e de exércitos para a defesa de regimes ditatoriais impostos, buscando aqueles que protestavam não o aperfeiçoamento da democracia formal, mas antes somente que essa fosse tão somente estabelecida, embora não nos moldes das democracias liberais do Ocidente (ZIZEK, 2012).

No ano de 2013, desde a constituição de um setor autonomista, o Brasil experimentou o que se passou a denominar de “Jornadas de Junho”⁸, movimento que teve seu início na indignação de segmentos resignados com o aumento de 20 (vinte) centavos na passagem do transporte público – que, na sequência, teve sua baixa

⁶ Para uma visão mais aprofundada do neoliberalismo como racionalidade governamental, cfr. DARDOT, LAVAL, 2016.

⁷ Manuel Castells chamará de *espço de autonomia* essa constituição híbrida entre o ciberespço e o espço urbano, na medida em que a autonomia “só pode ser assegurada pela capacidade de se organizar no espço livre das redes de comunicação, mas ao mesmo tempo só pode ser exercida como uma força transformadora pelo desafio da disciplina institucional através da reclamação do espço da cidade para os seus cidadãos. A autonomia sem desafio torna-se uma retirada. Desafio sem uma base permanente de autonomia no espço de fluxos é equivalente a activismo descontinuado” (CASTELLS, 2013, p. 217). E continua: “Eles começam em contextos específicos, pelas suas próprias razões, constroem as suas redes e constroem o seu espço público pela ocupação do espço urbano e ligando-se às redes de Internet. Mas eles também são globais, porque estão ligados através do mundo, aprendem a partir de outras experiências e, na verdade, são frequentemente inspirados por essas experiências para se envolverem na própria mobilização” (CASTELLS, 2013, p. 217).

⁸ Também conhecida como “Revolta da Salada” ou “Revolta do Vinagre”, em razão da proibição da utilização, pela polícia militar de determinadas capitais, do porte do vinagre, tendo em vista que essa substância atenua os efeitos das bombas de gás lacrimogêneo (JUDENSNAIDER, 2013, p. 137).

decretada em mais de cem cidades brasileiras (SECCO, 2013) – e que comprometeu seriamente a popularidade do lulismo (BRAGA, 2017). Mesmo havendo certa divergência de onde teriam se iniciado as manifestações – se em Porto Alegre ou em São Paulo – considera-se a hipótese de que o movimento pode ser dividido em três etapas (SINGER, 2013): a primeira delas tinha como objetivo específico a redução do preço das passagens do transporte público, seguindo o modelo de manifestação adotado pelo Movimento Passe Livre (MPL) em outras ocasiões. Nesse primeiro momento já se poderia vislumbrar a resposta que os governantes dariam a multidão – variável em várias localidades do país – que chegavam a milhares de pessoas, entre manifestantes, transeuntes e jornalistas: a polícia militar parecia autorizada a promover uma guerra a céu aberto – e o fez. A “velha política”, talvez sem compreender o momento histórico que os sufocava e vindo a indagar “*Quem são os líderes?*”, “*Com quem devemos negociar?*”, “*O que podemos fazer para controlar os manifestantes?*” (CARVALHO, 2015), rapidamente se deram conta de que as velhas fórmulas não funcionariam. Em razão dessa incompreensão do momento e da impossibilidade de *cooptar as lideranças*, optaram pelo uso da força para reprimir os protestos e a indignação (CARVALHO, 2015).

Essa ideia estaria vinculada a forma e ao conteúdo que as “Jornadas de Junho” apresentaram. Antes dos anos 60 do século XX, diversos movimentos, conhecidos como “velhos”, eclodiram pela necessidade da alteração de pautas em torno do teor material e econômico, agindo sob formas tradicionais e buscando vinculações com os órgãos institucionalizados (SANTIAGO, 2016). A partir dos anos 70, surgem os chamados “novos” movimentos sociais, demarcando a “afirmação de uma identidade no espaço público que não mais se dá nos espaços tradicionais (partidos políticos, sindicatos, Estado), mas sim no espaço do cotidiano: no bairro, na rua, no campo” (SILVA FILHO, 2011). Ou seja, do primeiro para o segundo, há uma diferença fundamental quanto a questão da institucionalização: se no início do século XX as mulheres reivindicavam o direito ao voto, buscando uma inserção no sistema político vigente, nas décadas finais o movimento punk, exemplo de um “novo” movimento social, resistia às diretrizes do sistema representativo, buscando o direito de não votar, ou seja, a retirada da obrigatoriedade do voto (SANTIAGO, 2016). As “Jornadas de Junho”, por sua vinculação com as redes sociais, são expressão clara dos denominados “novíssimos movimentos sociais”, que eclodiram primeiro na Tunísia e na Islândia (CASTELLS, 2013) e depois se espalharam pelo resto do mundo, com as mais diversificadas pautas (conteúdos) e se expressando através de diversas táticas e estratégias, espontâneas ou não (forma).

A segunda etapa das “Jornadas de Junho” no Brasil é impulsionada pela própria resposta do governo a primeira etapa – evitando o diálogo e tratando as manifestações com a violência policial – já que o “uso desmedido da força atraiu a atenção e a simpatia do grande público” (SINGER, 2013) – tanto em São Paulo quanto nas outras regiões do país. A data que marcou essa etapa do movimento se localizam entre os dias 17, 18, 19 e 20 de junho, momento em que as *jornadas* alcançaram seu auge. Jessé de Souza (SOUZA, 2015) defende, com base nas pesquisas realizadas pelo IBOPE sobre manifestantes em dimensão nacional, que foi no dia 19 de junho de 2013 que as manifestações sofreram uma virada, na medida em que a classe média passou a manifestar-se no espaço público, alterando as pautas típicas da classe popular – melhor transporte, escolas e saúdes – para demandas que centralizaram o debate em torno das denúncias de corrupção. Para o sociólogo, a

ressaca da “Primavera Brasileira” foram as eleições presidenciais de 2014. Ao se juntar esses dois movimentos, “Jornadas de Junho” e eleições presidenciais, nota-se uma clara guinada conservadora na política brasileira (SOUZA, 2015).

A terceira e última etapa encontra-se nos últimos dias do mês de junho e, ainda que se possa dizer de forma bastante resumida, é marcada não só pelo aumento do número de pessoas – que no Brasil inteiro chega a mais de 100 (cem) cidades e uma média de um milhão e meio de participantes – mas também pela fragmentação em mobilizações parciais com pautas específicas (redução de pedágios, derrubada da PEC 37, protesto contra o Programa Mais Médicos, etc.). Entre essas datas é onde se localiza os resultados parciais trazidos da pesquisa realizada nos processos investigativos da polícia civil do Rio Grande do Sul sobre as manifestações ocorridas na cidade de Porto Alegre. Nesse sentido, apesar da divisão entre “etapas” das “Jornadas de Junho”, o que se torna mais relevante a presente pesquisa é de que todas foram marcadas pela violência policial. Em alguns momentos com mais intensidade, outros momentos com menos, mas a polícia, com seu forte aparato bélico (desde as armaduras de *robocop* às armas não-letais – ou *menos letais*) lançou-se sobre a população com fúria, tornando ruas e avenidas campos de guerra, como demonstraram os inúmeros vídeos produzidos à época por jornalistas e amadores.

3 CONCLUSÃO

Em síntese, poderíamos apontar não de hoje o assentamento, em alguns países da América Latina, de uma nova “razão do mundo”. Essa nova governamentalidade, traduzida em golpes de Estado por vários países, pretendia enriquecer a indústria e avolumar a urbanização no continente. Porém, mostrava-se como Doutrina de Segurança Nacional (DSN), definindo a atuação política de diversos países através da geopolítica norte-americana. Tal doutrina, colocou em ação as mais diversas práticas repressivas, que possibilitavam a desumanização do outro na figura do inimigo comunista.

A resistência presente em todo o período da ditadura civil-militar brasileira fez aumentar a exposição das condutas repugnantes praticadas pelo regime, causando revolta e indignação nas mais diversas camadas da sociedade. Greves, protestos e guerrilhas são marcantes no cenário nacional. O governo, em sua óbvia estratégia de controle sobre os ditos terroristas, procurou legitimar suas ações sempre acompanhadas de extrema violência.

Quando trabalhamos a partir do contexto democrático, constatamos uma nova configuração do campo político que possibilita o deslocamento de diversas forças, que antes se encontravam nas ruas, para dentro do aparato burocrático estatal. Desde a entrada massiva de políticas neoliberais no Brasil, em 1990, passa a existir uma mercantilização do ativismo social que fortalece a burocratização do movimento sindical que se junta ao Estado (BRAGA, 2017).

Há uma tentativa de implementação de um Estado de bem-estar social, que provoca tensões, na medida em que determinadas políticas sociais passam a ser sacrificadas em nome de um projeto de desenvolvimento. Há uma parcela que não aceita de forma mansa a introdução desenfreada do neoliberalismo, o que, em grande medida, se conecta com o contexto de resistência mundial, onde existe uma demanda

geral por pautas sociais e democracia. Daí a tradução atualizada das performances autoritárias dos aparelhos repressivos estatais, neste caso a polícia, sempre pronta a lançar mão da violência excepcional para garantir a soberania.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Maria Helena Moreira. **Estado e oposição no Brasil (1964-1984)**. 5ª ed. Vozes, Petrópolis, 1989.
- BRAGA, Ruy. **A rebeldia do precariado: trabalho e neoliberalismo no Sul global**. 1.ed. São Paulo: Boitempo, 2017.
- BRUZIGUESSI, Bruno. O legado da ditadura no processo de criminalização dos movimentos sociais. **Tempos Históricos**, v. 18, 2014.
- CARVALHO, Salo de. Contracultura e ativismo na web: os movimentos sociais, a “era das marchas” e a reinvenção da política. *In*: OLIVEIRA, Rafael Santos de. **Direito e novas tecnologias da informação**. Curitiba: Íthala, 2015.
- CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na Era da Internet**. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2013.
- COMBLIN, Joseph. **A Ideologia da Segurança Nacional: o Poder Militar na América Latina**. Tradução de A. Veiga Fialho. 3ª edição. Editora Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 1980.
- DUPUIS-DÉRI, Francis. **Black Blocs**. Tradução de Guilherme Miranda. São Paulo: Veneta, 2014. ZIZEK, Slavoj. **O ano que sonhamos perigosamente**. São Paulo, Editora Boitempo, 2012.
- FERNANDES, Pádua. Movimentos sociais e segurança nacional: notas sobre contestação e vigilância durante a ditadura militar. **Panóptica**, vol. 11, n. 2, pp. 502-533, jul./dez. 2016.
- FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: a vontade de saber**. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2015.
- MORAES, Ana Luisa Zago de. O “Caso Araguaia” na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Liberdades**, n.º 08, setembro-dezembro, 2011.
- PRIORI, Ângelo; POMARI, Luciana Regina; AMÂNCIO, Silvia Maria; IPÓLITO, Verônica Karina. **História do Paraná: séculos XIX e XX**. Maringá, Eduem, 2012.
- SANTIAGO, Leonardo Sagrillo. **Os “novíssimos” movimentos sociais e a sociedade em rede: a criminalização das “Jornadas de Junho” de 2013 e a consolidação de um Estado delinquente**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Maria, Programa de Pós-Graduação em Direito, Rio Grande do Sul, 2016.
- _____. **A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite**. São Paulo: LeYa, 2015
- SECCO, Lincoln. As Jornadas de Junho. *In*: MARICATO, Ermínia [et al]. **Cidades rebeldes: Passe Livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, Carta Maior, 2013.
- SEHELLART, Michel. **As artes de governar: Do regimen medieval ao conceito de governo**. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Ed. 34, 2006.
- SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Justiça de Transição: da ditadura militar ao debate justransicional: direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil**. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2015.

- SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Criminologia e alteridade: o problema da criminalização dos Movimentos Sociais no Brasil. *In*: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.
- SINGER, André. Brasil, junho de 2013: classes e ideologias cruzadas. Dossiê: Mobilizações, protestos e revoluções. **Novos estudos 97**. Novembro de 2013.
- SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.
- PINTO NETO, Moysés. Identidade de Esquerda ou Pragmatismo Radical?. **Cadernos IHUideias**. Ano 15, n.º 259, vol. 15, 2017.
- ZAVERUCHA, Jorge. Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição Brasileira de 1988. *In*: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Orgs.). **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª edição junho de 2007, 3ª edição dezembro de 2011.

El derecho humano al agua en el ámbito interamericano¹

Germana Aguiar Ribeiro do Nascimento²

Universidad de Valencia

1.0. Introducción

El problema del acceso al agua puede ser corroborado por diversas situaciones. En 2015, estadísticas demostraron que 1 de cada 10 muertes infantiles se debieron a la diarrea, en este sentido, cada 60 segundos, un niño moría a consecuencia de esta enfermedad³, siendo los principales afectados aquellos que vivían en regiones pobres y marginadas.

En pleno siglo XXI es inaceptable que todavía niños pierdan la vida por enfermedades que fácilmente pueden ser prevenidas. De hecho, la mayoría de los casos de diarrea son causados por virus como el *Rotavirus* y la *Escherichiacoli*; los cuales se propagan a través del agua y de alimentos contaminados que pasan directamente de persona a persona, de manera más frecuente en entornos con mala higiene y falta de acceso al agua potable y saneamiento⁴. Este hecho ya había sido destacado por la Organización Mundial de la Salud en un informe de 2002, el cual declaró que más de 3 millones de personas morían a causa del consumo de agua no potable al año, la mayoría de ellos eran niños y adolescentes⁵.

Es decir, el número de muertes por diarrea podría ser reducido si el acceso al agua limpia y al saneamiento fuese una realidad para todos, y en especial para los niños. Pese a las cifras alarmantes y que, si bien se han desarrollado estudios sobre el tema, el progreso en esta área es demasiado lento para la alta tasa de mortalidad que ocasiona.

El agua es vida, sin ella, no se puede acceder a una vida digna, por lo que, la carencia de esta ocasiona enfermedad, muerte, pobreza y aumenta el grado de vulnerabilidad. De esta manera, si un gobierno no provee el acceso al agua de calidad a su población, en atención prioritaria a sus niños, no puede prosperar y tampoco desarrollarse. El acceso que al agua limpia mejora la calidad de vida de las poblaciones, potencializándoles para el desempeño de actividades diarias, como

¹ Este artículo fue realizado en el marco del proyecto Prometeo financiado por la Generalitat Valenciana, GVPROMETEOII2014-078 con el título "Justicia social, exigibilidad de los derechos humanos e integración" y del programa de investigación GRISOLIA (Ref. 2016/098), también de financiación autonómica.

² Abogada y antropóloga brasileña. Doctoranda en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional en la Universidad de Valencia.

³ United Nations Children's Fund (2016): One is too many – ending child deaths from pneumonia and diarrhoea, New York, UNICEF, p. 8.

⁴ United Nations Children's Fund (2016): One is too many – ending child deaths from pneumonia and diarrhoea, New York, UNICEF, p. 17.

⁵ World Health Organization, Safer water, better health. Summary statistics on deaths and disability related to water, sanitation and hygiene in 2002.

también para el gozo de sus libertades, por lo que, la carencia de esta limita el libre ejercicio de sus derechos.

Este hecho da lugar a la discusión con respecto no sólo al reconocimiento formal del derecho al agua en los catálogos internacionales y nacionales de protección de los derechos humanos sino también a su aplicación efectiva y a la negación a amplios sectores de la población. Se hace necesario reflexionar sobre estas cuestiones, dado que el agua es un derecho humano fundamental, clave para una vida más justa y democrática para todos.

A lo largo de las últimas décadas, fue apareciendo una serie de instrumentos con vistas a la protección del derecho al agua, tales como los textos y conferencias internacionales de derechos humanos y de protección del medio ambiente. Sin embargo, fue sólo a partir del 28 de julio de 2010, después de muchas negociaciones de la comunidad internacional, cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Resolución 64/2926 reconociendo expresamente el agua limpia y segura y el saneamiento como derechos básicos para el pleno disfrute de la vida y de todos los demás derechos humanos. De hecho, los textos anteriores no preveían este derecho de forma autónoma, teníamos que recurrir a la interpretación para defenderlo. Tenemos aquí los orígenes de una afirmación del derecho al agua presente en los textos que empezaban a ser proclamados desde la segunda mitad del siglo XX, que tenían por objeto proteger a los individuos a nivel internacional⁷. En el ámbito interamericano, a pesar del escenario respecto al acceso al agua, se percibe que este derecho aún no fue incorporado expresamente en los tratados o declaraciones que integran el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

El presente artículo se caracteriza como un estudio de naturaleza cualitativa que utiliza como procedimiento técnico principal la pesquisa documental a través del análisis de contenido. Son revisados y analizados diferentes documentos, legislación nacional e internacional y jurisprudencia al respecto del derecho al agua potable. El objetivo principal es examinar, en qué medida el derecho humano al agua está protegido internacionalmente, para paso seguido, analizar de que manera este derecho está garantizado en el ámbito del derecho interamericano. Reconocer el derecho humano al agua es proveer una herramienta para responsabilizar a los gobiernos, si ellos no garantizan el acceso al agua de calidad y ayuda a centrar la atención en el estado de la gestión del agua y en establecer prioridades en las políticas, como garantizar un universal acceso a un agua limpia y de calidad.

2.0. El derecho humano al agua en el ámbito internacional

Tras la Segunda Guerra Mundial se produce un pacto social y político entre los diferentes partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales y gobiernos en torno a objetivos que anteriormente se consideraban excluyentes: libertad política y

⁶ Naciones Unidas, Resolución de la Asamblea General, El derecho humano al agua y el saneamiento, doc. A/64/L.63/ Rev. 1*, 28 de Julio de 2010.

⁷ Serrano Tur, Lidia (2014): *Aguas dulces y derecho internacional : el agua como bien comun y como derecho humano desde la perspectiva del desarrollo sostenible*, Barcelona, Huygens Editorial, p. 12.

económica, igualdad y seguridad⁸. Este pacto contribuye a la consolidación del Estado Social.

Así, a partir de ese momento, vemos un reconocimiento supranacional de los derechos sociales, que van más allá de los textos de protección del trabajo de la Organización Internacional del Trabajo, como por ejemplo, la Carta de las Naciones Unidas, publicada en 1945. Según Tehindrazanarivelo⁹, la Organización de las Naciones Unidas fue fundada con el objetivo principal de asegurar el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Por lo tanto, su primer artículo afirma que entre los objetivos de los países firmantes, se destacan: "Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión". De hecho, para las Naciones Unidas, los problemas económicos y sociales representan una amenaza para la paz y la seguridad, y por lo tanto, los países deben cooperar para eliminarlos.

En este contexto, según Oberdorff¹⁰, las Naciones Unidas proclaman un edificio entero de protección de los derechos humanos. Se debe mencionar, así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, que rescató los ideales de la Revolución Francesa, y por lo tanto declara la igualdad y la libertad de todos los hombres en los derechos y en dignidad y proclama el principio de la no discriminación. Por otro lado, se proclaman derechos económicos y sociales en los artículos 22 a 27.

La Declaración afirma en su artículo 25 que « *Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...)* ». Parece, pues, que el derecho al agua se introduce en este artículo, ya que es imposible obtener el bienestar y la salud sin tener acceso al agua limpia y segura.

Del mismo modo, el Pacto internacional relativo a los derechos económicos, sociales y culturales de 1966, garantiza el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado, a la salud y la alimentación en los artículos 11 y 12. En consecuencia, el derecho al agua no está mencionado explícitamente, pero necesariamente está incluido en estos derechos y así, los Estados tienen la obligación de garantizar progresivamente el acceso al agua potable¹¹. Por consiguiente, el derecho al agua forma parte de este contexto de garantía progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales. La creación de instancias de monitorización para supervisar la implementación de estos derechos, y el hecho de que los jueces estén juzgando cada vez más causas relacionadas con la protección de ellos demuestra que los escépticos se equivocan. El Comité del PIDESC afirma así en su Observación General número 15, párrafo 55 « *Toda persona o grupo que haya sido víctima de una violación del*

⁸ Agudo Zamora, Miguel J. (2013): *La protección multinivel del Estado Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 26.

⁹ Tehindrazanarivelo, Djacoba Liva (2005): *Les sanctions des Nations Unies et leurs effets secondaires*, Paris, Presses Universitaires de France, p. 1.

¹⁰ Oberdorff, Henri (2010): *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Paris, Lextenso Editions, p. 98.

¹¹ Aniza Garcia (2008): *El derecho humano al agua*, Madrid, Editorial Trotta, p. 164.

derecho al agua deberá contar con recursos judiciales o de otro tipo efectivos tanto en el plano nacional como en el internacional. El Comité observa que este derecho ha sido incluido en la Constitución de varios Estados y ha sido objeto de litigio ante tribunales nacionales¹² ».

El derecho al agua también se infiere del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que protege el derecho a la vida. El trabajo interpretativo de la Comisión de los Derechos Humanos en sus observaciones generales reafirma el derecho al agua, al disponer que el derecho a la vida no puede ser leído de manera restrictiva y, por tanto, los Estados deben adoptar medidas positivas para garantizarlo¹³. Privar a alguien del acceso al agua sería una amenaza para la vida del individuo, y por lo tanto, una violación del derecho a la vida. Está claro, pues, que el derecho al agua, aunque no estuviera previsto de forma expresa, ya estaba incluido en la protección de otros derechos, ya que es indispensable para la realización de estos.

Además, en 1972, se celebró en Estocolmo, lo que se puede considerar la primera Conferencia Mundial sobre el Medio Ambiente Humano¹⁴. Aunque nadie haya hablado del derecho al agua directamente, esta conferencia representa un hito para las cuestiones relacionadas con el medio ambiente y el desarrollo, lo que confirma la creciente preocupación de la comunidad internacional con los recursos naturales y la relación del hombre con la naturaleza. El primer principio de la Declaración de la Conferencia de Estocolmo de 1972 establece en este sentido que « *El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras* ». Esta conferencia marca el comienzo de una toma de conciencia internacional sobre las cuestiones del medio ambiente y contribuye al desarrollo de la afirmación posterior del agua como derecho humano básico¹⁵.

En 1977 el derecho al agua es, por primera vez definido explícitamente en el plan internacional. De hecho, en este año se celebró la Conferencia sobre el Agua de las Naciones Unidas en Mar del Plata, considerada una de las primeras de este tipo. Al final de esta Conferencia, se diseñó un Plan de Acción que tenía como principio básico el hecho de que todas las personas, independientemente de su nivel social y sus condiciones económicas, deberían tener el acceso al agua potable de calidad en una cantidad suficiente para satisfacer sus necesidades básicas. Además, el Plan de Acción fijó los objetivos de la primera década internacional del agua potable y el saneamiento¹⁶ (1980-1990), durante la cual los Estados deberían realizar esfuerzos para mejorar sustancialmente las normas y los servicios de agua potable y saneamiento. Estos objetivos no se han alcanzado, pero una mayor conciencia de los

¹² Observación general 15, Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto), (29º período de sesiones 2002), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 117 (2002).

¹³ Comité de Derechos Humanos, « Observación general número 6. *El derecho a la vida* (art. 6 PIDCP) », doc. HRI/GEN/1/Rev. 0 (Vol. I) , 30 de Abril de 1982, par. 5.

¹⁴ Simon Caney (2009): "Climate Changes, Human Rights and moral thresholds", in : *Human Rights and Climate Change*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 70.

¹⁵ Karin Mickelson (2000): "South, North, International Environmental Law, and International Environmental Lawyers", in *Yearbook of International Environmental Law*, V. 11, p. 63.

¹⁶ ONU, Resolución 35/18, de 10 de noviembre de 1980.

Estados con relación al acceso al agua potable, a la pobreza y al desarrollo sostenible se hizo presente¹⁷. Treinta y cinco años después, muchas personas todavía tienen estos derechos violados a diario, lo que confirma la necesidad de más estudios sobre el tema.

Algunas Convenciones internacionales elaboradas después de esta Conferencia también garantizan el derecho al agua y al saneamiento. Es el caso del Convenio sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres de 1979 cuyo artículo 14.2 h) establece que los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales y en particular le asegurarán el derecho a Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones¹⁸.

Además, la Convención Internacional de los derechos del niño de 1989 también garantiza el derecho al agua, cuando afirma en su artículo 24.2 c) que los Estados Partes adoptaran las medidas apropiadas para combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente. Se percibe que hay un deseo de proteger al niño teniendo en cuenta su vulnerabilidad¹⁹, ya que el Estado debe adoptar medidas preventivas para reducir la mortalidad infantil y la malnutrición y asimismo debe garantizar el acceso al agua potable ya que esto es esencial para alcanzar estos objetivos. El convenio también establece que los Estados deberán cooperar a nivel internacional para garantizar que todos los niños tengan acceso a la justicia, la paz, la libertad y igualdad²⁰.

En 2006, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en su artículo 28 afirma que los Estados deben reconocer el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y la mejora continua de sus condiciones de vida. Además, establece que el Estado deberá garantizar la igualdad de acceso a los servicios de saneamiento y agua potable.

La primera definición del contenido del derecho al agua y de las obligaciones que emanan de él fue dada en 2003 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, encargado de supervisar la aplicación del Pacto de 1966. Este Comité ha sido muy eficaz en lo que se refiere a la definición de los derechos económicos, sociales y culturales y su vigilancia. Es su definición del derecho al agua que tiene autoridad en el ámbito internacional²¹. El afirma que « *el derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y*

¹⁷ Belaidi Nadia et Euzen Agathe (2009) « De la chose commune au patrimoine commun », in : *Regards croisés sur les valeurs sociales de l'accès à l'eau*, Mondes en développement, n° 145, p. 58.

¹⁸ Resolución 34/180, *El Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, adoptado por la Asamblea General el 18 de diciembre de 1979.

¹⁹ Françoise Martinetti (2007): *Les droits de l'enfant*, Paris , E.J.L., p. 7.

²⁰ Jean-Pierre Rosenczweig (2005): *Le dispositif français de protection de l'enfance*, Paris, Jeunesse et Droit, p. 559.

²¹ Golay C. (2009): « Le droit à l'eau », in : *Cahier Critique n° 6 du CETIM*, p. 9.

*asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica*²² ». Está claro, pues, que son cinco los requisitos esenciales del derecho de agua, a saber: disponibilidad, accesibilidad, asequibilidad, calidad y aceptabilidad.

El Comité señala además que el agua debe ser considerada como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico y debe ser utilizado de manera duradera para que las generaciones actuales y futuras puedan disfrutar de ello. También establece que el agua disponible para cada persona debe ser continua y suficiente para los usos personales y domésticos. El derecho al agua está directamente relacionado con el derecho a la vida y a la dignidad humana, siendo necesario para la realización de otros derechos humanos. Como afirma la Convención de Viena de 1993 en su programa de acción « *All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated. The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis*²³».

Tras la exposición del derecho al agua, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales define las obligaciones de los Estados con respecto a la efectividad de este derecho, a saber: respetar, proteger y cumplir. Por lo tanto, los Estados deben respetar el derecho al agua, es decir, no pueden llevar a cabo cualquier actividad que cree obstáculos para el pleno disfrute del derecho al agua; de proteger, a través del cual el Estado debe impedir que terceros, intervengan en el pleno disfrute del acceso al agua, por ejemplo, cuando terceros deniegan el acceso a alguien al agua; y, finalmente, el Estado tiene el deber de cumplir, es decir, de adoptar las medidas necesarias para la plena realización del derecho al agua, por ejemplo, reconociendo el derecho al agua en su sistema político, administrativo y legal, facilitando, promoviendo y garantizando el acceso al agua limpia²⁴.

En el año 2000, la comunidad internacional anunció en la Asamblea General de las Naciones Unidas, los objetivos del milenio para el desarrollo. Estos objetivos constituyen una serie de desafíos con el fin de reducir la pobreza de forma rápida en los países en desarrollo, así como la malnutrición. Uno de los objetivos declarados era reducir a la mitad para 2015 la proporción de personas que carecían de acceso al agua y a los servicios básicos de saneamiento²⁵, debido a la íntima relación entre el acceso al agua y el desarrollo. En lo que se refiere al acceso al agua, que era una prioridad, se alcanzó la meta de reducir a la mitad. En septiembre de 2015, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la resolución "Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible". Esta resolución busca

²² Observación general 15, Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto), (29º período de sesiones 2002), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 117 (2002).

²³ UN, Vienna Declaration and Programme of Action, in : <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>

²⁴ Vanessa Ruegger (2014): «Water distribution in the public interest and the human right to water : Swiss, South-African and international law compared », in : *Law Environment and Development Journal* 10/1, p. 16.

²⁵ Antoine de Ravignan (2013): « L'accès à l'eau, un droit pour tous », in : *Études*, Tome 419, p. 19-29.

construir sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio y completar lo que no se ha logrado. De esta manera, los 193 Estados partes de las Naciones Unidas adoptaron los Objetivos de Desarrollo Sostenible, que incluyen un conjunto de 17 objetivos para acabar con la pobreza, luchar contra la desigualdad y la injusticia y hacer frente al cambio climático para 2030. Por lo tanto, el objetivo número 6 es garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible de agua y saneamiento para todos.

De hecho, hay lugares en el mundo donde la gente pasa horas cada día a buscar agua para sobrevivir. Es el caso de la ciudad de Barauna en Paraíba, Brasil, donde sólo 0,15% de las viviendas tiene agua encanada²⁶. En ella vive la señora María José Casimiro, de 61 años, que todos los días pasa 3 horas para llenar y cargar solo 10 cubetas de cinco galones en la cisterna de agua comunal para beber y cocinar²⁷. De las diez ciudades con el menor porcentaje de hogares con agua corriente en Brasil, seis están en el estado de Paraíba, que es también uno de los más pobres del país, situado en la región Nordeste. La región nordeste es principalmente semiárida, siendo marcada por la escasez y la irregularidad de las precipitaciones. El suministro de agua en las zonas rurales de esta región depende principalmente de los pequeños recursos superficiales y es bastante difícil²⁸. El Business Insight en América Latina muestra que cerca de 40 millones de personas no tienen acceso al agua potable en Brasil, la población más afectada siendo la que vive en el semi-árido, lo que provoca, entre otros problemas, un alto índice de mortalidad infantil²⁹. Es necesario así, analizar en qué medida este derecho está protegido en el derecho interamericano.

3.0. El derecho al agua en el ámbito interamericano

En el ámbito regional, el derecho al agua está garantizado, por ejemplo, en la Carta Africana sobre los derechos y el bienestar de los niños, que en su artículo 14 establece que todo niño tiene derecho a disfrutar del más alto nivel de salud física, mental y espiritual. La Carta Social Europea de 1961 protege el derecho a la salud, a la protección contra la pobreza y la exclusión social y el derecho a la vivienda. Aunque no haya ninguna referencia expresa al derecho al agua, el se puede desprender de estos otros derechos. Además, el derecho al agua está previsto explícitamente por algunas leyes nacionales, a saber leyes en Sudáfrica, Uruguay y Ecuador.

En el ámbito interamericano, el 23 de octubre de 2015, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos celebró una audiencia sobre "Derechos Humanos y el Agua en América", en la que se constató que del total de 580 millones de habitantes de América Latina y del Caribe, el 20% no tenía acceso a agua potable por medio de un acueducto, y menos del 30% de las aguas utilizadas recibían tratamiento, muchas veces sólo un

²⁶ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, IBGE.

²⁷ Dhiego Maia, Cisterna é o melhor presente de casamento em cidade do sertão da Paraíba. <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/03/1606116-cisterna-e-o-melhor-presente-de-casamento-em-cidade-do-sertao-da-pb.shtml>

²⁸ Collard Anne-Laure et al. (2013): « Accès à l'eau et clientélisme dans le Nordeste brésilien », in : *Natures Sciences Sociétés*, p. 35-44.

²⁹ Tanara Adriano, 40 milhões de brasileiros não têm acesso a água tratada, in : <http://caritas.org.br/40-milhoes-de-brasileiros-nao-tem-acesso-a-agua-tratada/25061>, 15 de marco de 2014.

tratamiento deficiente, resultando que 34 de cada 1.000 niños mueren cada año en esta región por enfermedades asociadas al agua³⁰. Por consiguiente, es importante estudiar en qué medida el derecho humano al agua está reconocido en el nivel regional.

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos se inició formalmente con la aprobación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en 1948. Según Mazzuoli³¹, esta Declaración formó la base normativa de protección en el Sistema Interamericano y sigue siendo el instrumento de expresión regional en esta materia, principalmente para los Estados que no han firmado la Convención Americana. De hecho, en noviembre de 1969 se celebró la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José, Costa Rica, donde se redactó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que protege, esencialmente, derechos civiles y políticos y que entró en vigor el 18 de Julio de 1978.

En lo que se refiere al derecho al agua, se constata que la Declaración Americana no reconoce expresamente dicho derecho. Sin embargo, ella garantiza, en el artículo I, el derecho a la integridad personal y, en el artículo XI, el derecho a la salud, incluso, afirmando su protección por medio de medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, ropa, vivienda y cuidados médicos correspondientes al nivel permitido por los recursos públicos y los de la colectividad³².

En el mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos tampoco prevé el derecho al agua, pero protege el derecho a la vida, en su artículo 4; el derecho a la integridad personal, en su artículo 5 y reconoce en su artículo 1.1 la obligación de los Estados Partes de respetar los derechos y libertades en ella reconocidos y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna. Obliga aún los Estados a adoptar, de acuerdo con sus normas constitucionales y con las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otra naturaleza que sean necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades, en su artículo 2. Por lo tanto, es posible afirmar que el derecho al agua se deduce de los aludidos derechos.

El Protocolo de San Salvador³³ tampoco hace mención expresa al derecho al agua. Sin embargo, en su artículo 11.1 prevé que toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con los servicios públicos básicos. Así, el agua potable es uno de los servicios esenciales para la subsistencia de las personas y el derecho a su suministro estaría implícito en este artículo. Para Salmón G.³⁴, " el derecho a un medio ambiente adecuado se encuentra relacionado con el derecho al agua y a la vida digna especialmente en países como los latinoamericanos, donde las actividades extractivas y la protección del medio ambiente mantienen relaciones muy tensas".

³⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015), p. 481.

³¹ Mazzuoli, Valerio de Oliveira (2015): *Curso de Direito Internacional Público* (São Paulo, Revista dos Tribunais), p. 974.

³² *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948*, [Disponible en https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm].

³³ *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Protocolo de San Salvador), 1988, [Disponible en https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm]

³⁴ Salmón G., Elizabeth (2012): "El derecho humano al agua y los aportes del sistema interamericano de derechos humanos", en *Universitas Revista de Filosofía, Derecho y Política* (número 16), pp. 245-268. p.259.

Como sostiene Buob Concha³⁵, el hecho de no haber reconocimiento expreso del derecho humano al agua en la Convención Americana de Derechos Humanos, principal instrumento interamericano de protección de los derechos humanos "en sí mismo no impide *prima facie* su reconocimiento y tutela jurisprudencial".

De hecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la decisión *Yakie Axa v. Paraguay*³⁶, de 2000, trata del hecho de que esta comunidad indígena había sido expulsada de sus tierras, viviendo en situación de extrema miseria y de empobrecimiento. En su decisión, la Corte condena el Paraguay por violar el derecho a la vida de los miembros de esta comunidad, afirmando que tal derecho está directamente relacionado con los derechos económicos y sociales, como el derecho a la salud, a la alimentación, al agua limpia y a la cultura. En este sentido, dispone en su apartado 67 que: « *Las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia* ». Se percibe que la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce el derecho al agua como un derecho derivado de otros derechos expresamente tutelados, sobre todo del derecho a la vida, pero no como un derecho humano autónomo.

Además, se puede mencionar la Carta de la Organización de los Estados Americanos-OEA, que fundó la OEA, que afirma los "derechos fundamentales de la persona humana" como uno de los principios fundadores de la Organización. El pleno respeto de los derechos humanos aparece en varias sesiones de la Carta. De acuerdo con ese instrumento, "el sentido genuino de la solidaridad americana y de buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este continente dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado con respeto a los derechos esenciales hombre".³⁷

A pesar de no referirse al derecho al agua, se observa que el artículo 34 de la Carta prevé los objetivos básicos del desarrollo integral: la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza y la distribución equitativa de la riqueza y la renta, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, entre otros. Para alcanzarlos, los Estados deben dedicar sus mayores esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: alimentación adecuada para todos, especialmente a través de la aceleración de los esfuerzos nacionales para aumentar la producción y disponibilidad de alimentos y condiciones urbanas que proporcionen oportunidades de vida sana, productiva y digna.

³⁵ Buob Concha, Luis Carlos (2012): "Criterios y Mecanismos para la Protección Jurídica del Derecho Humano al Agua de los Pueblos Indígenas en su Dimensión Colectiva a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Tesis, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, disponible en: <http://hdl.handle.net/10757/273258>, p. 140.

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Yakie Axa v. Paraguay*, in : http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf

³⁷OEA. Mandato de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [Disponible en <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp>].

Según el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³⁸, ya mencionado, la consecución de dichas metas depende irreductiblemente del acceso al agua apta para el consumo humano. Este acceso debe ser garantizado en condiciones de igualdad real para la satisfacción de todos los derechos humanos. Se trata del punto de partida para un desarrollo integral.

Además, la Resolución AG/RES.2349 (XXXVII-O/07) "El agua, la salud, y los derechos humanos", de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 2007, resalta que incumbe a los gobiernos la función primera de promover un mayor acceso al agua potable, afirmando que "el agua es esencial para la vida y la salud de todos los seres humanos y que el acceso al agua potable y la higiene básica son indispensables para vivir una vida con dignidad". Además, añade la necesidad de "respetar el uso ancestral del agua por parte de las comunidades urbanas, rurales y pueblos indígenas, en el marco de sus usos y costumbres".

Strakos³⁹ destaca que este documento ha sido señalado por algunos, a ejemplo de Hohenwarter, como un retroceso en el reconocimiento del agua como derecho humano, teniendo en cuenta la omisión de una definición expresa del acceso al agua como derecho humano, lo que había sido sugerido por la delegación de Bolivia en el contexto de las negociaciones.

Es importante mencionar también la Carta Social de las Américas, aprobada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, el 4 de junio de 2012, que dispone expresamente en su artículo 20 que: "Los Estados miembros reconocen que el agua es fundamental para la vida y básica para el desarrollo socioeconómico y la sostenibilidad ambiental, y que el acceso no discriminatorio de la población al agua potable y los servicios de saneamiento, en el marco de las legislaciones y políticas nacionales, contribuye al objetivo de combatir la pobreza. Los Estados miembros, sobre la base de sus respectivas realidades nacionales, se comprometen a seguir trabajando para asegurar el acceso al agua potable y a los servicios de saneamiento para las generaciones presentes y futuras".

La Resolución AG/RES. 2760 (XLII-O/12) "El derecho humano al agua potable y al saneamiento", de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 2012, a su vez, reafirma "la importancia de que cada Estado siga trabajando para asegurar a los individuos sujetos a su jurisdicción, de acuerdo con su legislación nacional, el acceso no discriminatorio al agua potable y al saneamiento como componentes integrales de la realización de todos los derechos humanos". Aunque el derecho humano al agua no haya sido reconocido expresamente en el nivel regional interamericano, se pueden constatar pasos en esta dirección.

4.0. Conclusión

Es innegable que el agua juega un papel fundamental en la vida. En los días actuales, es posible afirmar que el acceso a este recurso se encuentra sólidamente

³⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015), p. 487.

³⁹ Strakos, Paula (2016): "Água como direito humano: estudo comparado de sua proteção nas esferas judiciais interamericana e europeia", en *Revista da Faculdade de Direito - UFPR* (vol. 61, número 3), p. 150.

reconocido como un derecho humano en el ámbito internacional. Por otro lado, este derecho aún no ha sido garantizado formalmente en el marco de los instrumentos normativos que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. De este modo, se hace necesario que todos trabajen para que este derecho esté no sólo garantizado en las leyes, sino para que se aplique en todos los países.

Como afirma Jolly⁴⁰ "enfatar el derecho humano de acceso al agua potable hace más que subrayar su importancia. Fundamenta la prioridad que deben tener los derechos sociales y económicos, enfatizando las obligaciones de los Estados Partes de asegurar el acceso e identificando la obligación de los Estados Partes de prestar apoyo internacionalmente y nacionalmente." De este modo, se sostiene que es imprescindible la inserción del derecho al agua como un derecho humano en la agenda contemporánea de los derechos humanos, como forma de maximizar los instrumentos de efectividad del aludido derecho.

5.0. Bibliografía

- Agudo Zamora, Miguel J. (2013): *La protección multinivel del Estado Social*, Valencia, Tirant lo Blanch
- Aniza Garcia (2008): *El derecho humano al agua*, Madrid, Editorial Trotta
- Antoine de Ravignan (2013): « L'accès à l'eau, un droit pour tous », in : *Études*, Tome 419, p. 19-29.
- Belaidi Nadia et Euzen Agathe (2009) « De la chose commune au patrimoine commun », in : *Regards croisés sur les valeurs sociales de l'accès à l'eau*, Mondes en développement, n° 145.
- Buob Concha, Luis Carlos (2012): "Criterios y Mecanismos para la Protección Jurídica del Derecho Humano al Agua de los Pueblos Indígenas em su Dimensión Colectiva a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Tesis, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, disponible en: <http://hdl.handle.net/10757/273258>
- Collard Anne-Laure et al. (2013): « Accès à l'eau et clientélisme dans le Nordeste brésilien », in : *Natures Sciences Sociétés*, p. 35-44.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015) Comité de Derechos Humanos, « Observación general numero 6. *El derecho a la vida* (art. 6 PIDCP) », doc. HRI/GEN/1/Rev. 0 (Vol. I) , 30 de Abril de 1982
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Yakie Axa v. Paraguai*, in : http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948*
- Dhiego Maia, Cisterna é o melhor presente de casamento em cidade do sertao da Paraiba. <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/03/1606116-cisterna-e-o-melhor-presente-de-casamento-em-cidade-do-sertao-da-pb.shtml>
- Françoise Martinetti (2007): *Les droits de l'enfant*, Paris , E.J.L.
- Gleick, Peter (2007): "The human right to water", *Pacific Institute for Studies in Development*, *Envir-da-pb.shtml*
- Golay C. (2009): « Le droit à l'eau », in : *Cahier Critique n° 6 du CETIM*
- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, IBGE.
- Jean-Pierre Rosenczveig (2005): *Le dispositif français de protection de l'enfance*, Paris, Jeunesse et Droit
- Karin Mickelson (2000): "South, North, International Environmental Law, and International Environmental Lawyers", in *Yearbook of International Environmental Law*, V. 11

⁴⁰ Cited by Gleick, Peter (2007): "The human right to water", *Pacific Institute for Studies in Development, Environment, and Security*, p. 3.

- Mazzuoli, Valerio de Oliveira (2015): *Curso de Direito Internacional Público* (São Paulo, Revista dos Tribunais), p. 974.
- Naciones Unidas, Resolución de la Asamblea General, El derecho humano al agua y el saneamiento, doc. A/64/L.63/ Rev. 1*, 28 de Julio de 2010.
- Oberdorff, Henri (2010): *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Paris, Lextenso Editions
- Observación general 15, Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto), (29º período de sesiones 2002), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 117 (2002).
- OEA. Mandato de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [Disponible en <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp>].
- ONU, Resolución 35/18, de 10 de noviembre de 1980. p.259.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Protocolo de San Salvador), 1988, [Disponible en https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm]
- Resolución 34/180, *El Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, adoptado por la Asamblea General el 18 de diciembre de 1979.
- Salmón G., Elizabeth (2012): "El derecho humano al agua y los aportes del sistema interamericano de derechos humanos", en *Universitas Revista de Filosofía, Derecho y Política* (número 16), pp. 245-268.
- Serrano Tur, Lidia (2014): *Aguas dulces y derecho internacional : el agua como bien comun y como derecho humano desde la perspectiva del desarrollo sostenible*, Barcelona, Huygens Editorial
- Simon Caney (2009): "Climate Changes, Human Rights and moral thresholds", in : *Human Rights and Climate Change*, Cambridge, Cambridge University Press
- Strakos, Paula (2016): "Água como direito humano: estudo comparado de sua proteção nas esferas judiciais interamericana e europeia", en *Revista da Faculdade de Direito - UFPR* (vol. 61, número 3)
- Tanara Adriano, 40 milhões de brasileiros não tem acesso a água tratada, in : <http://caritas.org.br/40-milhoes-de-brasileiros-nao-tem-acesso-a-agua-tratada/25061>, 15 de marzo de 2014.
- Tehindrazanarivelo, Djacoba Liva (2005): *Les sanctions des Nations Unies et leurs effets secondaires*, Paris, Presses Universitaires de France
- UN, Vienna Declaration and Programme of Action, in : <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>
- United Nations Children's Fund (2016): One is too many – ending child deaths from pneumonia and diarrhoea, New York, UNICEF
- Vanessa Ruegger (2014): «Water distribution in the public interest and the human right to water : Swiss, South-African and international law compared », in : *Law Environment and Development Journal* 10/1
- World Health Organization, Safer water, better health. Summary statistics on deaths and disability related to water, sanitation and hygiene in 2002.

A crise de apatridia na República Dominicana: uma questão construída através do tempo agravada pelas recentes reformas legislativas e pelas decisões TC/0168/13 E TC/0256/14 do Tribunal Constitucional Dominicano

Nicole Cardoso Paganini¹

Universidade do Minho – PORTUGAL

1. Introdução

Muito embora as autoridades dominicanas oficialmente neguem², o fato é que há anos se adotam práticas voltadas a dificultar o acesso de descendentes de haitianos à nacionalidade dominicana³. Desde impedimentos no registro de crianças até a recente desnacionalização em massa, a realidade é que o preconceito sofrido pela comunidade de origem haitiana na República Dominicana é notório e de enormes proporções.

O problema central reside no fato de que o direito à nacionalidade, o direito de ser cidadão de determinado país, pode ser considerado dos direitos humanos mais básicos – como definido no pensamento de Arendt, o “direito a ter direitos”⁴. Sem uma nacionalidade, ainda que estrangeira, fica prejudicada a emissão de quaisquer documentos à pessoa e, por conseguinte, acesso a serviços básicos como saúde e educação, assim como a possibilidade de emprego ou de possuir uma conta em banco. Nas palavras de Oppenheim⁵, “(...) *the rules of international law relating to diplomatic protection are based on the view that nationality is the essential condition for securing to the individual the protection of his rights in their international sphere*”. Sem uma nacionalidade vive-se, portanto, em uma espécie de limbo legal.

Tão graves as violações de direitos humanos relacionadas ao cerceamento do direito à nacionalidade no território dominicano que, dois dentre os quatro casos já julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) se referem diretamente à violação desse direito⁶, tal como previsto no art. 20 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

¹ Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade do Minho, especialista em Direito Tributário das Empresas pela Universidade Estácio de Sá, bacharel em Direito pelo Centro Universitário UniSEB. Advogada.

² GARCÍA, S. “Dominicanos de origen haitiano, los nuevos apátridas”. *Deutsche Welle*, Berlim, 26/09/2015. Disponível em <<http://p.dw.com/p/1GdiN>>. Acesso em 09/11/2017.

³ CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos em la República Dominicana*. OEA, Ser.L/V/II, Doc. 45/15, pp. 12 a 17.

⁴ LAFER, C. *A reconstrução dos direitos humanos – Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 166.

⁵ *Apud* DOLIDZE, A. V.. “Lampedusa and Beyond: Recognition, Implementation and Justiciability of Stateless Persons’ Rights under International Law.” *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*. Nova York, v. 6, n. 5, jan. 2011, pp. 128 e 129.

⁶ Dados obtidos junto ao portal da Corte IDH, ao se pesquisar por julgamentos envolvendo a República Dominicana.

Artigo 20. Direito à nacionalidade

1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.
2. Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra.
3. A ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade nem do direito de mudá-la⁷.

Todas as três formas de violação ocorreram e vêm ocorrendo com frequência assustadora em território dominicano, ora vejamos.

2. Análise dos fatores envolvidos na construção da crise de apatridia na República Dominicana

Muitos são os fatores que conduziram à atual crise de apatridia na República Dominicana – do preconceito institucionalizado aos julgamentos às atuais reformas legislativas e sentenças da Corte Constitucional sobre o tema, cabe analisar o processo que conduziu à grave situação atual.

2.1. A questão racial histórica

Podemos entender o preconceito étnico-racial como uma das principais origens do fenômeno da apatridia na República Dominicana⁸. De fato, a história entre os dois países que dividem a ilha de Hispaniola é repleta de momentos de conflito, muito mais do que de momentos de cooperação.

O processo migratório entre os dois países remonta a meados do século XIX, pontualmente ao fim da guerra entre os dois países⁹, esta por sua vez originada pela invasão haitiana ao território dominicano posteriormente à sua independência da França¹⁰. A este ponto, a maior parcela de migrantes era camponesa, notadamente pobre, que buscava uma melhor qualidade de vida no país vizinho. O preconceito contra a população de origem haitiana, então, começa a crescer.

Em momento posterior, cabe destacar a época histórica da ditadura Trujillo na República Dominicana (1930-1961), sobretudo o aspecto da propaganda anti-haitiana¹¹ e de exaltação da “dominicanidade”, ou seja, do conjunto de aspectos que caracterizaria uma pessoa como dominicana – herança hispânica, religião católica, brancura, entre outros¹².

Pontua-se, ainda, que Rafael Trujillo conduziu na República Dominicana uma das mais sangrentas ditaduras latino-americanas. O famoso massacre de 1937, conhecido como “El Corte” ou Massacre da Salsinha, representa de modo claro a

⁷ CIDH. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. São José da Costa Rica, 22/11/1969. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em 09/11/2017.

⁸ BLAKE, J. “Race-based statelessness in the Dominican Republic”, *Understanding Statelessness*, Routledge, Nova York, 2017, p. 102.

⁹ HÉRODE, R. B. “La Nacionalidad como Derecho Humano: El Caso de los Dominicanos de Ascendencia Haitiana en la Republica Dominicana”. *Tesis de Magister – Estudios Internacionales*. Santiago de Chile, 2015, p. 44.

¹⁰ SHIPLEY, K. “Stateless: Dominican-Born Grandchildren of Haitian Undocumented Immigrants in the Dominican Republic”, *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 24, Iowa City, 2015, p. 465.

¹¹ BLAKE, J. “Haiti, the Dominican Republic, and Race-Based Statelessness in the Americas”, *Georgetown Journal of Law and Modern Critical Race Perspectives*, Vol. 6, N. 2, 2014, p. 144.

¹² MORAES, T. G. A. “O Haiti não é aqui”: Apatridia na Republica Dominicana e o direito humano à nacionalidade”. *Tese de Mestrado – Direito*. UnB, Brasília, 2017, p. 69.

política anti-haitiana de seu governo, tendo sido computadas aproximadamente 20.000 mortes de haitianos nessa ocasião¹³.

O fato é que ambos os conceitos de *antihaitianismo* e de *dominicanidad*, supostamente opostos polares¹⁴, permanecem enraizados na sociedade dominicana desde aquela época até os dias atuais¹⁵.

2.2. A (não-)ratificação das convenções de 1930, 1954 e 1961 relacionadas às questões de nacionalidade e apatridia

Muito embora a República Dominicana seja Estado-parte de diversas convenções internacionais relacionadas a temas de direitos humanos, tais como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1999, e a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1990¹⁶, ela não é parte de três importantes convenções internacionais específicas de temas relacionados com as questões de nacionalidade e apatridia¹⁷: a Convenção sobre Certas Questões Relativas ao Conflito de Leis de Nacionalidade, de 1930; a Convenção Relativa ao Estatuto dos Apátridas, de 1954; e a Convenção sobre a Redução dos Casos de Apatridia, de 1961.

Note-se, contudo, que o país chegou a assinar a última, em 05/12/1961, sem, contudo, ter procedido à sua posterior ratificação¹⁸.

A falta de adesão às convenções do sistema internacional de proteção aos direitos humanos gera, por si só, um grande problema na efetivação do direito ora em foco dentro do território dominicano, haja vista a impossibilidade de invocar o respeito aos tratados internacionais frente aos órgãos jurisdicionais.

2.3. A institucionalização do preconceito: a lei de imigração de 1939, a nova lei de migração de 2004 e o conflito negativo *de facto* de nacionalidades entre República Dominicana e Haiti

Um dos mais antigos indicadores da institucionalização da discriminação contra haitianos na República Dominicana é a lei de imigração de 1939, a qual, em seu art. 3º, reparte os estrangeiros que desejam entrar no país em dois grupos: imigrantes e não-imigrantes. Os imigrantes teriam direito à solicitação de uma permissão de residência, a ser renovada anualmente e por prazo indeterminado, ao passo que os não-imigrantes não fariam jus a esse direito, tendo sua estadia limitada à oferta de trabalho e ao monitoramento do Estado (art. 5º do mesmo dispositivo legal). Para efeitos dessa legislação, todos serão considerados imigrantes, exceto estudantes, indivíduos em trânsito, membros de equipe de transportes, e trabalhadores temporários e suas famílias¹⁹. Acontece que estas eram, justamente, as categorias em que os haitianos se encaixavam à época (sobretudo trabalhadores temporários, especialmente nos engenhos de açúcar); assim, ficavam impedidos de se tornarem imigrantes regulares. Os efeitos dessa regulação perduraram por décadas, tendo sido substituída por outra legislação apenas no ano de 2004.

¹³ MIRANDA, S. "Citizens Without a Nation: The Construction of Haitian Illegality and Deportability in The Dominican Republic" *Master's Theses – Sociology*. Illinois State University, 2014, p. 1

¹⁴ MIRANDA, S. *Op. Cit.*, p. 9

¹⁵ MIRANDA, S. *Op. Cit.*, p. 10

¹⁶ Dados obtidos junto ao *website* do Escritório do Alto Comissariado da ONU para Refugiados.

¹⁷ Dados obtidos junto ao portal Refworld e *website* do ACNUR.

¹⁸ SHIPLEY, K. *Op. Cit.*, p. 480.

¹⁹ MIRANDA, S. *Op. Cit.*, p. 64

A reforma legislativa de 2004, no entanto, não só não gerou quaisquer melhoras nas condições dos migrantes haitianos, como também limitou o acesso de seus descendentes à nacionalidade dominicana pelo critério do *jus soli*. A legislação dominicana, anteriormente a 2004 (mais precisamente, o art. 8º da Constituição Dominicana de 1929²⁰), garantia que, de acordo com o princípio do *jus soli*, qualquer indivíduo nascido em território dominicano seria considerado nacional, com a exceção de filhos de pais “em trânsito”, aqui conceituado como o indivíduo que esteja de passagem pelo território dominicano pelo período de 10 dias ou menos²¹. No entanto, não raro, os imigrantes não-documentados eram considerados pelas autoridades como “cidadãos em trânsito”, pouco importando se haviam morado no país por vários anos ou, até mesmo, nascido em território dominicano²².

Todavia, a nova lei de migrações definiu que apenas o filho de um cidadão legal residente teria a qualificação para receber a nacionalidade dominicana. Houve grande clamor por parte da comunidade internacional acerca dos níveis de apatridia que tal regulamentação poderia ocasionar, mas ainda assim a República Dominicana continuou a prática de negar o direito à nacionalidade de origem aos filhos de “imigrantes ilegais”, fornecendo-lhes, quando muito, uma certidão de nascimento diferenciada, rosa, específica para estrangeiros (dos quais a lei não fazia diferenciação entre aqueles “em trânsito” e os residentes permanentes, quer legal ou ilegalmente, nos casos em que não houvesse residência registrada) como único meio de identificação²³. O que era para ser considerado um avanço (tendo em vista que, nas décadas anteriores, sobretudo nos anos 80 e 90, não raro os oficiais de registro civil se recusavam a fornecer qualquer documentação de registro civil aos filhos de imigrantes não-documentados²⁴), ficou marcado como mais uma forma de discriminação institucionalizada.

O fato de os descendentes de haitianos não terem acesso à nacionalidade dominicana com base no critério do *jus soli* acaba por gerar, relativamente à terceira geração de imigrantes (netos de haitianos de origem), uma situação de conflito negativo de nacionalidades. Esta é outra das grandes origens da apatridia no país, dado o fato de que a Constituição Haitiana adota, como pode se verificar em seu art. 11, o critério do *jus sanguinis* para aferição de nacionalidade, atestando apenas que qualquer pessoa nascida de pai ou mãe haitianos, e nunca tenham renunciado a esta nacionalidade, são haitianos²⁵. Contudo, não raro, as autoridades de Embaixadas e Consulados haitianos no exterior interpretam tal disposto legal considerando como “haitiano” de origem, hábil a transmitir a nacionalidade, apenas aqueles nascidos em território haitiano²⁶. Ou seja, este dispositivo garante a nacionalidade haitiana à segunda geração de haitianos (filhos de imigrantes), mas não abarca a terceira geração (netos), os quais, quando nascidos em território dominicano, acabam apátridas.

Cabe ressaltar, ainda, que mesmo os haitianos de primeira e segunda geração enfrentam risco de apatridia frente à inefetividade e falta de estrutura das autoridades registrais no país²⁷.

2.4. O caso das crianças Yean e Bosico

²⁰ REPÚBLICA DOMINICANA. *Constitución de la República Dominicana, del 25 de junio de 1929.*

²¹ REPÚBLICA DOMINICANA. *Reglamento de migración nº 279, del 12 de mayo de 1939*, p. 4.

²² SHIPLEY, K. *Op. Cit.*, p. 462.

²³ GEORGETOWN HUMAN RIGHTS INSTITUTE. *Review of the Dominican Republic Under the Convention of the Rights of the Child*, 2014, p. 4.

²⁴ SHIPLEY, K. *Op. Cit.*, p. 462.

²⁵ HAITI. *1987 Constitution de la République d’Haïti.*

²⁶ TOBIN, Catherine. “No Child is an Island; Seeking Solutions for Children at Risk of Statelessness in the Caribbean”, *1st Global Forum on Statelessness*, The Hague, 2014, p. 7.

²⁷ TOBIN, C. *Op Cit.*, p. 6.

O exemplo mais famoso de evidências do desrespeito ao direito à nacionalidade previsto no art. 20 do Pacto de São José da Costa Rica é o caso Crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana.

Dilcia Yean e Violeta Bosico nasceram em território dominicano, e ambas tiveram seu direito ao registro civil negado pelas autoridades daquele país. Nos dois casos, as crianças são nascidas da união de uma dominicana descendente de haitianos com um haitiano trabalhador migrante²⁸.

Em 5 de março de 1997, as mães de ambas as crianças, juntamente com outras pessoas, se apresentaram às autoridades dominicanas de registro civil, buscando solicitar o registro tardio de várias crianças, dentre as quais, suas filhas. Este ato, contudo, foi negado, sob a alegação das autoridades oficiais de que, na ocasião, não lhes haviam sido apresentados todos os documentos necessários ao registro tardio das crianças²⁹. Contudo, ambas as mães alegaram que possuíam todos os itens da extensa lista de documentos que havia sido solicitada. Note-se, ainda, que, à época, a Constituição dominicana garantia a nacionalidade por *jus soli* a todos os nascidos em território dominicano que não fossem filhos de diplomatas ou pessoas “em trânsito”³⁰ na interpretação pré-2004 (indivíduo que esteja de passagem pelo território dominicano pelo período de 10 dias ou menos³¹).

Após, em 11 de setembro de 1997, o Comitê de Mulheres Dominicano-Haitianas (MUDHA) e o Comitê Dominicano de Direitos Humanos interpuseram uma ação judicial, requerendo a autorização de registro tardio para as crianças. O pedido, no entanto, foi denegado pelo Procurador Fiscal responsável pelo caso, o qual reiterou a orientação transmitida pela autoridade de registro civil³².

Já em outubro de 1998, a MUDHA, em conjunto com o Centro para Justiça e Direito Internacional (CEJIL), e a Clínica de Direito Internacional dos Direitos Humanos da Universidade da Califórnia Berkeley, apresentaram denúncia (nº 12.189), sob a forma de peticionamento, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, fazendo um relato sobre o caso das meninas Yean e Bosico, alegando que as crianças tiveram seu direito à nacionalidade dominicana negado por questões de preconceito com base em sua descendência haitiana³³, com claras violações a uma série de artigos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, tais como: 8º (Garantias Judiciais), 19 (Direitos da Criança), 20 (Direito à Nacionalidade), 24 (Igualdade perante a Lei) e 25 (Proteção Judicial)³⁴.

A República Dominicana reconheceu a competência contenciosa da corte em 25 de março de 1999³⁵ e, após, em 27 de agosto de 1999, em respeito a medidas cautelares ditadas pela Corte para prevenir a expulsão das crianças do território dominicano, foram emitidas certificações de estadia temporária no país em favor

²⁸ UMAÑA, I. P. “La negación del derecho a la nacionalidad y sus consecuencias”. *Tesis de Grado – Licenciatura em Derecho*, San José de Costa Rica, 2009, p. 96.

²⁹ UMAÑA, I. P. *Op. Cit.*, pp. 97 a 98.

³⁰ OPEKIN B. and SHEARER B. “Nationality and Statelessness”. *Foundations of International Migration Law*, Cambridge University Press, 2012, p. 15.

³¹ REPÚBLICA DOMINICANA. *Op. Cit.*, 1939, p. 4.

³² UMAÑA, I. P. *Op. Cit.*, pp. 99 a 100.

³³ MIRANDA, Saha. *Op. Cit.* Pp. 84-85.

³⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Caso das Crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*, Sentença de 8 de setembro de 2005, p. 2.

³⁵ BLAKE, J. *Op Cit.*, 2014, p. 167.

destas³⁶. Após, em 2001, ambas as crianças receberam suas certidões de nascimento dominicanas, encerrando, assim, oficialmente, sua situação de apatridia³⁷.

Finalmente, após longo processo, em 08/09/2005, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu, por unanimidade, acolher as alegações dos representantes das crianças Yean e Bosico, entendendo que a República Dominicana violou uma série de direitos humanos³⁸. O país foi sentenciado a cumprir com diversas medidas, tais como publicar a decisão em seu diário oficial no prazo de seis meses; realizar um ato, público e veiculado nos meios midiáticos, de reconhecimento da prática das violações, com pedido de desculpas às vítimas e seus familiares, no prazo de seis meses; adotar medidas para a simplificação do processo de aquisição de declaração tardia de nascimento, dentro de um prazo razoável; pagamento de danos morais às crianças, da ordem de US\$ 8.000,00, ou o equivalente em moeda nacional, a cada uma; e pagamento, a título de custas processuais internas e internacionais, da quantia de US\$ 6.000,00 às mães das crianças, que deveriam repassar o montante à MUDHA, ao CEJIL e à Clínica de Direito Internacional dos Direitos Humanos da Universidade da Califórnia Berkeley³⁹.

A República Dominicana, entretanto, não cumpriu com a maior parte das determinações da Corte. A compensação às vítimas eventualmente foi paga⁴⁰, contudo, o Ministro das Relações Exteriores dominicano declarou a sentença como "inaceitável" e, após, o senado dominicano aprovou uma resolução que rejeitou a decisão proferida⁴¹.

2.5. A Circular nº 17 e a Resolução nº 12 da JCE, de 2007

No ano de 2007, mais um obstáculo à obtenção de documentos para os descendentes de haitianos foi imposta pelas autoridades dominicanas. Trata-se da disposição contida na circular nº 17 e, posteriormente, na resolução nº 12, ambas da Junta Central Electoral, a autoridade registral do país⁴², as quais determinam a suspensão da emissão de Atas de Estado Civil (decisões - ponto 1)⁴³ e de Nascimento⁴⁴ por força de qualquer irregularidade.

Ademais, a Resolução nº 12 determina também, no ponto 9 das decisões, a possibilidade de suspensão ou cancelamento de cédulas de identidade correspondentes a atas suspensas provisionalmente por força das disposições anteriores⁴⁵. Este ponto é particularmente delicado por gerar sério risco de apatridia *de facto*, posto que a pessoa, ainda que tecnicamente preserve a nacionalidade dominicana em princípio, não teria mais a documentação para comprová-la.

³⁶ UMAÑA, I. P. *Op. Cit.*, pp. 100 a 101.

³⁷ CEJIL. *Yean y Bosico*. Disponível em <<https://cejil.org/en/yeen-bosico>>. Acesso em 10/11/2017.

³⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Op. Cit.*, p. 82.

³⁹ PAOLINELLI, C. M. "A Apatridia sob a perspectiva do caso Las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana - Acórdão nº 130 de 08 de setembro de 2005 - Série C da Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma violação aos Direitos Fundamentais e à Dignidade da Pessoa Humana.", *Revista Âmbito Jurídico (online)*, 2005. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10497>. Acesso em 09/11/2017.

⁴⁰ OPEKIN B. and SHEARER B. *Op. Cit.*, p. 15.

⁴¹ BLAKE, J. *Op. Cit.*, 2014, p. 168.

⁴² WOODING, B. "Civil Society Responses to the Dominican Republic's Constitutional Court Ruling of September 23rd 2013 on Dominicans of foreign (Haitian) ancestry". *1st Global Forum on Statelessness*, The Hague, 17/09/2014, p. 4.

⁴³ REPÚBLICA DOMINICANA. *Resolución No. 12-2007*, p. 4.

⁴⁴ VARONA, N. B. "Circular No. 017 de la JCE". *Hoy Digital*, 26/08/2008. Disponível em <<http://hoy.com.do/circular-no-017-de-la-jce/>>. Acesso em 10/11/2017.

⁴⁵ REPÚBLICA DOMINICANA. *Op. Cit.*, 2007, p. 5.

A situação da expedição das atas, contudo, foi felizmente resolvida em 2011, através da circular 32-2011, subscrita pela diretora nacional do Registro Civil dominicano⁴⁶, a qual determina, em seu parágrafo único, que se faça a expedição destas aos filhos(as) de estrangeiros(as), ainda que investigados, só podendo ser declarada sua nulidade de acordo com a decisão do processo de investigação, conforme decisão judicial⁴⁷.

2.6. A nova Constituição dominicana de 2010 e a decisão TC/0168/13

Em 2010, uma nova Constituição foi aprovada na República Dominicana, instucionalizando mais ainda a marginalização da população migrante trabalhadora haitiana e seus descendentes no país⁴⁸, ao passo que, em seu art. 18, 3^o⁴⁹, dita que:

“3 - Las personas nacidas en territorio nacional, **con excepción de los hijos e hijas** de extranjeros miembros de legaciones diplomáticas y consulares, **de extranjeros que se hallen en tránsito o residan ilegalmente en territorio dominicano**. Se considera persona en tránsito a toda extranjera o extranjero definido como tal en las leyes dominicanas.⁵⁰”

Assim, passa-se oficialmente a não se conceder a nacionalidade dominicana com base no *status* migratório dos ascendentes (ilegais), assim como com base no vago conceito de “pessoa em trânsito” pós-2004. Problema mais grave ainda foi o gerado pela decisão TC/0168/13 to Tribunal Constitucional da República Dominicana.

O julgamento refere-se ao caso da Sra. Juliana Deguis Pierre, nascida em 1984, em território dominicano, filha de pais não-documentados residentes em território dominicano. Por força da Constituição vigente à época, ela teria direito à nacionalidade dominicana pelo critério *jus soli*, já que não era filha de diplomatas ou de “cidadãos em trânsito” no conceito pré-2004⁵¹.

Seu pleito dizia respeito à emissão de documento de identidade, que lhe havia sido reiteradamente negado pelas autoridades desde 2007, quando completou a maioridade. À época, as autoridades de registro civil retiveram seus documentos de menor de idade, alegando suspeita de irregularidade⁵².

A Corte Constitucional, contudo, julgou que migrantes não-documentados estão em situação equivalente à de “cidadãos em trânsito”, de acordo com as disposições da Lei de Migrações de 2004, e definiu que, portanto, a Sra. Pierre não fazia jus à nacionalidade dominicana⁵³.

⁴⁶ DÍAZ, J. B. “JCE suspende su ‘genocidio civil’”, *Hoy Digital*, 29/10/2011. Disponível em <<http://hoy.com.do/jce-suspende-su-%C2%93genocidio-civil%C2%94/>>. Acesso em 10/11/2017.

⁴⁷ JUNTA CENTRAL ELECTORAL. *Circular No. 32/2011*.

⁴⁸ OPEŠKIN B. and SHEARER B. *Op. Cit.*, p. 16.

⁴⁹ REPÚBLICA DOMINICANA. *Constitución de la República Dominicana, proclamada el 26 de enero, 2010*.

⁵⁰ Grifos da autora.

⁵¹ WOODING, B. *Op Cit.*, p. 7.

⁵² PRIMERA, M. “Medio millón de apátridas por una sentencia del Supremo dominicano” *El País*, 20/08/2013. Disponível em

<https://elpais.com/internacional/2013/10/20/actualidad/1382303313_233551.html>.

Acesso em 10/11/2017.

⁵³ WOODING, B. *Op Cit.*, p. 7.

Na sentença, ficou definido que a Sra. Pierre era, na verdade, haitiana, e foi requerido à Junta Central Electoral que fizesse uma rigorosa auditoria de suas bases de dados, a fim de extirpar “estrangeiros” cadastrados no registro civil. E mais grave do que isso, a justiça determinou que os critérios de nacionalidade definidos pela Constituição de 2010 deveriam retroagir a 1929⁵⁴, acabando, assim, por atingir o direito à nacionalidade dominicana de, aproximadamente, 524.632 de pessoas de raízes haitianas, o que perfaz 5,4% da população dominicana, segundo levantamento conduzido pela a Oficina Nacional de Estatísticas, no ano de 2012⁵⁵.

Houve um voto dissidente, proferido pela juíza Isabel Bonilla Hernández, que sustentou que pessoas em trânsito seriam apenas aquelas que permaneciam por curto tempo no país, o qual não era seu destino final, e que igualar a condição do estrangeiro ilegal à de cidadão em trânsito era ilegal, violando a irretroatividade da lei, já que a lei dominicana havia sido silente quanto à questão da concessão de nacionalidade a filhos de imigrantes ilegais até 2010⁵⁶.

Em outro voto dissidente, a juíza Katia Miguelina Jiménez Martínez declarou que os pais da Sra. Juliana não eram, em verdade, ilegais, posto que teriam entrado em território dominicano mediante autorização contida em acordo bilateral de trabalho entre os dois países, portando documentos de trabalhadores temporários. Assim, estes tendo permanecido em território dominicano por mais de 10 dias, de acordo com os critérios da Lei de 1939, vigente à época de nascimento da proponente da demanda, esta teria direito à nacionalidade dominicana⁵⁷.

A decisão do Tribunal foi duramente criticada pelo CARICOM e por ONGs locais. Foi, contudo, exaltada pelas autoridades e por alguns celebrados juristas locais, tal como Luis Vílchez González⁵⁸.

2.7. O Decreto nº 327-13 e a lei de naturalização nº 169-14

À luz das determinações ditadas pela decisão TC/0168/13, o presidente dominicano Danilo Medina aprovou o Decreto nº 327-13, o qual diz respeito ao Plano Nacional de Regularização de Estrangeiros em Situação Irregular⁵⁹.

Tal plano estabeleceu que os estrangeiros em situação irregular que desejassem regularizar-se tinham o prazo de 18 meses, ou seja, até 16/06/2015. Durante tal período, não se poderiam realizar deportações. Contudo, findo o prazo, no caso de o estrangeiro não ter procedido à regularização de sua situação, este está sujeito à deportação⁶⁰.

No entanto, este plano estabeleceu a necessidade de que o imigrante comprove laços laborais ou socioeconômicos com a República Dominicana, respeitando ao menos um dos seguintes critérios: ter um grau educativo, ter propriedades móveis ou imóveis no país, contas bancárias ou referências comerciais,

⁵⁴ WOODING, B. *Op Cit.*, p. 7

⁵⁵ GOUVÊA, C. B. “Imigração Ilegal, direito à nacionalidade, cidadãos e pessoas constitucionais” *Revista Jus Navigandi (online)*, Teresina, ano 18, nº 3779, 05/09/2013. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/25588/imigracao-ilegal-direito-a-nacionalidade-cidadaos-e-pessoas-constitucionais>>. Acesso em 10/11/2017.

⁵⁶ CIDH, *Op. Cit.*, Ser.L/V/II, Doc. 45/15, p. 89.

⁵⁷ CIDH, *Op. Cit.*, Ser.L/V/II, Doc. 45/15, p. 89.

⁵⁸ PRIMERA, M. *Op. Cit.*

⁵⁹ CIDH, *Op. Cit.*, Ser.L/V/II, Doc. 45/15, pp. 90-91.

⁶⁰ CIDH, *Op. Cit.*, Ser.L/V/II, Doc. 45/15, p. 91.

contar com um emprego regular durante o tempo de sua permanência e exercer um ofício técnico certificado⁶¹.

Isso é potencialmente um problema no caso dos apátridas e não-documentados, haja vista que muitas vezes não cumprem quaisquer dos critérios determinados, devido às dificuldades enfrentadas pela falta de documentos.

Já a Lei de Naturalização 169-14 busca, por sua vez, estabelecer um regime especial para as pessoas nascidas em território dominicano inscritas irregularmente no Registro Civil. Para tanto, dividiu esta parcela da população em dois grandes grupos: o grupo A, consistente de filhos de pai e/ou mãe estrangeiro não-residentes, nascidos em território nacional entre 16/06/1929 e 18/04/2007 e inscritos no Registro Civil com base em documentos não reconhecidos pelas normas vigentes à época da inscrição; e o grupo B, composto de filhos de pais estrangeiros irregulares, nascidos em território dominicano e que não figurem no Registro Civil⁶².

Para as pessoas do Grupo A, a lei determina que a autoridade registral poderá regularizar ou transcrever nos livros registrais, livre do trâmite administrativo e/ou encargos, as atas das pessoas previamente inscritas no Registro Civil dominicano cujos documentos de identificação tenham sido retirados ou suspensos⁶³.

Já para as pessoas do Grupo B, estas poderão apenas se registrar no Livro de Estrangeiros, contanto que apresentem documentação adequada, nos termos da lei, a comprovar seu nascimento em território dominicano⁶⁴. Isto gera, novamente, um problema prático em relação aos não-documentados e apátridas, posto que estes se fazem incapazes de apresentar os documentos necessários ao seu registro.

Segundo estimativas do Ministério do Interior e Polícia, entre 110.000 e 165.000 pessoas poderiam se beneficiar desse programa; contudo, segundo dados do governo, apenas 8.755 pessoas se inscreveram⁶⁵. Havia, por parte de muitos, o temor de que, caso os processos de regularização falhassem, estes fossem deportados para o Haiti.

2.8. A (não) participação no Plano de Ação do Brasil e nos compromissos assumidos pela Declaração de Brasília de 2014

Em dezembro de 2014, os governos de 28 países e 3 territórios da América Latina se juntaram na cidade de Brasília, a convite do Governo Brasileiro, em comemoração do 30º aniversário da Declaração de Cartagena sobre os Refugiados⁶⁶.

Nesse contexto, aprovaram e se comprometeram a assumir os compromissos descritos na Declaração e Plano de Ação do Brasil (Declaração de Brasília), a qual propõe encontrar soluções para os problemas enfrentados pelas populações de refugiados, deslocados e apátridas nesses países⁶⁷.

⁶¹ HOY. "Presidente Medina firmó decreto para Plan Nacional de Regulación de Extranjeros". *Hoy Digital*, 29/11/2013. Disponível em <<http://hoy.com.do/presidente-medina-firmo-decreto-para-plan-nacional-de-regulacion-de-extranjeros/>>. Acesso em 10/11/2017.

⁶² CIDH, *Op. Cit.*, Ser.L/V/II, Doc. 45/15, p. 92.

⁶³ CIDH, *Op. Cit.*, Ser.L/V/II, Doc. 45/15, p. 92.

⁶⁴ CIDH, *Op. Cit.*, Ser.L/V/II, Doc. 45/15, p. 92.

⁶⁵ CIDH, *Op. Cit.*, Ser.L/V/II, Doc. 45/15, p. 93.

⁶⁶ ACNUR. *Declaração e Plano de Ação do Brasil*. Disponível em <<http://www.acnur.org/cartagena30/pt-br/declaracao-e-plano-de-acao-do-brasil/>>. Acesso em 10/11/2017.

⁶⁷ ACNUR. *Op. Cit.*

A declaração teve a participação do Haiti, mas não contou com a participação das autoridades dominicanas⁶⁸.

2.9. O julgamento do caso *Pessoas dominicanas e haitianas expulsas vs. República Dominicana*, a decisão TC/0256/14 e seus efeitos na garantia dos Direitos Humanos, notadamente o de nacionalidade, aos descendentes de haitianos na República Dominicana

Novamente, a República Dominicana foi condenada perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em questões relativas aos direitos dos haitianos e seus descendentes em território dominicano. O caso trata, notadamente, das questões de nacionalidade e da expulsão arbitrária destes indivíduos⁶⁹.

Pouco tempo depois do julgamento desse caso, denominado “Pessoas dominicanas e haitianas expulsas vs. República Dominicana”, a Corte Constitucional da República Dominicana proferiu a decisão TC/0256/14, a qual afirma que o instrumento de aceite da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos era inconstitucional e nulo, posto que, supostamente, nunca fora aprovado pelo congresso nacional⁷⁰. Segundo a Corte Constitucional, o país não teria sequer que se retirar da Corte Interamericana de Direitos Humanos pois nunca fora, em realidade, membro desta, e portanto não estaria vinculado às suas decisões⁷¹.

No entanto, considerando-se que, durante os mais de quinze anos em que a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos esteve em vigência na República Dominicana, esta participou de atos e julgamentos por esta realizados após 1999⁷² (data do depósito do instrumento de aceite da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos junto à Organização dos Estados Americanos), há aqui uma clara violação do princípio de estoppel, o qual consiste no dever do Estado de ter atitudes consistentes ao longo do tempo em relação a determinada situação legal⁷³, não podendo, portanto, entrar em contradição com posições previamente adotadas por si.

Ademais, cabe ressaltar que o Pacto de São José da Costa Rica não prevê qualquer possibilidade de que um Estado que ainda é parte do Pacto se desvincule da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁷⁴.

3. Conclusões

O que se vislumbra, num contexto geral, é que a construção da atual crise de apatridia na República Dominicana foi um processo paulatino, institucionalizado, e que atingiu níveis assustadores na atualidade. Há o claro desinteresse das autoridades dominicanas em resolver esta antiga questão, sendo que, nos últimos anos, cada vez mais se têm vislumbrado reformas e julgamentos em sentido contrário, mesmo levando-se em consideração a suposta tentativa de remediar a

⁶⁸ ACNUR. *Op. Cit.*

⁶⁹ CNJ. “Caso de pessoas dominicanas e haitianas vs. República Dominicana”, *Corte IDH*, 2014. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/edc3cfd3cdfbb8cb73bdf425abbf85c9.pdf>. Acesso em 10/11/2016.

⁷⁰ BLAKE, J. *Op. Cit.*, 2017, p. 112.

⁷¹ BLAKE, J. *Op. Cit.*, 2017, p. 112.

⁷² OEA, *CIDH condena sentencia del Tribunal Constitucional de Republica Dominicana*, 2014. Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2014/130.asp>. Acesso em 10/11/2017.

⁷³ MACGIBBON, I. C. “Estoppel in international law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 17, N. 3. Cambridge, 1958, p. 468.

⁷⁴ OEA, *Op Cit.*

questão trazida pelo Decreto nº 327-13 e pela lei de naturalização nº 169-14 – de fato, estas pouco foram efetivas em sua dita intenção, especialmente por gerar dificuldades práticas à população-alvo, e pelo temor razoavelmente fundado desses indivíduos sobre possível deportação em caso de falha na regularização.

Ainda, ao tentar escusar-se à competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o país demonstra certo desrespeito pelas normas de Direito Internacional, além das já diagnosticadas reiteradas violações de direitos humanos. Infelizmente, contudo, mesmo que a Corte continue a proferir decisões contra a República Dominicana, muitas poderão acabar tendo o mesmo destino das decisões dos casos Yean e Bosico, e das Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas, cujas sentenças foram praticamente ignoradas pelo país, haja vista que a Corte Interamericana de Direitos Humanos não possui mecanismos para fazer cumprir seus julgados.

Talvez a grande esperança dos descendentes de haitianos resida na atenção da mídia e da comunidade internacional, que possuem poder real para trazer atenção a sua causa e pressionar, verdadeiramente, as autoridades dominicanas a tomar ações de real efeito.

4. Bibliografia

- ACNUR. *Declaração e Plano de Ação do Brasil*. Disponível em <<http://www.acnur.org/cartagena30/pt-br/declaracao-e-plano-de-acao-do-brasil/>>. Acesso em 10/11/2017.
- BLAKE, J. "Haiti, the Dominican Republic, and Race-Based Statelessness in the Americas", *Georgetown Journal of Law and Modern Critical Race Perspectives*, Vol. 6, N. 2, 2014.
- _____. "Race-based statelessness in the Dominican Republic", *Understanding Statelessness*, Routledge, Nova York, 2017
- CEJIL. *Yean y Bosico*. Disponível em <<https://cejil.org/en/yeen-bosico>>. Acesso em 10/11/2017.
- CIDH. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. São José da Costa Rica, 22/11/1969. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>.
- _____. *Informe sobre la situación de los derechos humanos em la República Dominicana*. OEA, Ser.L/V/II, Doc. 45/15.
- CNJ. "Caso de pessoas dominicanas e haitianas vs. República Dominicana", *Corte IDH*, 2014. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/edc3cfd3cdfbb8cb73bdf425abbbf85c9.pdf>>. Acesso em 10/11/2016.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso das Crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*, Sentença de 8 de setembro de 2005.
- DÍAZ, J. B. "JCE suspende su 'genocidio civil'", *Hoy Digital*, 29/10/2011. Disponível em <<http://hoy.com.do/jce-suspende-su-%C2%93genocidio-civil%C2%94/>>. Acesso em 10/11/2017.
- DOLIDZE, A. V.. "Lampedusa and Beyond: Recognition, Implementation and Justiciability of Stateless Persons' Rights under International Law." *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*. Nova York, v. 6, n. 5, jan. 2011.
- GARCÍA, S. "Dominicanos de origen haitiano, los nuevos apátridas". *Deutsche Welle*, Berlim, 26/09/2015. Disponível em <<http://p.dw.com/p/1GdiN>>.
- GEORGETOWN HUMAN RIGHTS INSTITUTE. *Review of the Dominican Republic Under the Convention of the Rights of the Child*, 2014.
- GOUVÊA, C. B. "Imigração Ilegal, direito à nacionalidade, cidadãos e pessoas constitucionais" *Revista Jus Navigandi (online)*, Teresina, ano 18, nº 3779, 05/09/2013. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/25588/imigracao->

- ilegal-direito-a-nacionalidade-cidadaos-e-pessoas-constitucionais>. Acesso em 10/11/2017.
- HAITI. *1987 Constitution de la République d'Haïti*.
- HÉRODE, R. B. "La Nacionalidad como Derecho Humano: El Caso de los Dominicanos de Ascendencia Haitiana en la Republica Dominicana". *Tesis de Magister – Estudios Internacionales*. Santiago de Chile, 2015.
- HOY. "Presidente Medina firmó decreto para Plan Nacional de Regulación de Extranjeros". *Hoy Digital*, 29/11/2013. Disponível em <<http://hoy.com.do/presidente-medina-firmo-decreto-para-plan-nacional-de-regulacion-de-extranjeros/>>. Acesso em 10/11/2017.
- JUNTA CENTRAL ELECTORAL. *Circular No. 32/2011*.
- LAFER, C. *A reconstrução dos direitos humanos – Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- MACGIBBON, I. C. "Estoppel in international law", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 17, N. 3. Cambridge, 1958.
- MIRANDA, S. "Citizens Without a Nation: The Construction of Haitian Illegality and Deportability in The Dominican Republic" *Master's Theses – Sociology*. Illinois State University, 2014
- MORAES, T. G. A. "O Haiti não é aqui': Apatridia na Republica Dominicana e o direito humano à nacionalidade". *Tese de Mestrado – Direito*. UnB, Brasília, 2017.
- OEA, *CIDH condena sentencia del Tribunal Constitucional de Republica Dominicana*, 2014. Disponível em <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2014/130.asp>>. Acesso em 10/11/2017.
- OPESKIN B. and SHEARER B. "Nationality and Statelessness". *Foundations of International Migration Law*, Cambridge Univeristy Press, 2012
- PAOLINELLI, C. M. "A Apatridia sob a perspectiva do caso Las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana – Acórdão nº 130 de 08 de setembro de 2005 – Série C da Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma violação aos Direitos Fundamentais e à Dignidade da Pessoa Humana.", *Revista Âmbito Jurídico (online)*, 2005. Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10497>. Acesso em 09/11/2017.
- PRIMERA, M. "Medio millón de apátridas por uma sentencia del Supremo dominicano" *El País*, 20/08/2013. Disponível em <https://elpais.com/internacional/2013/10/20/actualidad/1382303313_233551.html>. Acesso em 10/11/2017.
- REPÚBLICA DOMINICANA. *Constitución de la República Dominicana, del 25 de junio de 1929*.
- _____. *Constitución de la República Dominicana, proclamada el 26 de enero, 2010*.
- _____. *Reglamento de migración nº 279, del 12 de mayo de 1939*.
- _____. *Resolución No. 12-2007*.
- SHIPLEY, K. "Stateless: Dominican-Born Grandchildren of Haitian Undocumented Immigrants in the Dominican Republic", *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 24, Iowa City, 2015
- TOBIN, Catherine. "No Child is an Island; Seeking Solutions for Children at Risk of Statelessness in the Caribbean", *1st Global Forum on Statelessness*, The Hague, 2014
- UMAÑA, I. P. "La negación del derecho a la nacionalidad y sus consecuencias". *Tesis de Grado – Licenciatura em Derecho*, San José de Costa Rica, 2009.
- VARONA, N. B. "Circular No. 017 de la JCE". *Hoy Digital*, 26/08/2008. Disponível em <<http://hoy.com.do/circular-no-017-de-la-jce/>>. Acesso em 10/11/2017.
- WOODING, B. "Civil Society Responses to the Dominican Republic's Constitutional Court Ruling of September 23rd 2013 on Dominicans of foreign (Haitian) ancestry". *1st Global Forum on Statelessness*, The Hague, 17/09/2014.

Trabalho e religião: a acomodação das imposições de crença quando as refeições são realizadas no ambiente de trabalho

Andressa Batista Lopes⁵⁹⁷

Universidade de Coimbra

Eduardo Bolsoni Riboli⁵⁹⁸

Universidade de Lisboa

1. INTRODUÇÃO

O ambiente de trabalho é, geralmente, o local no qual o trabalhador passa a maior parte da sua vida, sendo que, em consideração aos limites legais aplicáveis a uma jornada de trabalho comum⁵⁹⁹, ao menos um terço do seu dia é vivido em serviço. Tendo em vista este fato, são diversas as atividades quotidianas da vida de uma pessoa que são realizadas nesse local, entre elas a alimentação.

Outro fator indissociável à pessoa do trabalhador é a sua religião, visto que as suas crenças religiosas têm o poder de emoldurar seus princípios e sua postura não apenas quanto ao âmbito da sua relação laboral, mas quanto a todas as situações de sua vida, o que, conseqüentemente, atrela-se ao trabalhador também no momento da realização das suas atividades profissionais.

A liberdade religiosa é consagrada em Portugal no artigo 41.º da Constituição da República Portuguesa, ditame que compele todos os residentes no país a respeitar o exercício das atividades de cunho religioso, bem como, porventura, a falta dele. Ao longo do estudo verificaremos os aspectos constitucionais, principiológicos e eventuais questionamentos a respeito da aplicação do referido preceito normativo no

⁵⁹⁷ Mestre em Ciências Jurídico-Empresarias, com menção em Direito Laboral, pela Universidade de Coimbra (Portugal). Bacharel em Direito, licenciada pelas Faculdades Rio-Grandenses (Brasil). Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil e na Ordem dos Advogados Portugueses.

⁵⁹⁸ Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais, pela Universidade de Lisboa (Portugal). Mestre em Ciências Jurídico-Criminais, pela Universidade de Coimbra (Portugal). Especialista em Direito Penal e Política Criminal, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil). Bacharel em Direito, licenciado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Brasil). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil e na Ordem dos Advogados Portugueses.

⁵⁹⁹ Vide, nesse sentido, o n.º 1 do artigo 203.º do Código do Trabalho Português de 2009, o qual estabelece que, em período normal, a jornada de trabalho não pode exceder oito horas diárias e quarenta horas semanais. A Convenção n.º 47 de 1935 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) versa, a nível internacional, sobre uma jornada de trabalho com duração de 40 horas semanais. Da mesma forma, podemos verificar na legislação estrangeira limites de jornada de trabalho semelhantes, em que há a estipulação do máximo de cerca de 8 horas diárias ou 40 horas a serem trabalhadas por semana, a exemplo do disposto no artigo 58 da Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 (Brasil); no paragraph 169(1)(a) do Canada Labour Code de 1985 (Canadá); no §3 do Arbeitszeitgesetz (ArbZG) de 6 de Junho de 1994 (Alemanha); no artículo 22.º do Código del Trabajo de 2003 (Chile); na comma 1 do articolo 3 do Decreto-Legge n.º 66/2003, de 8 de Abril, in materia di apparato sanzionatorio dell'orario di lavoro (Itália); no Article L3121-18 do Code du Travail de 2008 (França); no n.º 1 do artículo 34 do Real Decreto Lei n.º 2/2015, de 23 de Outubro, sobre relaciones de trabajo (Espanha); entre diversos outros ordenamentos jurídicos que denotam disposição congênere.

âmbito da empresa, quando a realização das refeições do empregado se der no local de trabalho e implicar em adaptações por parte do empregador, na salvaguarda das exigências condicionadas por determinada religião exercida pelo empregado.

O presente estudo visa, sobretudo, a exposição de argumentos capazes de fornecer a reflexão, dentre as diversas vertentes e sem a pretensão de esgotamento do tema, sobre a necessidade de adoção medidas por parte do empregador privado a fim de acomodar as imposições alimentares do empregado filiado a alguma religião e sobre quais os limites a serem respeitados quando do fornecimento dessa alimentação. Verificaremos quais os direitos do trabalhador para ver suprida essa necessidade, sem que isto implique em um dever excessivamente oneroso ao empregador ou a caracterização de discriminação pelo não fornecimento.

No primeiro capítulo exporemos a problemática a ser abordada como fio condutor para o desenvolvimento do presente trabalho, veremos como a legislação e a jurisprudência norte-americanas possibilitaram a abordagem de uma acomodação a nível empresarial. Relembraremos a religião como um direito fundamental, garantido a todo e qualquer cidadão, e como se deu a sua relação com o direito. Ficará ao cargo do segundo capítulo a explanação acerca do fenômeno religioso no ambiente de trabalho; do alcance das exigências alimentares por motivos religiosos, com os devidos apontamentos sobre o direito do trabalhador em exercer a sua crença concomitantemente à atividade laboral; e da análise da existência ou não de um dever do contratante em fornecer esta alimentação, mesmo sob o risco de incorrer em ônus excessivo ou possíveis prejuízos ao seu estabelecimento empresarial. Ao final, concluiremos com as considerações finais acerca do presente estudo.

2. A QUESTÃO PROBLEMÁTICA: A ACOMODAÇÃO DAS IMPOSIÇÕES ALIMENTARES ADVINDAS DA CRENÇA DO EMPREGADO

São diversos os entraves que podem surgir quando o assunto é a liberdade religiosa de um ou mais indivíduos, ainda mais delicado é o trato desta liberdade em confronto a outros direitos. Cabe a nós, através da presente pesquisa, a análise da problemática equacionada a partir dos condicionalismos religiosos impostos por uma crença ao trabalhador que precisa de realizar a sua alimentação no local de trabalho, das problemáticas que podem surgir nas adaptações que o empregador tiver de realizar na sua empresa e os limites aplicáveis a ambas as partes no dia a dia laboral, seja no desempenho do direito de iniciativa econômica privada, seja no exercício da liberdade religiosa, bem como dos demais princípios de direito que abrangem as relações empregatícias.

A conceituação de acomodação razoável nasceu nos ordenamentos jurídicos norte-americanos, sob a denominação *reasonable accommodation*⁶⁰⁰. Foi nos Estados Unidos, em 1972, estabelecida a primeira noção de acomodação razoável, a intenção com a aprovação do Equal Employment Opportunity Act⁶⁰¹ era a de combater a discriminação no trabalho através da exigência ao empregador da comprovação de sua impossibilidade em acomodar *razoavelmente* as práticas religiosas de seus empregados sem que isso acarretasse em um ônus *indevido* à empresa⁶⁰². A partir desse período, foram incorporadas as expressões *acomodação razoável* e *ônus indevido* nas discussões sobre os direitos dos trabalhadores e empregadores dos Estados Unidos, as quais ganharam ainda mais espaço em debate jurisprudencial e

⁶⁰⁰ MACHADO, Suzana Sousa. «Trabalhar, Orar e Comer», in *Para Jorge Leite – escritos jurídico-laborais*, volume I, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pág. 502.

⁶⁰¹ Disponível em: <https://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eeo_1972.html>.

⁶⁰² Na seção 2 (7) do regulamento podemos ler: "After subsection (i) insert the following new subsection (j): '(j) The term 'religion' includes all aspects of religious observance and practice, as well as belief, unless an employer demonstrates that he is unable to *reasonably accommodate* to an employee's or prospective employee's religious observance or practice without *undue hardship* on the conduct of the employer's business".

doutrinário em 1990, com a aprovação da Americans with Disabilities Act (ADA).⁶⁰³
604

Contudo, embora tenha os Estados Unidos sido o precursor no uso das expressões a nível legislativo, o primeiro julgado de relevo, que se tem registro, em que é estabelecido o dito dever foi proferido no Canadá, em 1985. O caso *O'Malley*⁶⁰⁵ trata de uma trabalhadora que, no curso do contrato de trabalho, filiou-se à religião adventista do sétimo dia e teve, como requisito de sua crença, de dispensar toda e qualquer atividade a partir do pôr-do-sol das sextas-feiras até o pôr-do-sol dos sábados. Em razão de a empresa varejista em que trabalhava por cerca de sete anos não ter levado em consideração o seu pedido de dispensa por esse período que a sua religião exigia e tê-la convocado a trabalhar inclusive nesses dias em que estaria impossibilitada por sua crença, viu-se a autora compelida, sob pena de ser dispensada do emprego ou ter de abrir mão de sua fé, a assinar um acordo em que passaria a trabalhar por apenas meio período, com a consequente redução de sua retribuição. A Sra. Theresa O'Malley ingressou com a ação visando receber a diferença retributiva entre o período em que trabalhava a tempo integral e que passou a trabalhar a tempo parcial, sob a alegação de discriminação por parte do seu empregador, em confronto ao artigo 4(1)(g) do *Ontario Human Rights Code*, de 1980. O que podemos destacar da decisão do Supremo Tribunal são as diversas considerações acerca do dever que o empregador tem de buscar meios cabíveis e satisfatórios para acomodar as exigências advindas da crença dos seus empregados, mesmo que isso demande algum gasto suportável pela empresa; a desconsideração do quesito *intenção* em uma conduta para caracterizá-la como discriminatória; bem como a classificação do que é discriminação. O julgado canadense foi de extrema importância, por trazer uma nova interpretação do que deveria ou não ser adaptado e como caracterizar a conduta discriminatória, antes disso os tribunais norte-americanos adotavam uma postura mais contratualista, no que diz respeito ao cumprimento do que já fora pactuado entre as partes, com a visão limitada de que só era discriminatória uma conduta se houvesse a intenção em discriminar. O dever de acomodar as exigências de crença do empregado só existiria, àquela época, se não gerasse qualquer custo ao empregador, situação que foi positivamente modificada a partir de então.⁶⁰⁶

De outra sorte, em Espanha e no mesmo ano, foi julgado o caso *Vila Costas*⁶⁰⁷, no qual uma trabalhadora, igualmente seguidora da fé adventista do sétimo dia, foi dispensada pelo seu empregador após ausentar-se do trabalho sem a sua autorização, em razão da negativa da solicitação feita pela empregada para que houvesse a troca do seu turno ou a permissão de sua ausência durante o período imposto por sua crença. A reclamante ingressou com a ação requerendo ao Tribunal Constitucional Espanhol que a sua dispensa fosse declarada nula por violar o seu

⁶⁰³ MARTEL, Letícia de Campos Velho. Adaptação razoável: O novo conceito sob as lentes de uma gramática constitucional inclusiva, in *Revista Internacional de Direitos Humanos – SUR*, vol. 8, n.º 14, São Paulo, Junho/2011, p. 92.

⁶⁰⁴ Caracterizada por ser “a primeira lei abrangente de direitos civis da nação a abordar as necessidades das pessoas com deficiência”, a Americans with Disabilities Act (ADA) vetou a discriminação no emprego privado e público. Vide: <<https://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/1990s/ada.html>>. Texto do regulamento completo disponível em: <https://www.ada.gov/2010_regs.htm>.

⁶⁰⁵ *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v Simpson-Sear* [1985] 2 SCR 536, disponível em: <<https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1985/1985canlii18/1985canlii18.html>>.

⁶⁰⁶ Também a respeito do caso *O'Malley*, Cf. VICKERS, Lucy. *Religious Freedom, Religious Discrimination and the Workplace*, Second Edition, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2016 [versão eletrônica], Cap. 6 (II. “The Duty to Accommodate and Undue Hardship”); MARTEL, Op. Cit., pp. 98-99.

⁶⁰⁷ Sentença do Tribunal Constitucional n.º 19/1985, de 13 de Fevereiro de 1985, disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/399>>.

direito fundamental à liberdade religiosa, previsto no artigo 16.º da Constituição Espanhola de 1978 (CE). Diferentemente do que foi decidido no caso *O'Malley*, o Tribunal Constitucional Espanhol adotou uma posição contratualista para resolver a questão, declarando que as condições de trabalho contratualmente estipuladas não podem sofrer alterações unilaterais em razão das crenças religiosas de um dos contratantes.⁶⁰⁸

O que podemos verificar com a decisão proferida no último caso abordado não é nenhuma novidade para a época.⁶⁰⁹ A posição que era adotada pelos julgadores como base das decisões demonstra uma certa despreocupação com a manutenção do emprego do trabalhador religioso, em prol da livre iniciativa econômica privada e da sobreposição do *pacta sunt servanda*. Por essa razão, caso *O'Malley* se mostra tão importante para a observância das necessidades do trabalhador enquanto indivíduo e não apenas como mero contraente.

Se, por um lado, a jurisprudência e a doutrina, ainda que controversas, são vastas em considerar a acomodação das necessidades religiosas dos indivíduos no tocante aos dias de guarda⁶¹⁰, vestimenta⁶¹¹ ou uso de símbolos religiosos⁶¹², mesma sorte não temos, por outro lado, ao procurar discussões sobre a adaptação razoável da empresa às exigências alimentares do trabalhador. A relevância do presente estudo reside, justamente, nas controvérsias que surgem ao lidar com as

⁶⁰⁸ Mais considerações sobre o caso *Vila Costas*, Cf. RODA, Ferran Camas. La revolución en el marco jurídico europeo y español del derecho a la libertad religiosa o de creencias en el trabajo, in *El ejercicio del derecho de libertad religiosa en el marco laboral*, Albacete: Editorial Bomarzo, 2016, pp. 20-22.

⁶⁰⁹ Referimo-nos aos anos 80 do século XX, mas, ainda nos dias de hoje, mesmo com todo o avanço das discussões quanto à matéria, podemos perceber decisões com o mesmo cunho. É o exemplo do Acórdão n.º 544/2014, do Tribunal Constitucional Português, o qual, embora tenha plausivelmente fundamentado que a "liberdade de demissão" a que disporia o trabalhador – muitas vezes utilizada como fundamentação por juízes para "solucionar" algum descontentamento do trabalhador – está «fortemente condicionada nos tempos que correm, atentos a crise económico-financeira de carácter mundial e o desemprego daí decorrente» para demonstrar que não exerce o trabalhador tanta liberdade assim, ateu-se essencialmente às ausências injustificadas como um dos requisitos da justa causa para a demissão (artigo 351.º do Código do Trabalho), à admissão de restrições à liberdade de religião (n.º 2 do artigo 18.º da CRP e artigo 6.º da Lei de Liberdade Religiosa) e do trabalho em regime de flexibilidade de horários (disposto na letra "a" do n.º 1 do artigo 14.º da Lei de Liberdade Religiosa), como fatores impeditivos para a dispensa das atividades da trabalhadora nos dias em que estaria impossibilitada, situação que não se vislumbrava no presente caso. Acreditamos que a decisão estaria mais acertada se, ao invés de analisar taxativamente os requisitos dispostos na lei, mesmo sem deixar de observá-los, tivesse verificado se efetivamente a empresa sofreria algum prejuízo em acomodar a necessidade da trabalhadora, ou ainda, se o empregador realmente comprovou a impossibilidade de acomodar essa necessidade por meios alternativos, mesmo que a liberdade religiosa não seja um direito absoluto e esteja passível a limitações, o que não mereceu relevância na extensa fundamentação da decisão. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/57301957/details/normal?q=Ac%C3%B3rd%C3%A3o+n.%C2%BA%20544%2F2014>>.

⁶¹⁰ Além dos exemplos quanto aos seguidores da religião adventista do sétimo dia supra citados, não podemos deixar de referir o caso *Vivien Prais v. Council of the European Communities*, n.º 130/75, 27/10/1976. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61975CJ0130>>.

⁶¹¹ Vide, como exemplo, o caso *Dahlab v. Switzerland*, App. n.º 42393/98, TEDH, 15/02/2001. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-22643>>.

⁶¹² Um exemplo clássico e de extrema importância para a matéria é o caso *Eweida and others v. The United Kingdom*, App. n.os 48420/10, 36516/10, 51671/10, 59842/10, TEDH, 15/01/2013. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115881>>. Considerações sobre esse caso, Cf. MACHADO, Susana Sousa. Quando fé e trabalho não se compatibilizam: comentário ao Acórdão *Eweida e outros vs. Reino Unido* do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, in *Questões Laborais*. n.º 42, 2013, pp. 675-688.

alimentações realizadas pelo trabalhador crente no local de trabalho, quando o empregador se dispõe a fornecer esse subsídio, bem como da violação ou discriminação à liberdade religiosa que podem advir da não observância da devida acomodação.

3. A RELIGIÃO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

A religião está intimamente ligada ao direito, desde a sua construção, e para entendermos como se dá essa comunicação faz-se necessária uma brevíssima recapitulação da relação entre os dois ao longo do tempo. Durante séculos a religião e o direito mantiveram entre si uma relação muito estreita e, embora hodiernamente haja claras distinções entre estes dois ordenamentos, há autores que afirmam que nem mesmo a laicização⁶¹³ foi capaz de dissociá-los completamente.⁶¹⁴ Podemos, ainda nos dias de hoje, apontar diversos resquícios de preceitos religiosos no nosso ordenamento jurídico, a exemplo do descanso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos, o qual mesmo após todo o movimento de secularização das civilizações ditas ocidentais manteve-se presente em diversos ordenamentos jurídicos.⁶¹⁵

Insta referir que teve a religião um importante papel na construção dos Direitos Humanos. Santos Júnior afirma que as primeiras e mais antigas Declarações de Direitos do Homem foram influenciadas pela ideologia cristã⁶¹⁶, de forma que houve um significativo esforço para a universalização do discurso dos direitos humanos, desde o advento da vertente racionalista do jusnaturalismo, para torná-lo mais inclusivista e mais aceitável às diferentes culturas.

Para vislumbrarmos a presença da religião também no meio legislativo, cabe referir a Magna Carta de João Sem Terra, principal documento histórico de representação dos direitos humanos datada de 1215, e a Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 4 de Julho de 1776, as quais possuem, respectivamente, termos como “a Graça e a Glória de Deus”, para as pactuações realizadas, e a convocação de um “Juiz supremo do mundo”. Já a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em que pese referisse a *dignidade da pessoa humana* como norteadora e não vindicasse uma inspiração religiosa, possui em seu preâmbulo referência ao “ser supremo” ao invocar a sua

⁶¹³ Não podemos confundir laicização e laicismo, de forma que o segundo é a situação na qual o Estado demonstra-se contrário e/ou dissociado de qualquer religião, já no primeiro conceito o Estado mantém relações com as instituições religiosas, ainda que não eleja uma crença como oficial (a exemplo dos Estados Confessionais). A este respeito: BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Litigiosidade Jurídico-Religiosa, possibilidade de tutela civilística do sentimento religioso*. 1ª edição, Cascais: Príncipia Editora, 2015, pp. 43, 55 et passim.

⁶¹⁴ Perelman defende que o direito acaba se inspirando na religião dominante de uma sociedade, quando há a predominância de uma. Cf. PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*, trad. João C. S. Duarte, Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 282.

⁶¹⁵ Podemos verificar, a título de exemplificação, a presença do mesmo descanso semanal remunerado na legislação brasileira a partir do artigo 67 da Consolidação das Leis do Trabalho; no artigo 232.º do Código do Trabalho Português; no artigo 30.º da Lei do Trabalho, no Timor; no artigo 55º da Lei nº 6/92 de 11 de Junho, em São-Tomé e Príncipe; no artigo 95.º da Lei do Trabalho, em Moçambique; no artigo 43.º da Lei Geral do Trabalho, em Guiné-Bissau; no artigo 64.º do Código Laboral, em Cabo Verde; no artigo 126.º da Lei Geral do Trabalho, na Angola, entre diversos outros ordenamentos jurídicos com a mesma disposição.

⁶¹⁶ SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam dos. *Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho: a dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas constitucionalmente adequadas aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 8, o qual acompanharemos de perto nos próximos parágrafos.

presença e seus auspícios, o que evidencia o cunho religioso também neste documento.⁶¹⁷

Entre “idas e vindas” de questões religiosas como norteadoras do ramo jurídico, no setor trabalhista essas questões não gravitam apenas em razão da quantidade de trabalhadores e empregadores dotados de alguma crença, mas principalmente com relação à denominada “espiritualidade no mundo corporativo” ou “espiritualidade no mundo do trabalho”, decorrente das crescentes preocupações com as condições emocionais do trabalhador e a ética trabalhista.⁶¹⁸

Sobretudo, como um fator de prevenção de conflitos e inclusão social, garantidora da dignidade da pessoa humana, a liberdade religiosa passou a ser tutelada em Portugal através das seguintes normas: 1.º artigo da Constituição da República Portuguesa (doravante “CRP”), no qual a dignidade da pessoa humana está expressa como o primeiro e o mais imprescindível valor em que se baseia a República Portuguesa. A liberdade de consciência, de religião e de culto é reconhecida, a seguir, no artigo 41.º do mesmo Diploma Legal, consoante ensinam Canotilho e Vital Moreira⁶¹⁹, representada por «três direitos distintos, embora conexos», a *liberdade de consciência* a qual «consiste essencialmente na liberdade de opção, de convicções e de valores, ou seja, a faculdade de escolher os próprios padrões de valoração ética ou moral da conduta própria e alheia»; a *liberdade de religião* que «é a liberdade de adoptar ou não uma religião, de fazer proselitismo num sentido ou noutro, de não ser prejudicado por qualquer posição ou atitude religiosa ou anti-religiosa»; e a *liberdade de culto*, a qual «é somente uma dimensão da liberdade religiosa dos crentes, compreendendo o direito individual ou colectivo de praticar atos externos de veneração próprios de uma determinada religião». Tais direitos estão intimamente ligados a um princípio basilar do sistema constitucional: o *princípio da igualdade e proibição de discriminação*, com base na religião, convicções políticas ou ideológicas, na forma do artigo 13.º da CRP. Ademais, ainda em vista da legislação portuguesa, o n.º 6 do artigo 16.º da CRP proíbe o tolhimento ao direito à liberdade de consciência e liberdade de religião mesmo em casos de sítio, entre outras normas como os artigos 16.º, 24.º e 381.º do Código do Trabalho e a Lei n.º 16/2001, de 22 de Junho (Lei da Liberdade Religiosa), que em seu artigo 2.º proíbe a discriminação religiosa, ditames estes que corroboram para o vislumbre da máxima importância da preservação dos direitos de crença e da dignidade da pessoa humana.

Como vimos, Portugal possui diversas normas no sentido de garantir a Liberdade Religiosa e suas vertentes, diante da possibilidade de um indivíduo adotar ou não alguma crença. Nesta mesma senda, outros diplomas legais também asseguram tais garantias de crença como forma de consolidação do princípio da dignidade humana, a exemplo da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), a qual garante, no inciso VI de seu artigo 5.º, a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, bem como assegura o livre exercício dos cultos religiosos e garante, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias⁶²⁰, assim como no inciso VIII do mesmo artigo há a previsão expressa de que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”, já o princípio da dignidade

⁶¹⁷ Ibidem, p. 9.

⁶¹⁸ Acerca do regresso da religião ao espaço público e considerações atinentes ao ambiente de trabalho: SANTOS JUNIOR, *Liberdade religiosa...*, cit., pp. 11-17.

⁶¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 609.

⁶²⁰ Artigo 5.º da CRFB de 1988: “VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

da *pessoa humana* encontra-se expresso no inciso III do artigo 1.º da CRFB. Da mesma forma, o artigo 70 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) veda a realização de atividade laboral em feriados religiosos e a Lei n.º 9.459/97, que alterou os artigos 1.º e 20.º da Lei n.º 7.716/89 e acrescentou o § 3º ao artigo 140.º do Decreto-lei n.º 2.848/40, versa sobre a punição dos crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, *religião* ou procedência nacional.

Outrossim, no ordenamento francês também está previsto o *princípio da dignidade da pessoa humana* e da *liberdade religiosa*, os quais podem ser interpretados com respaldo no *article 1.º* da *Constitution de la République Française*⁶²¹. O tema é também disposto nos *articles L. 1121-1, L. 1321-3 e L. 1132-1* do *Code du Travail*, na Lei n.º 89-486 de 10 de julho de 1989 e na Lei n.º 59-1557 de 31 de dezembro de 1959 (*Lei Debré*), a qual garante o respeito pela liberdade de cultos e do ensino religioso. Por outro lado, ainda que no território francês existam limitações quanto ao uso de símbolos ostensivos por parte de funcionários públicos e haja a proibição da ocultação total da face em público⁶²², é discutível a violação aos diversos direitos fundamentais protegidos, ainda que sob quaisquer alegações de supostas garantias da segurança pública.

A nível da União Europeia e de abordagem internacional, encontramos no artigo 18.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem a disposição acerca da *liberdade de pensamento, consciência e religião* e no artigo 19.º a *liberdade de expressão*; verificamos os mesmos direitos dispostos, respectivamente, nos artigos 2.º e 8.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, nos artigos 9.º e 14.º (proibição de discriminação) da Carta Europeia dos Direitos do Homem (CEDH); no artigo 10.º do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos a disposição atinente à *dignidade da pessoa humana* e no artigo 18.º acerca da *liberdade de pensamento, de consciência e de religião*; a Convenção 111 da OIT, sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão; os artigos 1.º, 10.º, 21.º, 22.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), os quais dispõem respectivamente sobre a *dignidade da pessoa humana, a liberdade de pensamento, de consciência e de religião, a não discriminação* e sobre a *diversidade cultural, religiosa e linguística*; por fim, não menos importante, a Diretiva 2000/78/CE que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional; entre outras normas e entendimentos jurisprudenciais consagrados.

Diante de todo o exposto, não podemos esquecer que falar de religião é também falar de cultura, e a multiculturalidade descreve a presença de distintos códigos culturais em uma mesma sociedade, realidade que avistamos nos dias de hoje principalmente quando levado em consideração o processo de mundialização e seus movimentos migratórios, bem como a consciência da diversidade cultural presente nas distintas civilizações. A liberdade de consciência está na raiz da liberdade religiosa, de forma que a garantia desta liberdade incide, portanto, na preservação da própria identidade cultural do indivíduo religioso.

4. O FENÔMENO RELIGIOSO NA CONTRATAÇÃO DE TRABALHO E A ALIMENTAÇÃO COMO FORMA DE EXPRESSÃO DA LIBERDADE RELIGIOSA

⁶²¹ Article 1^{er} de la CRF: "*La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée. La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales.*" Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur.5074.html>>.

⁶²² LOI n° 2010-1192, de 11 de Outubro de 2010, *interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*.

Diante do fato de os direitos fundamentais, assim como a liberdade religiosa, serem normas principiológicas, torna-se necessária a demarcação dos direitos aqui abrangidos com a maior precisão possível, para que seja alcançada a sua aplicação prática.

Não é novidade que as crenças religiosas conferem aos seus seguidores a possibilidade de explicação sobre elementos desconhecidos como a origem, a forma, a vida e a morte dos seres, mas, mais do que isso, a religião apresenta-se como fonte de princípios éticos e morais, razão pela qual deve ser considerada quando em vista o bem-estar dos trabalhadores e da função social da empresa.

Cumprir referir que a titularidade dos direitos à crença pode ser exercida a nível individual ou coletivo⁶²³, sendo que para este estudo trataremos da vertente exercida no ramo individual, de forma a analisar o trabalhador como indivíduo detentor de direitos. Somado a isto, é de se ressaltar ser a atividade profissional «um elemento importante para garantir a igual dignidade e liberdade de todos e muito contribui para promover a plena participação dos cidadãos na vida económica, social e cultural, bem como o seu desenvolvimento pessoal»⁶²⁴, desta forma, é a promoção dos direitos fundamentais pessoais no domínio das relações de trabalho um importante instrumento de defesa da igual dignidade e liberdade da pessoa do trabalhador, na medida em que a função social exigida no âmbito laboral não pode deixar de visar limites aos poderes da entidade empregadora, em respeito e defesa da eficácia dos direitos fundamentais pessoais do trabalhador e das relações de trabalho. É notória a dificuldade de qualquer tentativa em sugerir parâmetros objetivos para solução das questões que envolvam a liberdade religiosa, isso porque tais situações podem ser consideradas como *hard cases*, o que sujeita a uma irremediável avalanche de críticas a quaisquer parâmetros que se procure arbitrar. Para tal tarefa, Santos Junior afirma que a complexidade se dá porque «fazer dogmática de direitos fundamentais implica, em larga medida, a busca por critérios que possam ser utilizados no sopesamento de direitos fundamentais colidentes, de modo a que seja ampliada a possibilidade de controle do procedimento e reduzido ao máximo possível o excesso de subjetividade dos juízes na apreciação dos casos concretos»⁶²⁵.

Ensina-nos Suzana Machado que, em razão de não poder o trabalhador ser tolhido em direitos fundamentais reconhecidos ao cidadão, ainda que estes não sejam absolutos e devam respeitar parâmetros de proporcionalidade, não existe a possibilidade de as relações de trabalho e suas peculiaridades atinentes à contratação laboral serem abrangidas em sua totalidade exclusivamente pelo texto constitucional, isto em razão do risco de esquecimento de algum direito fundamental assegurado ao trabalhador também enquanto cidadão que não esteja abarcado pela Constituição.⁶²⁶ Ainda, refere a autora que tanto a doutrina, quanto a jurisprudência portuguesa não

⁶²³ A referida titularidade *individual* é exercida por cada um dos cidadãos que tem um conjunto de direitos essenciais para dar cumprimento a esta liberdade religiosa (ex. direito de contrair casamento religioso, educar os filhos de acordo com a religião, direito de expressão de suas convicções, direito à difusão da religião, frequência aos recintos religiosos, etc), já os direitos *coletivos* possuem como titulares as próprias instituições religiosas e são exercidos através do direito de organizar o ensino religioso, de utilização da difusão de sua crença pelos meios de comunicação social, ou mesmo pela organização de cultos, etc. Cf. MACHADO, Susana Sousa. Reflexões iniciais sobre liberdade religiosa e contrato de trabalho – Reconhecimento da conflitualidade e perspetivação de um dever de adequação, *in Questões Laborais*, nº 39, Coimbra, Coimbra Editora: 2012, p. 87.

⁶²⁴ REIS, Raquel Tavares dos. *Liberdade de consciência e de religião e contrato de trabalho do trabalhador de tendência, que equilíbrio do ponto de vista das relações individuais de trabalho?*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 36 e 37.

⁶²⁵ SANTOS JUNIOR, *Liberdade religiosa...*, cit., pág. 205.

⁶²⁶ MACHADO, Susana. *Reflexões...*, cit., p. 81.

têm se manifestado – satisfatoriamente, na nossa opinião⁶²⁷ – sobre o tema da liberdade religiosa no ambiente de trabalho, mas que isso ocorre devido ao fato de não serem os Tribunais incitados a decidirem sobre esta matéria, mesmo que se trate de, além de trabalhista, uma questão atinente aos direitos de personalidade e diga respeito à dignidade do cidadão enquanto indivíduo prestador de serviços.

a) O dever de adaptação e a acomodação dos hábitos religiosos pela empresa:

Pudemos perceber a existência do direito constitucional que cada cidadão possui, também na condição de trabalhador, de escolher ou não uma religião, bem como de agir consoante as crenças por ela instituídas. Verifica-se, contudo, que os estatutos os quais um indivíduo segue em razão da sua religião frequentemente impõem determinadas condições aos seus adeptos, o que a nível de trabalho pode gerar o conflito entre o direito à *liberdade religiosa*, disposto no artigo 41.º da CRP e em todos os dispositivos de lei já referidos, no tocante ao empregado, e os direitos à *livre iniciativa econômica* e à *liberdade de organização empresarial*, dispostos nos artigos 61.º e 80.º da CRP, respectivamente, no que toca ao empregador. Consideramos, sem pestanejar, que um contrato de trabalho que contenha determinação no sentido obrigar o contratado a não exercer de qualquer forma a sua crença trata-se de um documento ou dispositivo nulo. Por outro lado, até que ponto deve o empregador tolerar o exercício das convicções religiosas do empregador, sem incorrer em ato discriminatório?

Em resposta a esse questionamento e com a finalidade de estabelecer um quadro geral para lutar contra a discriminação no emprego e na atividade profissional, em 27 de Novembro de 2000 entrou em vigor a Diretiva 2000/78/CE do Conselho. A referida diretiva distinguiu *discriminação direta* de *indireta*, o que tornou possível a caracterização da discriminação não apenas por um tratamento desfavorável, mas também quando verificada desvantagem de um indivíduo ou um grupo em razão das suas práticas religiosas.

O conceito de *adaptação razoável*, a nível europeu, encontra-se previsto no artigo 5.º da referida Diretiva 2000/78, havendo a sua necessidade manifestada também nas motivações preliminares, nos itens (16) e (20). Embora estes preceitos refiram-se à adaptação por deficiência, existe a possibilidade de no caso concreto haver a aplicação do preceito para a questão alimentar, respeitando-se a proporcionalidade atinente à matéria, de forma que tais exigências não implique um encargo desproporcional a ser suportado pela empresa.

Estabelece o artigo 5.º da diretiva, pela garantia ao respeito do *princípio da igualdade de tratamento* relativamente às pessoas deficientes, o dever de a entidade patronal promover *adaptações razoáveis* através de medidas adequadas para que uma pessoa deficiente tenha acesso ao emprego, possa continuar a exercê-lo, ou nele possa progredir. O ditame possibilita que o empregador se escuse do dever quando tais medidas comprovadamente gerarem encargos desproporcionais em prejuízo da entidade patronal. Ou seja, em analogia ao dever de adaptação dos casos de deficiência do empregado, antes de tomar qualquer atitude, o empregador deverá sempre buscar a nível concreto na organização empresarial em causa, a possibilidade de acomodar as necessidades religiosas de seu trabalhador, sem que tais medidas gerem ônus excessivos à empresa, em termos reais e não meramente hipotéticos.

⁶²⁷ Mesmo que o tema não receba uma ampla e satisfatória abordagem, já houve manifestação do TEDH a respeito da interpretação do artigo 9.º da Convenção, no sentido de que as regras dietéticas podem ser consideradas uma expressão direta das crenças de um indivíduo. Vide os casos *Jakóbski v. Poland*, App. n.º 18429/06, 07/12/2010, disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102121>> e *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France*, 27/06/2000, disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58738>>.

Da mesma forma, o item 16 das motivações preliminares da Diretiva assenta que «a adopção de medidas de adaptação do local de trabalho às necessidades das pessoas deficientes desempenha um papel importante na luta contra a discriminação em razão da deficiência» e o item 20 refere a necessidade da previsão de medidas apropriadas, eficazes e práticas, a exemplo de «adaptações das instalações ou dos equipamentos, dos ritmos de trabalho, da atribuição de funções, ou da oferta de meios de formação ou de enquadramento», o que veremos que também pode ser aplicada quanto à liberdade religiosa.

b) As alimentações realizadas no local de trabalho e o seu fornecimento pelo empregador:

Como vimos, os hábitos religiosos acabam por constituir uma parte da personalidade do cidadão, de forma que moldam a sua conduta inclusive no ambiente de trabalho. É dever do empregador não só a tolerância, como também a promoção de ações capazes de viabilizar aos seus empregados a manifestação de sua crença também no ambiente laboral. Tal como existe a diversidade religiosa, existe também a diversidade alimentar e, perante o quadro normativo existente atualmente em Portugal, por exemplo, acaba por ser controversa a obrigação a cargo do empregador de tutelar o património religioso dos trabalhadores através da garantia e facilitação do cumprimento dos deveres religiosos destes.

Em geral, os condicionalismos alimentares encontram garantias apenas nos casos em que o indivíduo não consegue satisfazer de forma autónoma as suas necessidades religiosas por se encontrar em local de permanência obrigatória, como presídios ou hospitais, consoante estabelecido no artigo 9.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.⁶²⁸

Especificamente no que diz respeito às relações laborais, não há qualquer disposição legal que obrigue o empregador sequer a fornecer a alimentação ao seu empregado, ficando a cargo dos Instrumentos de Regulamentação Colectiva de Trabalho (IRCTs) qualquer regulamentação nesse aspecto, geralmente em sede de Convenção Coletiva de Trabalho, ou acordos entre a empresa, mas sem qualquer obrigatoriedade de fornecimento pelo contratante caso não haja disposição neste sentido. Da mesma forma, não há em Portugal uma regulamentação legislativa do dever de adaptação do empregador às necessidades alimentares de seu empregado, isto porque não foram verificados registros de causas que, apreciadas pela doutrina ou levadas até os Tribunais, comportasse este aspecto e demandasse a manifestação em sede de decisão.

Entretanto, reside nos IRCTs uma possível alternativa para a problemática das alimentações fornecidas pelo empregador, a qual seria o fornecimento de um subsídio pecuniário que se mostre razoável a satisfazer a refeição diária que este indivíduo realizaria no local de trabalho⁶²⁹, de forma a amenizar eventuais gastos com a

⁶²⁸ Tendo em vista as instituições de permanência obrigatória, manifestou-se o Tribunal Europeu de Direitos do Homem no sentido de que a não observância das necessidades alimentares de cunho religioso caracteriza afronta ao artigo 9.º da Convenção Europeia de Direitos do Homem, ainda que não disponha sobre a alimentação no ambiente de trabalho, a decisão tece ótimos argumentos em interpretação ao artigo 9.º e sobre a necessidade de serem supridas as necessidades religiosas também quanto às imposições alimentares. Vide o caso *X. v. The United Kingdom*, Ap. 594/72, TEDH, 05/03/1976, disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-74705>>.

⁶²⁹ Vide, nesse sentido, o acordo coletivo firmado entre a empresa Energias de Portugal SA. (EDP) e Outras e o Sindicato Nacional da Indústria e da Energia e Outros, com publicação no Boletim do Trabalho e Emprego sob o n.º 37, no dia 08/10/2014. É de se salientar do documento o disposto na Cláusula 99.^a, a qual estabelece no item 1 que o subsídio de alimentação atribuído pela empresa aos seus funcionários “poderá ser pago em dinheiro ou em vales de refeição”.

contratação de empresas fornecedoras de alimentos específicos e de funcionários que preparem as refeições a serem oferecidas aos trabalhadores que demandem uma alimentação *Kosher*, por exemplo. Em contrapartida, é de se salientar que devem ser analisadas, também nesta hipótese, as medidas de adaptação razoável deste trabalhador que providenciará as suas próprias refeições, vez que deverá haver por parte da entidade patronal um espaço adequado (cantinas ou refeitórios) para que este empregado possa armazenar, aquecer e consumir o seu alimento.⁶³⁰

Cumpre-nos referir que o Código do Trabalho de 2009 também não estabelece qualquer obrigação específica ao empregador sobre dispor de um serviço de cantina, tampouco de ofertar uma compensação pecuniária na ausência deste serviço. Nesse aspecto, também socorremo-nos dos Instrumentos de Regulamentação Coletivos de Trabalho para que haja alguma regulamentação do fornecimento de um serviço de refeições que abranja as convicções e exigências religiosas do empregado. O artigo 24.º do CT estabelece em seu n.º 1.º o direito à igualdade de tratamento e oportunidades ao empregado ou candidato a emprego, de forma que este trabalhador não possa ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever no que se refira a diversos fatores, entre eles o religioso, devendo o Estado promover a igualdade de acesso a tais direitos por força desta norma. Em interpretação a este dispositivo, pode-se emitir entendimento no sentido de que, por se tratar de um direito e necessidade básica do trabalhador como indivíduo, as alimentações também devam ser alvo de análise pela promoção ao seu acesso no ambiente de trabalho, assim como as condicionantes impostas por crença religiosa, uma vez que o artigo 24.º do CT veda o prejuízo ou privação também dos direitos religiosos e a desatenção a esta imposição poderia resultar em privação de direitos quanto ao exercício de crença ao trabalhador que opte por uma.

Ademais, ressalvadas todas as considerações acerca dos direitos e garantias do trabalhador, partilhamos do entendimento de Júlio Gomes de que se mostra justificável o pedido de uma alimentação variada, com base nas necessidades religiosas, efetuado por um empregado contratado por uma empresa de grande porte, mas o mesmo pedido realizado por um trabalhador inserido em uma pequena empresa tornar-se-ia um ônus inviável⁶³¹. A discriminação no ambiente de trabalho por razões alimentares apresenta-se pela modalidade indireta estudada, em razão de o não respeito às exigências específicas do foro religioso poder entrar em conflito com uma norma neutra e dar origem a uma situação discriminatória⁶³², mas caso mostre-se legítima alguma distinção e seus meios sejam necessários, o empregador não pode ficar obrigado a certos condicionalismos⁶³³. Nesse mesmo sentido, a própria Diretiva 2000/78/CE prevê que o empregador não deve ser obrigado a suportar medidas que resultem em custos econômicos relevantes capazes de comprovadamente prejudicar o desenvolvimento da atividade empresarial.

⁶³⁰ A doutrinadora italiana Anna Gianfreda recomenda as boas práticas das denominadas *Equality and Human Rights Commission*, existentes no Reino Unido, as quais possuem o objetivo de garantir a igualdade e o respeito pela diversidade. São práticas recomendadas ao empregador, como medidas de organização das cantinas da empresa para reunir trabalhadores de uma mesma crença para disponibilizar a comida de forma menos onerosa do ponto de vista organizacional e econômico, ou, em caso de a empresa não dispor de cantinas, possibilitar que o trabalhador leve a sua própria refeição e fornecer todos os meios necessários de armazenamento e aquecimento, bem como o local para desfrute da refeição. Cf. GIANFREDA, Anna. *La tutela delle prescrizioni alimentari religiose nella normativa del Regno Unito, in Cibo e religione: diritto e diritti*, coord. Antonio G. Chizzoniti e Maria-Chiara Tallacchini, Tricase Libellula Edizioni, 2010, pp. 186-189, também referida por MACHADO, Suzana. *Trabalhar...*, cit., pp. 505.

⁶³¹ GOMES, Júlio Manuel Vieira. *Direito do Trabalho – Relações individuais de trabalho*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 299.

⁶³² MACHADO. *Trabalhar...*, cit., p. 502.

⁶³³ Idem.

Os próprios conceitos de *reasonable accommodation* (acomodação razoável) e *undue hardship* (encargo desproporcional ao empregador) da jurisprudência norte-americana e canadense referem que a empresa deve fazer um esforço para adaptar as necessidades de seus trabalhadores, mas tudo sempre em atenção às circunstâncias do caso concreto e desde que não represente prejuízo ao empregador⁶³⁴. No caso de uma empresa de pequeno porte, o dispêndio com custos personalizados de forma a abranger toda uma necessidade de alimentação condicionada à doutrina religiosa pode resultar na derrocada econômica da empresa, a exemplo da alimentação *kosher*, entre diversas outras restrições congêneres, em que é demandado à empresa a contratação de um serviço especializado de fornecimento dessa alimentação, nutricionistas e uma equipe de cozinheiros especializados para este tipo de preparo e manuseio dos produtos, uma vez que são impostas condições de abate, fiscalização e restrição a diversos tipos de alimentos, o que movimentaria todo um setor da empresa para esta finalidade de satisfação da necessidade religiosa.

5. CONCLUSÕES

a) Insta salientar ser tal tema de extrema importância não apenas para a matéria que versa sobre os direitos trabalhistas, mas essencialmente no que toca ao direito fundamental à liberdade de crença, pois há de se reconhecer a existência de um conflito entre os direitos fundamentais do trabalhador e legítimos interesses do empregador na manutenção de sua atividade empresarial, com a conseqüente necessidade de um equilíbrio justo a ser concretizado segundo as circunstâncias de cada caso concreto.

b) Uma legislação específica sobre o dever de acomodar as imposições de crença do trabalhador no ambiente de trabalho, a exemplo dos ordenamentos norte-americanos, é de necessidade imperativa para evitar a discriminação religiosa, vez que hodiernamente é do empregado o ônus de comprovar ter sido vítima de discriminação. Por razões óbvias de dificuldade probatória, é muito mais cabível que seja o empregador a arcar com o ônus de comprovar a impossibilidade de acomodar as condições religiosas do empregado.

c) Diante da falta de regulamentação de um dever de acomodar as premências religiosas na seara trabalhista, como na situação em tela especificamente no que toca à alimentação, deve a questão ser analisada sob a ótica do direito à liberdade religiosa como uma garantia individual atinente aos direitos de personalidade do indivíduo. A analogia feita a partir do conceito de adaptação razoável para acomodar o trabalhador portador de deficiência, trazido pela Diretiva 2000/78, demonstra-se a mais correta, no sentido de que nesta matéria também devem ser analisadas as medidas razoáveis de adaptação das necessidades religiosas do empregado, sob pena de caracterização de atos discriminatórios.

d) Pese embora a alimentação e a liberdade religiosa sejam direitos fundamentais, não estamos diante de um direito absoluto, de forma que em nenhuma hipótese pode o trabalhador crente, por via das exigências alimentares, colocar em risco a finalidade para o qual fora admitido, principalmente quando a acomodação das suas necessidades comprovadamente acarretar prejuízos excessivos ao seu empregador. Deve, portanto, ser observada a proporcionalidade que se impõe nesses casos, para que não seja o empregador tolhido de exercer os seus direitos constitucionais à *livre iniciativa econômica* (artigo 61.º da CRP) e à *liberdade de organização empresarial* (artigo 80.º da CRP).

e) Na falta de uma regulamentação específica nesse sentido, quando estivermos diante de situações em que há conflito entre direitos e um deles é o direito

⁶³⁴ Ibidem, p. 507.

fundamental à liberdade de crença e suas vertentes deve ser feita a justiça do caso concreto com base em requisitos de proporcionalidade, isso porque em cada situação haverá um fator determinante de avaliação dos direitos do trabalhador, sem ignorar os direitos do empregador. É muito importante que a questão alimentar no que toca as imposições de crença seja encarada com o mesmo respeito aos casos de liberdade religiosa como um todo, sob pena de violação do direito à expressão e manifestação religiosa.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Litigiosidade Jurídico-Religiosa, possibilidade de tutela civilística do sentimento religioso*, 1ª edição, Cascais: Príncipe Editora, 2015.
- CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- GIANFREDA, Anna. La tutela delle prescrizioni alimentari religiose nella normativa del Regno Unito, in *Cibo e religione: diritto e diritti*, coord. Antonio G. Chizzoniti e Maria-Chiara Tallacchini, Tricase Libellula Edizioni, 2010, pp. 155-192.
- GOMES, Júlio Manuel Vieira. *Direito do Trabalho – Relações individuais de trabalho*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- MACHADO, Susana Sousa. *Trabalhar, Orar e Comer – Para Jorge Leite*, escritos jurídico-laborais, volume I, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 491-508.
- _____. Quando fé e trabalho não se compatibilizam: comentário ao Acórdão Eweida e outros vs. Reino Unido do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, in *Questões Laborais*. n.º 42, 2013, pp. 675-688.
- _____. Reflexões iniciais sobre liberdade religiosa e contrato de trabalho – Reconhecimento da conflitualidade e perspetivação de um dever de adequação, in *Questões Laborais*, Ano XIX, N.º 39, Janeiro/Junho, 2012, pp. 79-126.
- _____. A relevância da liberdade de religião nas relações laborais: contributos para a sua compreensão à luz do Direito da União Europeia, in *Actas do 1.º Congresso Internacional sobre Condições de Trabalho*, RICOT, FLUP, Porto, 2011.
- MARTEL, Leticia de Campos Velho. Adaptação razoável: O novo conceito sob as lentes de uma gramática constitucional inclusiva, in *Revista Internacional de Direitos Humanos – SUR*, vol. 8, n.º 14, São Paulo, Junho/2011, pp. 89-114, ISSN 1806-6445.
- PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*, trad. João C. S. Duarte, Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p.282.
- REIS, Raquel Tavares dos. *Liberdade de consciência e de religião e contrato de trabalho do trabalhador de tendência: que equilíbrio do ponto de vista das relações individuais de trabalho?*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- RODA, Ferran Camas. La revolución en el marco jurídico europeo y español del derecho a la libertad religiosa o de creencias en el trabajo, in *El ejercicio del derecho de libertad religiosa en el marco laboral*, Albacete: Editorial Bomarzo, 2016.
- SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam dos. *Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho: a dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas constitucionalmente adequadas aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho*, Rio de Janeiro: Impetus, 2013.
- VICKERS, Lucy. *Religious Freedom, Religious Discrimination and the Workplace*, Second Edition, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2016, [versão eletrônica].

Aplicação de políticas públicas judiciárias como meio alternativo a taxa de congestionamento do poder judiciário brasileiro

Luciane Mara Correa Gomes¹

Centro Universitário Augusto Motta

Tauã Lima Verdán Rangel²

Universidade Federal Fluminense

INTRODUÇÃO

Um dos conflitos que mais tem causado impacto no meio acadêmico no Brasil, no campo da ciência do Direito e da Sociologia, é o crescimento do Poder Judiciário, diante da atuação constante na solução de conflitos que tem por objeto a concretização das prestações mínimas que são garantidas pela Constituição da República e que não são efetivadas pelo Poder Executivo. Este intercâmbio entre as políticas públicas e a atuação do Poder Judiciário indica que a concessão de tais direitos chega ao jurisdicionado em algumas hipóteses através da intervenção judicial. Não obstante os desforços ou a precariedade da administração pública, é pontual afirmar que carece da urgência de consolidar as promessas do legislador para que mantenha-se o equilíbrio entre os poderes da República. Noutra giro, é importante salientar que o Poder Judiciário atravessa uma fase de excesso de demandas, não só impulsionadas pelo fenômeno da globalização, como também pela conscientização do homem mediano dos seus direitos fundamentais.

Para concretizar os direitos fundamentais civis, é necessário não só pautar a aplicação do princípio da proporcionalidade para garantia os mecanismos de cidadania contidos na Constituição da República de 1988, como também obter veículos de entrega da prestação jurisdicional, eficiente, eficaz e célere. A partir desta falibilidade do poder público em conferir os direitos postos aos cidadãos, o Judiciário vê-se diante do papel de garantidor, resultando no número crescente e descompassado de ações para obter parcelas mínimas, não conseguindo cumprir sua

¹ Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá. Bacharel em Ciências Jurídicas e Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professora no Centro Universitário Augusto Motta. Membro do Colégio de Professores da Academia Brasileira de Direito Constitucional. E-mail: lucianemara@uol.com.br; link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7142619530244859>

² Bolsista CAPES. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo. Professor na Faculdade Metropolitana São Carlos – Bom Jesus do Itabapoana e na Multivix – Unidade Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com; link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8802878793841195>

programação institucional, pela metodologia adotada nos ritos processuais e também pelo fato dos recursos estruturais não serem compatíveis com o volume de demandas. O problema que se surge é identificar se o Poder Judiciário necessita dar respostas céleres ou de decisões efetivas para a satisfação dos cidadãos. Isto se deve ao fato de que com o número que se apresenta de ações propostas, não há como se garantir uma prestação célere com o procedimento comum do Código de Processo Civil; noutra pólo, não se faz justiça com uma resposta tardia.

Nesta esteira, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) adotou a proposta de haver a aplicação dos mecanismos alternativos de solução de conflitos, como política pública judiciária com o fim de reduzir o tempo de espera do jurisdicionado a uma decisão judicial, situação ampliada com a vigência do Código de Processo Civil, Lei Federal n. 13.105, vigente em março de 2016, que incidentalmente a apreciação pelo juiz do mérito da causa preconiza a submissão a um dos métodos, como a conciliação ou a mediação. Numa aparente pintura de que aplicar os litígios a estes prgrmas possa tornar a prestação jurisdicional mais célere, implementou-se técnicas opcionais à jurisdição, num ambiente organizacional permeado de dogmáticas e estruturas procedimentais, sem a mínima cautela de adequar a condição aqueles, integrantes do meio jurídico, que ainda não possuíam em sua formação profissional o ajuste as condições postas pelo CNJ e regulamentado pela legislação, barreiras culturais a sua aplicabilidade prática.

Noutra esfera, é pontual se revelar que o efetivo prestamento, ao submeter o conflito ao método, não será eficaz sendo o beneficiário – jurisdicionado – partícipe que está desprovido do conhecimento acerca da sua funcionalidade, instruído a respeito de como decidir se media ou se concilia sobre determinada querela, ou ainda se aquela solução ali posta é democrática para a causa que propõe ou se torna apenas uma fase processual. Esta posição está contextualizada na proposta do Código de Processo Civil que regra a aplicação a partir do princípio da autonomia de vontade das partes, todavia, a codificação lança para a sociedade um dispositivo normativo sem se preocupar com o fomento a cultura do diálogo. Percebe-se que a norma preocupou-se mais em transferir ao indivíduo o encargo de decidir na contenda, sem sequer instrumentalizá-lo com as armas necessárias para habilitá-lo a inferir no processo como exigido pela legislação vigente.

O debate deve ainda transpassar pela colaboração daquele que está em busca do serviço estatal de prestação jurisdicional, uma vez que para o resultado prático pretendido seja efetivo, deve-se pensá-lo eficaz. A efetividade no Brasil tornou-se, na última década, um signo de fetiche, sob o qual se estruturou inúmeras normas com a finalidade de promover mini reformas na legislação processual, situação vivenciada nas últimas duas décadas no Brasil, sem haver a observação de que a prestação jurisdicional, gozando da chancela de garantia fundamental, com a vigência da Emenda Constitucional n. 45, inserindo no artigo 5º, o inciso LXXVIII, ultrapassou da condição de chegar ao alcance do indivíduo no menor tempo possível. Deve ainda conhecer da importância de se obter uma decisão judicial que satisfaça o cidadão, onde, de acordo com o conjunto legislativo em voga, compete-lhe agir para um resultado eficaz. Mais uma vez, retorna-se ao ponto onde o indivíduo recebe tais ônus sem ter sido capacitado para atuar da forma que lhe é exigida, sem que possua as ferramentas necessárias.

Daí o recorte teórico em Sarlet, Marinoni, Mitidiero e Alexy para compreender a correlação entre a possibilidade de garantia de direitos pelo Poder Judiciário e a sua relação com a taxa de congestionamento de processos no Poder Judiciário, trabalhando a hipótese de tornar o processo judicial mais participativo, como também avaliar a função do princípio da autonomia da vontade das partes na submissão aos mecanismos adequados de resolução de controvérsias. Recorrendo a Pinho, Filpo e Spengler para compreender o papel dos mecanismos alternativos de solução de conflitos na estrutura do campo judiciário, refletindo sobre o aspecto da redução da taxa de congestionamento. O trabalho que se apresenta adota metodologia qualitativa, fazendo revisão bibliográfica sobre os conceitos e sua aplicabilidade na esfera judiciária.

2. A GARANTIA DE DIREITOS E A SUA RELAÇÃO COM A TAXA DE CONGESTIONAMENTO DE PROCESSOS NO PODER JUDICIÁRIO

O ser humano recebe do Estado um arcabouço de direitos, garantias e liberdades para assegurar aqueles adjetivados como fundamentais, com a finalidade de reduzir os impactos da desigualdade social existente em países de desenvolvimento marginal. Tanto por parâmetros mínimos de prestações positivas, como também aquelas negativas que asseverem a igualdade de oportunidades (CANOTILHO, 2002, p. 348). Em outras linhas, o indivíduo, na persecução de seus direitos, sente a dificuldade de obter as prestações do Poder Executivo, sendo a função do Poder Judiciário, pela proporcionalidade, assegurar que esta proteção não seja deficiente, muito menos desviada por excesso (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p. 227).

Desta forma, torna-se uma busca constante do indivíduo por condições mínimas de existência, numa correlação entre bem estar e igualdade no Estado Democrático de Direito. Assim, tanto a igualdade, quanto a liberdade são asseguradas nas constituições da modernidade, devem ser consideradas como direito inato (KANT, 2007, p. 53), ainda que estejam implementados na legislação processual. Por esta matriz, ao perquirir a efetivação das políticas públicas que visam minimizar os impactos da desigualdade social o Poder Executivo tem se demonstrado inábil ao realizar tais promessas, recaindo ao Judiciário a entrega destes direitos, em continuidade a reflexão que aqui se produz, não há como dar vazão ao volume de demandas judiciais que são propostas, muito menos, não tem como quantificar a velocidade ou o tempo ideal que uma decisão judicial que verse sobre direitos fundamentais a serem entregues ao jurisdicionado, atendendo aos princípios e conferindo o resultado prático pretendido é um desafio lançado pelo legislador constituinte ao Poder Judiciário. Daí surge o questionamento onde a melhor sentença pode não ser desenvolvida num processo julgado mais rápido, sendo talvez aquela mais proporcional pela sua eficácia na solução do contingente de direito e na problemática social que permeia o caso.

Há duas medidas que devem ser consideradas na acomodação social do conflito: De um lado, é necessário entregar o direito fundamental perquirido pelo indivíduo; do outro, a resolução do litígio. Se um ponto pondera a concretização da cidadania pela entrega de uma parcela mínima do direito, no outro, ponderam-se as relações sociais que precisam ser resolvidas com a intervenção do Estado numa máquina judiciária que está sobrecarregada por processos judiciais de diversas

categorias e que não serão solucionados dentro de um tempo razoável sem observar a conexão rompida que motivou a interposição daquela demanda judicial. O Estado Democrático de Direito vem entregar aos indivíduos direitos mínimos que são efetivados a partir de uma decisão judicial, tornando-se um dos pontos de discussão dos doutrinadores, em especial no que se refere à jurisdição constitucional, pelo fato de que o poder público busca a solução otimizada para o acervo de processos que tramitam no Poder Judiciário, onde se oferece possibilidades jurídicas múltiplas para a solução (ALEXY, 2007, p. 295).

Neste contexto, cabe sopesar o valor que será atribuído aos mecanismos adequados de resposta aos conflitos sociais, uma vez que o Poder Judiciário não irá conseguir manejar um volume considerável de processos, ainda que sob temáticas repetitivas, ou em outras demandas de alta complexidade; ambos os casos, a distância entre a propositura da ação nem sempre corresponde com o lapso temporal que se espera. Assim, se a todos é garantida a resposta célere e eficaz, a sua aplicabilidade não está associada à imediatidade, porém, a política pública judiciária idealizada para contornar a contingência do acervo processual existente deve buscar a satisfação do direito fundamental a um processo em razoável duração. Tendo a Constituição de 1988, elevado à categoria de direito fundamental, a inafastabilidade da prestação jurisdicional, pode se conceber que a política pública judiciária de submeter os conflitos a meios adequados afasta o jurisdicionado da garantia, ou está a, de modo proporcional, a dar eficiência ao resultado destes mecanismos (ALEXY, 2007, p. 295).

Assim, o leitor poderá deduzir se o acesso à prestação jurisdicional ou a submissão aos métodos de composição irá atestar o resultado prático pretendido, se, ao fazer esta reflexão, dissociar dois aspectos, o primeiro diz respeito a falsa idéia de supremacia de modos de decidir e, num segundo momento, considerar o agir consciente do indivíduo no curso do processo judicial. Neste sentido, ao se introduzir o conflito no campo judiciário, caberá verificar se há otimização dos resultados possíveis uma vez que o tratamento das lides podem não corresponder a proposta da codificação, o que nos remete as reflexões de Alexy (2007, p. 101) acerca da análise dos princípios, na máxima medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas.

Como referencial ao problema da prestação jurisdicional eficaz numa sociedade eminentemente de cultura de massa, é necessário apresentar a posição de Vicente de Paulo Barreto (2005, p.156), que sincroniza a morosidade do Poder Judiciário como uma questão de responsabilidade do poder público, em detrimento de uma diferença socioeconômica, com a conscientização dos indivíduos sobre seus direitos.

(...) constata-se o crescimento dos movimentos de conscientização cívica da sociedade em todo o planeta, que se organizam em torno de temas recorrentes, como a questão da responsabilidade do Estado e do administrador público, da transparência no exercício da função pública, de critérios éticos mais rígidos e fonte de legislações reguladoras do exercício dos mandatos, da solidariedade face às diferenças socioeconômicas.

Neste viés, é oportuno avançar que a morosidade do Poder Judiciário é causa de afastamento dos indivíduos da perquirição dos seus direitos fundamentais violados, sendo também causa de discriminação por parte do poder público a quem não possui condições sociais, econômicas e culturais para buscar uma solução privada, a exemplo da arbitragem. Isto é, existe a necessidade de se nivelar tais diferenças como objetivo hodierno da organização burocrática, com fim a satisfazer as demandas da máquina administrativa do Estado. Instituída como meio de responder ao moderno conceito de democracia de massa, característica da burocracia que procura uma igualdade perante a lei, faz parte da estrutura social vinculada às funções e deveres administrativos, não fazendo com que se mantenham os privilégios inerentes aos seus portadores (WEBER, 2013, p. 157).

Cumpra formular aqui a hipótese de serem os mecanismos alternativos um meio desigual para o fim adequado e exigível para o conflito, em paráfrase a Canotilho (2002, p. 1280) quando põe em análise a existência de legitimidade para esta forma de tratamento diferenciado e que a mediação é um meio adequado e necessário para se atingir a finalidade de composição de conflitos numa medida proporcional ao que se busca obter na prestação jurisdicional. Para buscar meios de responder a estas formulações é preciso conhecer estes mecanismos de concretização de direitos.

3. MECANISMOS ALTERNATIVOS COMO PARCELA DE CIDADANIA

É importante iniciar estas considerações pautando a atual posição do homem na sociedade, que se vê inserido numa cultura massificada, diante de pluralidade de fatos sociais de natureza complexa e ainda assim, repletos de informações, contratos e relações jurídicas ainda não regradas, ou de alta dificuldade para composição ante a relação organizada (BASTOS, 2012, p. 174). Este indivíduo possui ao seu alcance um manancial de direitos e garantias processuais que são considerados parte integrante do conceito de cidadania, orientado numa visão mais amplificada. O jurisdicionado tem, do ponto de vista protecionista, como meta atingir sua pretensão, que cabe ao Estado lhe conferir os meios para que ele possa alcançar o seu direito ao acesso à Justiça, sem considerar que ao lhe apresentar outros métodos para negociar, ele ainda valoriza a juridicidade da decisão, como sendo uma cultura de sentença, uma vez que a referência de correção só será feita quando houver a interferência do Poder Judiciário. É a partir desta carga de litigiosidade excessiva que, hipoteticamente, se vê os meios alternativos de solução de conflitos como uma "Justiça de segunda classe". No entanto o fim último é resolver o conflito, sendo a decisão judicial a estrita limitação da autonomia de alguém (SIMON, 2001, p. 45). No entanto, existem valores mais elevados do que aqueles consignados na norma, valores que estão para além da interpretação estrita do instrumento legal, a intenção do legislador, este julgamento por equidade, já descrito por Fabio Konder Comparato (2006, p. 488) está em voga desde os ideais de Roma, está a serviço de um só propósito: conciliar o seu próprio interesse com o interesse universal.

A pretensão não é a apresentação de um resultado qualquer, que favoreça a uma parte ou a parte contrária, daí considerar que a aplicação dos mecanismos alternativos confere uma resposta social para os conflitantes e demanda tempo, o que implica num ponto desfavorável caso pretendesse assumir que os mecanismos são pílulas de imediatismo para redução de acervo processual, posição assumida

pelos autores que encontra respaldo em Humberto Dalla Bernardina de Pinho que assegura a mediação é um trabalho artesanal (2005, p. 112). Em linha oposta ao que se pretende com a redução da taxa de congestionamento, é que a qualidade do resultado atingido numa composição alternativa de conflitos é que produz o diferencial, segundo Moraes e Spengler (2012, p.16)

Com a expectativa de encontrar respostas melhores aos conflitos, o objetivo principal da instituição da política pública ora em comento é a participação dos conflitantes na busca de um resultado que satisfaça seu interesses, preservando o relacionamento prévio e os laços por ventura existentes entre eles. Nesse sentido, "a redução do volume de serviços do Judiciário é mera consequência desse importante resultado social."

Consequentemente, a mediação e a conciliação não podem ser vistas apenas como meios de gerar celeridade processual. Essa poderá ser uma das suas consequências, mas sua função primordial é dar autonomia aos conflitantes para decidir seus conflitos responsabilizando-os por suas escolhas. Em se tratando de "desafogar o judiciário" talvez o principal ganho a partir da conciliação/mediação seja a prevenção de novos conflitos que se dará pelo tratamento adequado do litígio atual evitando que este retorne ao Judiciário ou à Central de Mediação na forma de um novo conflito.

A perspectiva de um método de solução do processo, através de opções mais céleres, é fruto do resultado do Projeto de Florença, feito no final da década de 1970, por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, ao diagnosticar grandes entraves ao acesso à justiça, visto que os processos se encontravam embaraçados prejudicando a entrega da solução final. Em três vias distintas percebeu-se que a prestação jurisdicional teria aplicação mais eficaz e plena se fosse resolvida por tratamento adequado a lide; por interesses coletivos e possibilitando ao maior numero de pessoas hipossuficientes poder estar em juízo. Este artigo tratará especificadamente daqueles inseridos no Código de Processo Civil. A mediação deve ser observada no sentido de conferir eficácia e celeridade na medida em que atinge o principal ponto da grande maioria dos litígios, ou é mais cômoda a ideia de que é mais fácil elaborar uma sentença do que pacificar os litigantes (WATANABE, 2005, p. 687).

O questionamento que se formula é pautado a partir da possibilidade de aplicação destes métodos no âmbito do poder judiciário, uma vez que o legislador inseriu na esfera do processo civil, conforme parágrafo 3º artigo 3º da Lei Federal 13.105, de 16 de março de 2015, irá superar as suas limitações estruturais com a incorporação dos métodos ao processo e dar conta dos problemas decorrentes da excessividade de ações que estrangulam a eficácia do serviço público de prestação jurisdicional. Paulo Cesar Pinheiro Carneiro (Wambier T., 2015, p. 65) analisa a mediação sob o ponto de vista da quantidade de processos comparada com o tempo de duração dos processos:

Não é necessário nenhum esforço para concluir ser impossível ao Judiciário prestar adequadamente a jurisdição diante deste cenário, o qual se acentua a cada ano.

Eis a razão pela qual – dentre as várias propostas para o enfrentamento desta situação – a solução consensual dos conflitos mereceu especial atenção do novel legislador, a ponto de constar referida alternativa no capítulo das “Normas Fundamentais do Processo”.

Passa a ser uma obrigação, e um a prioridade do Estado no exercício da função jurisdicional, sempre que possível, empregar todos os meios necessários para o alcance das finalidades salientadas. Além disto, o legislador, ainda no capítulo das “Normas Fundamentais”, orienta os principais protagonistas do processo, juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, a estimular a solução consensual através da conciliação e da mediação.

Não obstante a posição do referido autor, cabe avaliar se a mediação se propõe a ser um instrumento a solucionar de forma célere o acervo de processos em tramite nos tribunais de justiça. Para esta análise, busca no conceito formulado por Humberto Dalla Bernardino de Pinho (2012, p. 883), para mediação *“como o processo por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial que irá contribuir na busca pela solução do conflito”*. Daí, observar que tais meios são como canais de comunicação e põem uma marca democrática no Código de Processo Civil ao inseri-los na seara processual (MARINONI, 2015, p.97). Deve-se, então, considerar que são formulas céleres de entrega de resultados práticos como gargalos para o redirecionamento do acervo processual, mesmo que, do ponto de vista dos envolvidos no conflito, não seja uma decisão lavrada por um juiz.

A cultura do povo brasileiro, no que se refere aos conflitos sociais que deve ser resolvidos tanto por uma prestação jurisdicional, quanto aquelas alcançadas por uma decisão das partes autônomas, deve ser repensadas para que haja sob o ponto de vista de resolver a lide, o comprometimento dos envolvidos, colaboração na prática dos atos, para que se tornem efetivas. Deve o Estado, para tanto, fomentar a autonomia participativa, atuando na construção de consensos, o conflito se instalou e quando há união de esforços e anseios, já que ao ser responsável pelo resultado da condução e administração do processo, o homem torna-se menos infantilizado perante o Estado já que o resultado partiu dele e não um juiz dizendo o que ele deve fazer ou deixar de fazer.

Conscientizar faz parte do amadurecimento do cidadão que não procurara o Poder Judiciário para resolver brigas de vizinhos ou outras mazelas que são de menor potencial lesivo. Cuida assinalar, neste sedimento, que *“tudo aquilo que puder ser feito pela própria sociedade deve ser feito por ela, quando ela não puder fazer, o Estado interfere, mas não se trata de um Estado mínimo ou máximo, mas sim do Estado necessário”* (MONTORO, 2002). No momento que o indivíduo atua diretamente no conflito, ele passa a perceber quais são seus reais interesses, relembando que o pronunciamento judicial não tem a capacidade de tratar o conflito

na sua origem. Ser democraticamente participativo também é ter a capacidade de se expressar, ativamente, atuando na administração dos conflitos em que está envolvido, tal como permitir que o litígio não seja encarado como algo destrutivo, uma arena de combate, mas sim um campo de amadurecimento, emancipação e cidadania ativa.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República preconiza o esforço comum entre Estado e sociedade civil na solução dos conflitos decorrentes das relações sociais, mantendo assim uma intersecção entre a jurisdição exercida através do Poder Judiciário e a adoção de mecanismos alternativos para a obtenção da pacificação de celeumas. Este pensar no homem inserido na Constituição se confere por igualdade de tratamento a pessoa jurídica que recebe o tratamento em idêntico quilate. Se, cabe ao Estado dizer o Direito às pessoas físicas ou jurídicas, também lhe compete buscar métodos de sua efetivação sem desconstruir a garantia constitucional de obter uma prestação jurisdicional quando seu direito for lesado ou sofrer ameaça. É fato que a Constituição da República não se trata de um somatório de normas postas em vigência ao dispor do Estado, tendo por finalidade compreender as necessidades decorrentes da regulamentação das práticas modernas e globalizadas, sendo cabível fixar a ponderação dos direitos fundamentais amalgamados na Carta sem deixar de atender ao mínimo existencial de que cada indivíduo resguardado efetivamente necessita e busca.

É através de uma prestação jurisdicional capaz de atender às necessidades do indivíduo, garantindo o acesso democrático às políticas públicas em estado de igualdade, que torna possível o acesso ao Poder Judiciário para uma singular parcela do que realmente significa o acesso à Justiça. O engessamento desta estrutura com planejamento organizacional burocratizado pode gerar para a maior parcela da comunidade para que não recaia o descrédito na sua atuação, fez com que houvesse um prolongamento excessivo na entrega da prestação final. A partir das ondas renovatórias do Projeto de Florença, pode-se pensar em formas que atingissem o resultado prático pretendido sem enfrentar a jornada de um processo civil clássico, dentre as quais alternativas à jurisdição.

O presente artigo ocupou-se da análise das políticas públicas judiciárias de inserção dos mecanismos alternativos de solução dos conflitos no campo judiciário como uma opção a conceder ao litígio uma resposta em tempo eficaz, porém como a matriz dos institutos da mediação e da conciliação, alicerçados pela pesquisa de Cappelletti e Garth não os coloca na seara do processo, como foi planejado pelo Conselho Nacional de Justiça e regulamentado pelo Código de Processo Civil. Cabe avaliar ainda se, à luz dos princípios da colaboração e da autonomia das partes, são capazes de inferir na efetividade da participação democrática, bem como analisar a garantia da celeridade e da eficácia, no âmbito dos processos judiciais, bem como nos mecanismos alternados, cujo recorte se funda na solução consensual de litígios como método de pacificação social. Desta forma, implicou analisar seu papel colaborativo na redução da taxa de congestionamento dos tribunais brasileiros, uma vez que a sociedade está inclinada a aceitar como satisfação para ambas as partes envolvidas, que é mais eficaz uma sentença judicial do que a acomodação de quem é parte direta do conflito.

A sociedade massificada reclama ampliações democráticas como a introdução de estruturas atinentes a prestação de políticas públicas alternativa a taxa de congestionamento dos processos no Poder Judiciário brasileiro, que, como campo de solução de conflitos, deve estar sensível às convergências entre os Poderes e a realização da paz social num patamar mais dialogal do que belicista. Implica afirmar que as condutas anteriormente regulamentadoras da dinâmica processual não mais são compatíveis com o ideário da participação democrática do indivíduo, seja pelas inúmeras garantias constitucionais, trazendo um equilíbrio para todos os envolvidos no litígio; seja pela necessidade de assegurar cidadãos mais participativos. Tais alterações devem ser realizadas não só no âmbito das academias que formam os operadores do Direito, mas também culturalmente a toda sociedade.

Também deve-se por a crítica se a taxa de congestionamento não será diminuída com a inserção dos mecanismos no campo judiciário por não conterem os componentes necessários a suprimir o quantitativo de demandas em curso. Uma vez que a celeuma que retém o curso dos processos judiciais não está adstrita ao campo gravitacional dos mecanismos alternativos. Numa reflexão mais densa, é possível considerar que a taxa de congestionamento do Poder Judiciário brasileiro encontra pulverizada no âmbito das fases processuais, que são aditivadas pelas dificuldades de recursos humanos, limitações na estrutura dos cartórios e também não menos importante, no aspecto cultural dos jurisdicionados.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Ponderação, Jurisdição constitucional e representação popular.** In SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. (Coord) A Constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2007, p. 295-304.
- BARRETTO, Vicente de Paulo (Org). **Dicionário de Filosofia do Direito.** Rio de Janeiro: Renovar. 2006.
- _____. **Para além dos direitos fundamentais.** In KLEVENHUSEN, Renata Braga (Coord.). Direitos fundamentais e novos direitos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 147-174.
- BASTOS, Aurélio Wander. **Sociologia do Judiciário.** Estudo sobre os conflitos sociais e limites do Poder Judiciário. 2ª. edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 ago 2015.
- BRASILIA. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 125 de 29 de novembro de 2010.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>. Acesso em 29 de junho de 2015.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 5ª. edição. Coimbra, Portugal: 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- COMPARATO. Fabio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno.** São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- FREIRE JUNIOR, AMÉRICO Bede. **O controle judicial de Políticas Públicas.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

- HABENHORST, Eduardo Ramalho. **Justiça**. BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro/RJ: Renovar, 2006. PP. 493-495
- KANT, Immanuel. **Introdução ao estudo do direito: doutrina do direito**. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. (série Clássicos Edipro) Bauru, SP: EDIPRO, 2007.
- LESSA, Guilherme Thofehrn. **Ausência de colaboração e evidência do direito**. Revista de Processo. Vol. 246. ano 40. p. 147-169. São Paulo: Ed. RT, ago. 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MEDINA, José Miguel. **Direito processual civil moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MONTORO, André Franco. **Federalismo e o fortalecimento do poder local no Brasil e na Alemanha**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2002.
- MORAIS, José Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativa à mediação!** 3 ed. Revista e atualizada com o Projeto de Lei do novo CPC brasileiro (PL 166/2010), Resolução 125/2010 CNJ. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- NERY Junior, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 16ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- NUNES, Claudio Pedrosa. **A conceituação de justiça em Tomás de Aquino: um estudo dogmático e axiológico**. Curitiba: Juruá, 2013.
- PASSOS, J. J. Calmon de. Cidadania tutelada. In FERREIRA, Luiz Alexandre (et al.). **Hermenêutica, cidadania e direito**. Campinas, SP: Millennium Editora, 2005.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**. 4ª. Edição. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2012
- _____. **Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos**. In PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. (Coord) Acesso à Justiça e efetividade do processo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 105-124.
- _____. **Direito processual civil contemporâneo: teoria Geral do processo**. 6ª edição. volume 1. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5ª Ed, rev. atual.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3ª. edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 258.
- SIMON, William H. **A prática da justiça: uma teoria da ética dos advogados**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. Vol. 1. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 15ª. edição, revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.], coordenadores. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- WATANABE, Kazuo. **Cultura da sentença e cultura da pacificação.** In YARSHEKK, Flavio Luiz. MORAES, Mauricio Zanoide. (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover.* São Paulo, DPZ Editora, 2005, p. 684-690.
- WEBER, Max. **Ensaio de sociologia.** Organização e introdução H.H. Gerth e C.Wright Mills; tradução Waltensir Dutra. 5ª edição reimpressa. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

O reconhecimento da fundamentalidade do direito à alimentação à luz de Amartya Sen: uma reflexão à luz da realidade brasileira

Tauã Lima Verdan Rangel⁶³⁷

Universidade Federal Fluminense

Durcelania da Silva Soares⁶³⁸

Centro Universitário Salesiano São Paulo

Luciane Mara Correa Gomes⁶³⁹

Centro Universitário Augusto Motta

1 INTRODUÇÃO

É fato que o Texto Constitucional de 1988 consagrou um amplo catálogo de direitos fundamentais, vinculando-os diretamente ao ideário de concretização da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, o Estado Brasileiro deve atuar com o escopo primordial de promover a efetivação do sobredito catálogo, removendo os entraves e os empecilhos que dificultam sua implementação. Assim, a Constituição Federal materializa um documento amplo, que estabelece uma série de políticas públicas no seio da sociedade, no campo da saúde, da previdência social, da educação, da cultura, do urbanismo, dentre outros, orientadas para a concretização da igualdade material. Nesta linha, dentre os mais recentes direitos fundamentais incluídos na redação da Carta de 1988 está o direito à alimentação adequada, expressamente incluso no rol dos direitos sociais, por meio da Emenda Constitucional nº 64, de 4 de fevereiro de 2010, responsável por alargar o rol do artigo 6º.

Contudo, subsiste o questionamento sobre qual o nível de responsabilidade estatal para a efetivação dos direitos fundamentais, que compreende desde a prestação direta pelos entes federados até a regulamentação da esfera privada e a criação de estruturas próprias de incentivo para a sociedade civil. Neste passo, a Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional introduziu, na realidade jurídico-administrativa brasileira, uma realidade nova, afixando uma rede em prol da efetivação do direito à alimentação adequada, estabelecendo uma série de responsabilidade para as distintas esferas dos Entes

637 Bolsista CAPES. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo. Professor na Faculdade Metropolitana São Carlos – Bom Jesus do Itabapoana e na Multivix – Unidade Cachoeiro de Itapemirim-ES. Endereço Eletrônico: taua_verdan2@hotmail.com. Acesso currículo Plataforma Lattes <http://lattes.cnpq.br/8802878793841195>.

638 Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Salesiano São Paulo. Especialista Lato Sensu em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Bacharel em Direito pela Universidade Iguazu. Endereço eletrônico: durcelania@hotmail.com; link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1543810316645867>

639 Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá. Bacharel em Ciências Jurídicas e Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professora no Centro Universitário Augusto Motta. Membro do Colégio de Professores da Academia Brasileira de Direito Constitucional. E-mail: lucianemara@uol.com.br; link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7142619530244859>

Estatais em prol de sua concretização, reafirmando, como dito acima, tal direito como elemento integrante e indissociável da dignidade da pessoa humana, conforme expressa alusão do artigo 2º da Lei nº 11.346/2006.

A partir de tal cenário, o escopo do presente artigo está assentado em promover uma análise de tal direito a partir da ótica de Amartya Sen, notadamente no que toca à igualdade de capacidades e a pobreza como privação de capacidade, e sua contribuição ao fixar princípios que orientam para a atuação estatal, assegurando que todos possam garantir direitos fundamentais. É importante assinalar que o autor eleito compõe o eixo teórico nominado “liberalismo igualitário”, postulante de argumentos e princípios destinados à orientação da ação política, além de justificar determinadas instituições políticas, sociais e econômicas. O termo “liberalismo” não se confunde com a perspectiva moderna de liberdade sem limites e igualdade formal. Ao contrário, no cenário proposto, há uma clara aproximação da acepção de liberdade com restrição e igualdade material, conquanto a questão se apresente mais robusta e complexa do que essa singela apresentação. Empregou-se uma abordagem de natureza teórica e, como procedimento metodológico, de pesquisa bibliográfica, documental e descritiva.

2 AMARTYA SEN E A ANÁLISE DA POBREZA COMO PRIVAÇÃO DE CAPACIDADE

A pobreza, na perspectiva proposta por Amartya Sen (2000, *passim*), pode ser descrita como uma privação das capacidades básicas de um indivíduo e não apenas como uma renda inferior a um patamar pré-estabelecido. Hirai (2011, p. 51), ao discorrer sobre a perspectiva apresentada por Amartya Sen, explicita que para ele os níveis mais baixos de renda *per capita*, por si só, não é suficiente para dimensionar a natureza e o teor das privações verificadas em determinadas regiões do globo, bem como de sua pobreza comparada, a exemplo do sul da Ásia e a África subsaariana. Por “capacidades” serão entendidas as combinações alternativas de funcionamentos de possível realização, logo, “a capacidade é um tipo de liberdade: a liberdade substantiva de realizar combinações alternativas de funcionamentos ou a liberdade para ter estilos de vida diversos” (CRESPO; GUROVITZ, 2012, p. 05). Exemplificativamente, uma pessoa abastada que faz jejum por sua livre e espontânea vontade pode ter a mesma realização de funcionamento que uma pessoa pobre forçada a passar fome extrema. Entretanto, consoante explicita Sen (2000, *passim*), a primeira possui um “conjunto capacitário” distinto daquele apresentado pela segunda pessoa, já que aquele pode escolher comer bem e ser bem nutrida de um modo impossível para essa.

Neste passo, os funcionamentos são definidos como o que o indivíduo pode ter ou fazer, isto é, os funcionamentos podem variar dos elementares, como ser adequadamente nutrido e livre de doenças estáveis, a atividades ou estados pessoais muito complexos, como, por exemplo, ter a faculdade de participar da vida em comunidade e ter respeito próprio. “Assim, a privação de capacidades elementares pode refletir-se em morte prematura, subnutrição considerável (especialmente de crianças), morbidez persistente, analfabetismo e outras deficiências”, como observam Crespo e Gurovitz (2012, p. 05). Ao lado disso, a pobreza deve ser analisada como privação de capacidades, abandonando-se o critério tradicional que está baseado na renda, ainda que não seja possível negar que a baixa renda é uma das principais causas da pobreza. Dessa maneira, a definição não suprime o fato de a pobreza também ser caracterizada como uma renda inferior a um patamar pré-afixado, posto que uma renda baixa possa ser a primeira razão da privação de capacidades de uma pessoa. Entretanto, como aponta Wanda Griep Hirai, “existem outras influências particularmente importantes, tais como a ação pública destinada a

reduzir a pobreza e a desigualdade de forma mais pontual: com a elaboração prática de políticas” (2011, p. 51).

O liame entre renda e capacidade é demasiadamente afetado pela idade da pessoa (necessidades específicas dos idosos e muito jovens), pelos papéis sexuais e sociais, pela localização, pelas condições epidemiológicas e por outras variações sobre as quais uma pessoa pode não ter controle ou ter um controle apenas limitado. “Desvantagens como idade, incapacidade ou doença, reduzem o potencial do indivíduo para auferir renda. Além disso, também tornam mais difícil converter renda em capacidade, já que uma pessoa mais velha, mais incapacitada ou mais gravemente enferma pode necessitar de mais renda” (CRESPO; GUROVITZ, 2012, p. 06). Sobre o tema, ainda, Sen ilustra a questão da desigualdade de gênero, apontando as questões culturais sobre o papel desempenhado pela mulher, ilustrando tal questão com as seguintes ponderações:

O enfoque da avaliação baseada na utilidade é particularmente limitador nesse contexto, pois as desigualdades, em especial na família, são muitas vezes tornadas "aceitáveis" por certas noções sociais a respeito de arranjos "normais", e isso pode afetar a percepção tanto de homens quanto de mulheres com respeito aos níveis comparativos de bem-estar de que desfrutam. No contexto de alguns países em desenvolvimento, como a Índia, por exemplo, observou-se que mulheres do meio rural podem não ter uma percepção clara de estarem desprovidas de bens de que os homens dispõem, e podem não ser mais infelizes que os homens. Isso pode ou não ser verdade, mas mesmo que for verdade pode-se argumentar que a métrica mental da utilidade pode ser particularmente inadequada para a avaliação da desigualdade nesse contexto. A presença de carências objetivas, sob a forma de maior desnutrição, enfermidades mais frequentes, maior analfabetismo, etc, não podem ser tidos por irrelevantes com base na aceitação silenciosa e resignada, por parte das mulheres, da sua situação de carência (SEN, 1993, s.p.).

Dessa maneira, ao dispensar uma análise sobre regiões específicas de pobreza da Índia e da África Subsaariana, foi possível uma comparação entre os níveis de mortalidade infantil e alfabetização de adultos, utilizando, para tanto, três características para o enfoque da privação das capacidades básicas: a morte prematura, a subnutrição e o analfabetismo (HIRAI, 2011, p. 52). Assim, a pobreza real, no que se refere à privação de capacidades, pode ser mais intensa do que possa parecer no espaço da renda. Sen (2000), inclusive, nomeia de *pobreza real* aquilo que se torna extremamente importante em programas de ação pública de assistência para grupos com dificuldades de conversão adicionadas à baixa renda. “O que a perspectiva da capacidade faz na análise da pobreza é melhorar o entendimento da natureza e das causas da pobreza e privação desviando a atenção principal dos meios (renda) para os fins que as pessoas têm razão para buscar” (CRESPO; GUROVITZ, 2002, p. 06) e para as liberdades de poder alcançar tais fins.

Hirai aduz, ainda, que “atualmente as formas de desumanização provocadas pela extrema pobreza perpassam vários espaços e se expressam nas consequências de um sistema de economia onde o mercado determina o modelo de desenvolvimento” (2011, p. 52), sendo impossível a participação de todos os seres humanos. Aparece, em tal cenário, a pobreza antropológica, ou seja, são criados mecanismos que produzem a degradação do

ser humano como pessoa. Neste passo, ambas as perspectivas propostas por Amartya Sen (2000), a acepção da pobreza como inadequação de capacidade e a noção de pobreza como baixo nível de renda, estão vinculadas, já que a renda é um meio essencial na obtenção de capacidade. Assim, quanto mais capacidades, maior o potencial produtivo de uma pessoa e, por conseguinte, maior a chance de se alcançar uma renda mais elevada. A relação identificada, portanto, é preponderante na eliminação da pobreza de renda, porquanto, com uma educação básica e serviços de saúde melhores, há um aumento no potencial do indivíduo de auferir renda e de, dessa maneira, livrar-se da pobreza pela renda.

Crespo e Gurovitz (2012, p. 06) afirmam, ainda, que é importante explicitar que a redução da pobreza de renda não pode ser o único objetivo de políticas de combate à pobreza, porquanto é temeroso ver essa consoante a perspectiva limitada de privação de renda, justificando, a partir de tal ótica, investimentos em educação, serviços de saúde etc., com o argumento de que são necessários meios para a redução da pobreza. Tal perspectiva seria confundir os fins com os meios, sendo que a pobreza deve ser compreendida como a privação da vida que as pessoas realmente podem levar e das liberdades que elas realmente têm. O alargamento das capacidades humanas enquadra-se justamente nesse ponto, pois não se pode esquecer que o aumento das capacidades humanas tende a caminhar junto com expansão das produtividades e do poder de auferir renda. Há que se reconhecer que um aumento de capacidades auxilia direta e indiretamente ao enriquecimento da vida humana, tornando-a as privações humanas mais raras e menos crônicas. Por fim, as relações instrumentais, por mais importantes que sejam, não podem substituir a necessidade de uma compreensão básica da natureza e das características da pobreza.

3 O DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA (DHAA) ALÇADO AO STATUS DE DIREITO FUNDAMENTAL

É fato que alimentação e nutrição são requisitos básicos para a promoção e a proteção da saúde, viabilizando a afirmação plena do potencial de crescimento e desenvolvimento humano, com qualidade de vida e cidadania, tal como estruturação de condições sociais mais próximas das ideais. Podestá (2011, p. 27-28) destaca que a locução *segurança alimentar*, durante o período da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), passou a ser empregado na Europa, estando associado estritamente com o de segurança nacional e a capacidade de cada país de produzir seu próprio alimento, de maneira a não ficar vulnerável a possíveis embargos, boicotes ou cercos, em decorrência de políticas ou atuações militares. Contudo, posteriormente à Segunda Guerra Mundial (1939-1945), sobretudo com a constituição da Organização das Nações Unidas (ONU), o conceito da locução supramencionada passa a se fortalecer, porquanto compreendeu.

Assim, nas recém-criadas organizações intergovernamentais, era possível observar as primeiras tensões políticas entre os organismos que concebiam o acesso ao alimento de qualidade como um direito humano, a exemplo da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura (FAO), e alguns que compreendiam que a segurança alimentar seria assegurada por mecanismos de mercado, tal como se verificou no Fundo Monetário Internacional (FMI) e no Banco Mundial. Após o período supramencionado, “a segurança alimentar foi hegemonicamente tratada como uma questão de insuficiente disponibilidade de alimentos” (2011, p. 28). Passam, então, a ser instituídas iniciativas de promoção de assistência alimentar, que foram estabelecidas em especial, com fundamento nos excedentes de produção dos países ricos.

Havia, portanto, o entendimento de que a insegurança alimentar decorria da produção insuficiente de alimentos nos países pobres. Todavia, nas últimas décadas, a concepção conceitual de segurança alimentar que, anteriormente, estava restrita ao abastecimento, na quantidade apropriada, foi ampliada, passando a incorporar, também, o acesso universal aos alimentos, o aspecto nutricional e, por conseguinte, as questões concernentes à composição, à qualidade e ao aproveitamento biológico. Em uma perspectiva individual e na escala coletiva, sobreditos atributos estão, de maneira expressa, consignados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, os quais foram, posteriormente reafirmados no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos e Sociais e incorporados à legislação nacional em 1992. Historicamente, a inter-relação entre a segurança alimentar e nutricional e o direito humano à alimentação adequada (DHAA) começa a ser delineada a partir do entendimento existente acerca dos direitos humanos na Declaração Universal de 1948.

Durante aludido período histórico, a principal preocupação acerca do tema voltava-se para a ênfase acerca da aceção de que os seres humanos, na condição de indivíduos pertencentes a uma sociedade, eram detentores de direitos que deveriam ser reconhecidos e expressos nas dimensões das quais faziam parte, como alude Albuquerque (2009, p. 896). Para tanto, contribuiu para inserir a proposta de que, a efetivação dos direitos, seria imprescindível a inclusão das questões sociais, econômicas, civis e políticas, as quais foram essenciais para identificá-los como direitos atrelados às liberdades fundamentais e à dignidade humana. Sobre a questão evolucionista acerca de a segurança alimentar, Podestá explícita, oportunamente, que:

A partir da Conferência Mundial de Alimentação de 1974, o tema passou a ser associado a uma política de criação e manutenção de estoques nacionais, com ênfase em uma visão produtivista. Ainda assim, esse evento significou um importante marco histórico, provocando um alerta sobre a crise alimentar, em especial sobre o problema da fome. No fim da década de 1970, com a recuperação da produção mundial de alimentos, verificou-se que a disponibilidade de alimentos, isoladamente, não era suficiente para resolver os problemas de fome, pobreza e má nutrição, sendo necessário considerar aspectos relativos à sua distribuição (PODESTÁ, 2011, p. 32).

Convém pontuar, ainda, que, em um cenário internacional, apenas em 1996, durante a realização da Cúpula Mundial de Alimentação, em Roma, que chefes de estados e governos, empenharam a sua vontade política e asseveraram, de maneira clara, sobre o direito a uma alimentação adequada e o direito fundamental de todos a não sofrer a fome (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1996). Oportunamente, o documento ora mencionado reconheceu que a problemática da fome e da insegurança alimentar possui uma dimensão global e são questões que tendem a persistir e aumentar dramaticamente em algumas regiões, a não ser que medidas urgentes sejam tomadas, notadamente em decorrência do crescimento populacional e a pressão existente sobre os recursos naturais. Estruturou-se, ainda, o ideário de que a pobreza é a maior causa de insegurança alimentar, logo, apenas um desenvolvimento sustentável seria capaz de promover sua erradicação, melhorando, por consequência, o acesso aos alimentos. Albuquerque, sobre a proeminência da Cúpula de Roma, expõe que:

Tal indicação culminou em um Plano de Ação que apontava sete compromissos, dentre os quais, os de assegurar um ambiente político, social e econômico para viabilizar melhores condições para a erradicação da pobreza e a implementação de políticas voltadas à erradicação da pobreza e da desigualdade e para a promoção da segurança alimentar e sustentável para todos (ALBUQUERQUE, 2009, p. 896).

A partir de tais ponderações, é possível frisar que a concretização dos direitos humanos, sobretudo o direito humano à alimentação adequada (DHAA), abarca responsabilidade por parte tanto do Estado quanto da sociedade e dos indivíduos. Assim, nas três últimas décadas, denota-se que a segurança alimentar e nutricional passou a ser considerada como requisito fundamental para afirmação plena do potencial de desenvolvimento físico, mental e social de todo o ser humano, superando a tradicional concepção que alimentação é o mero ato de ingerir alimentos. A Cúpula de Roma de 1996 estabeleceu, em órbita internacional, que existe segurança alimentar quando as pessoas têm, a todo o momento, acesso físico e econômico a alimentos seguros, nutritivos e suficientes para satisfazer as suas necessidades dietéticas e preferências alimentares, com o objetivo de levarem uma vida ativa e sã. "Ao Estado cabe respeitar, proteger e facilitar a ação de indivíduos e comunidades em busca da capacidade de alimentar-se de forma digna, colaborando para que todos possam ter uma vida saudável, ativa, participativa e de qualidade", de acordo com Podestá (2011, p. 26).

Dessa maneira, nas situações em que seja inviabilizado ao indivíduo o acesso a condições adequadas de alimentação e nutrição, tal como ocorre em desastres naturais (enchentes, secas, etc.) ou em circunstâncias estruturais de penúria, incumbe ao Estado, sempre que possível, em parceria com a sociedade civil, assegurar ao indivíduo a concretização desse direito, o qual é considerado fundamental à sua sobrevivência. A atuação do Estado, em tais situações, deve estar atrelada a medidas que objetivem prover as condições para que indivíduos, familiares e comunidade logrem êxito em se recuperar, dentro do mais breve íterim, a capacidade de produzir e adquirir sua própria alimentação. "Os riscos nutricionais, de diferentes categorias e magnitudes, permeiam todo o ciclo da vida humana, desde a concepção até a senectude, assumindo diversas configurações epidemiológicas em função do processo saúde/doença de cada população" (BRASIL, 2008, p. 11). Wanda Griep Hirai (2011, p. 24) aponta que os elementos integrativos da concepção de segurança alimentar e nutricional foram sofrendo um processo de ampliação, passando, em razão da contemporânea visão, a extrapolar o entendimento ordinário de alimentação como simples forma de reposição energética. Convém, oportunamente, destacar que, no território nacional, o novo conceito de segurança alimentar foi consolidado na I Conferência Nacional de Segurança Alimentar, em 1994.

Assim, no conjunto dos componentes de uma política nacional, voltada para a segurança alimentar e nutricional, estão o crédito agrícola, inclusive o incentivo ao pequeno agricultor; a avaliação e a adoção de tecnologias agrícolas e industriais; os estoques estratégicos; o cooperativismo; a importação, o acesso, a distribuição, a conservação e o armazenamento de alimentos, o manejo sustentado dos recursos naturais, entre outros (BRASIL, 2011, p. 08).

No cenário nacional, as ações voltadas a garantir a segurança alimentar dão em consequência ao direito à alimentação e nutrição, ultrapassando, portanto, o setor de

Saúde e recebe o contorno intersectorial, sobretudo no que se refere à produção e ao consumo, o qual compreende, imprescindivelmente, a capacidade aquisitiva da população e a escolha dos alimentos que devem ser consumidos, inclusive no que tange aos fatores culturais que interferem em tal seleção. Em tal cenário, verifica-se que o aspecto conceitual de Segurança Alimentar e Nutricional (SAN), justamente, materializa e efetiva o direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade satisfatória, de modo a não comprometer o acesso a outras necessidades essenciais da dignidade da pessoa humana. “Nunca é demais lembrar que o direito humano à alimentação adequada tem por pano de fundo as práticas alimentares promotoras de saúde, atinentes à diversidade cultural e que sejam social, econômica e ambientalmente sustentáveis” (MEDEIROS; SILVA; ARAÚJO, s.d., p. 34).

Atualmente, consoante o escólio de Hirai (2011, p. 24), as atenções se voltam para as dimensões sociais, ambientais e culturais que estão atreladas na origem dos alimentos. Ademais, a garantia permanente de segurança alimentar e nutricional a todos os cidadãos, em decorrência da amplitude e abrangência das questões que compreende, passa a reclamar diversos compromissos, tais como: políticos, sociais e culturais, objetivando assegurar a oferta e o acesso universal a alimentos de qualidade nutricional e sanitária, atentando-se, igualmente, para o controle da base genética do sistema agroalimentar. De maneira expressa, a Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006 (Lei Orgânica da Segurança Alimentar), estabeleceu, em seu artigo 2º, que

[...] a alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população (BRASIL, 2006).

Igualmente, o diploma legal supramencionado estabelece que a segurança alimentar e nutricional consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem que haja comprometimento do acesso a outras necessidades essenciais, tendo como fundamento práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis. Obtempera Ribeiro (2013, p. 38) que o direito humano à alimentação adequada não consiste simplesmente em um direito a uma ração mínima de calorias, proteínas e outros elementos nutritivos concretos, mas se trata de um direito inclusivo, porquanto deve conter todos os elementos nutritivos que uma pessoa reclama para viver uma vida saudável e ativa, tal como os meios para ter acesso.

A partir da Lei Orgânica da Segurança Alimentar (LOSAN), a segurança alimentar e nutricional passou a abranger a ampliação das condições de acesso aos alimentos por meio de produção, em especial da agricultura tradicional e familiar, do processamento, da industrialização, da comercialização, incluindo-se os acordos internacionais, do abastecimento e da distribuição dos alimentos, compreendendo a água, bem como a geração de emprego e da redistribuição de renda. De igual forma, a locução supramencionada compreende, ainda, a conservação da biodiversidade e a utilização sustentável dos recursos, bem como a promoção da saúde, da nutrição e da alimentação

da população, incluindo-se os grupos populacionais específicos e populações em situação de vulnerabilidade sociais. A LOSAN abrange, ainda, a garantia da qualidade biológica, sanitária, nutricional e tecnológica dos alimentos, bem como seu aproveitamento, estimulando práticas alimentares e estilos de vida saudáveis que respeitem a diversidade étnica e racial e cultural da população.

Está inserido, igualmente, na rubrica em análise a produção de conhecimento e o acesso à informação, bem como a implementação de políticas públicas e estratégias sustentáveis e participativas de produção, comercialização e consumo de alimentos, respeitando-se as múltiplas características culturais do País. Por derradeiro, a visão existente em torno do DHAA alcança como ápice, em sede de ordenamento jurídico interno, a Emenda Constitucional nº 64, de 4 de Fevereiro de 2010, responsável por introduzir na redação do artigo 6º, o direito fundamental em comento, incluindo-o no rol de direitos fundamentais sociais. Neste aspecto, para a consecução do DHAA, é importante explicitar que o alimento deve reunir uma tríade de aspectos característicos, a saber: disponibilidade, acessibilidade e adequação.

No que concerne à *disponibilidade do alimento*, cuida destacar que, quando requisitado por uma parte, a alimentação deve ser obtida dos recursos naturais, ou seja, mediante a produção de alimentos, o cultivo da terra e pecuária, ou por outra forma de obter alimentos, a exemplo da pesca, caça ou coleta. Além disso, o alimento deve estar disponível para comercialização em mercados e lojas. A *acessibilidade alimentar*, por seu turno, traduz-se na possibilidade de obtenção por meio do acesso econômico e físico aos alimentos. “La accesibilidad económica significa que los alimentos deben estar al alcance de las personas desde el punto de vista económico” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, s.d., p. 03)⁶⁴⁰. Ainda no que concerne à acessibilidade, as pessoas devem ser capazes de adquirir o alimento para estruturar uma dieta adequada, sem que haja comprometimento das demais necessidades básicas. Neste aspecto, ainda, a acessibilidade física materializa-se pela imperiosidade dos alimentos serem acessíveis a todos, incluindo indivíduos fisicamente vulneráveis, como crianças, enfermos, deficientes e pessoas idosas.

De igual modo, a acessibilidade do alimento estabelece que deve ser assegurado a pessoas que estão em áreas remotas e vítimas de conflitos armados ou desastres naturais, tal como a população encarcerada. Renato Sérgio Maluf, ao apresentar sua conceituação sobre segurança alimentar (SA), de maneira expressa, faz menção ao fato de que se deve considerar aquela como “condições de acesso suficiente, regular e a baixo custo a alimentos básicos de qualidade. Mais que um conjunto de políticas compensatórias, trata-se de um objetivo estratégico [...] voltado a reduzir o peso dos gastos com alimentação” (MALUF, 1999, p. 61), em sede de despesas familiares. Por derradeiro, o *alimento adequado* pressupõe que a oferta de alimentos deve atender às necessidades alimentares, considerando a idade do indivíduo, suas condições de vida, saúde, ocupação, gênero etc. “Los alimentos deben ser seguros para el consumo humano y estar libres de sustancias nocivas, como los contaminantes de los procesos industriales o agrícolas, incluidos los residuos de los plaguicidas, las hormonas o las drogas veterinarias” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, s.d., p. 04)⁶⁴¹. Ao lado disso, um alimento adequado, ainda, deve ser

⁶⁴⁰ Acessibilidade significa que os alimentos devem estar disponíveis para as pessoas do ponto de vista econômico. (tradução nossa).

⁶⁴¹ Os alimentos devem ser seguros para o consumo humano e estar livres de substâncias nocivas, como as contaminações pelos processos industriais ou agrícolas, incluídos os resíduos dos praguicidas, os hormônios e as drogas veterinárias. (tradução nossa).

culturalmente aceitável pela população que o consumirá, estando inserido em um contexto de formação do indivíduo, não contrariando os aspectos inerentes à formação daquela.

4 A UNIVERSALIZAÇÃO DO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA

A universalização do DHAA traduz-se em assegurar o respeito, a proteção, a promoção e o provimento, desse direito a todos os seres humanos, independente de sexo e orientação sexual, idade, origem étnica, cor da pele, religião, opção política, ideologia ou qualquer outra característica pessoal ou social. Acresça-se, ainda, que fartas são as evidências de que tal universalização é uma árdua tarefa que incumbe aos Estados e governos de alguns países. Ainda que existam ganhos importantes na órbita internacional, quanto à inclusão do tema na agenda social e política, e conquistas normativas e judiciais, subsiste um caminho longo a ser trilhado. "Com efeito, no mundo todo, o problema da universalização do DHAA não é apenas jurídico, mas, num sentido mais amplo, é também político, pois demanda mudanças estruturais, negociação e adoção de medidas concretas capazes de dar operacionalidade a esse direito social" (BRASIL, 2011, p. 11) nos ordenamentos jurídicos internos, o que se dá através de políticas e programas públicos voltados para a promoção e garantia da SAN.

Ao lado disso, universalizar o DHAA compreende a concretização dos princípios da indivisibilidade, da interdependência e inter-relação dos direitos humanos, perseguindo a máxima isonômica que todos são igualmente necessários para assegurar uma vida digna e encontram-se organicamente vinculados. A vinculação de um reclama a garantia do exercício dos demais, não sendo, portanto, possível falar em liberdade ou em saúde sem uma alimentação adequada, sem acesso à água e a terra. Nesse cenário, é interessante que do Estado Social materializa, segundo o entendimento de Doehring (2008, p. 361), a ideia de uma justiça específica inserida dentro do Texto Constitucional que, entretanto, deve encontrar o seu limite, em que a previsibilidade e a segurança jurídica, ou seja, a concepção do Estado de direito, no sentido formal, será alcançado.

Assim, partindo da premissa que orbita em torno da conformação do Estado Brasileiro, há que se reconhecer incumbe deveres quanto à efetividade dos direitos sociais, em especial no que toca à promoção e concretização do DHAA. Desse modo, "ao Estado, cabe prioritariamente a implementação de políticas públicas de segurança alimentar e nutricional, vez que a fome é uma questão que deve estar na agenda prioritária de atuação do poder público" (SEN, 2000, p. 28), conforme já manifestou Amartya Sen. Nesta perspectiva, até a introdução do DHAA no Texto Constitucional, havia um debate acerca da possibilidade de exigí-lo tanto na seara administrativa quanto na judiciária. Entretanto, com a introdução daquele na Constituição Cidadã, tal debate não mais subsiste, materializando, doutro ponto, obrigações do Estado e responsabilidades de diferentes atores sociais em relação à concreção e promoção plena, assegurando a todo indivíduo o acesso universal.

O Estado Brasileiro tem obrigações no que se refere à realização do DHAA em três órbitas distintas, a saber: *respeitar*, *proteger* e *garantir*. No que concerne à primeira obrigação, incumbe ao Estado zelar para a garantia da realização permanente ao DHAA, em todos os momentos, inclusive abstendo-se de tomar medidas que coloquem em risco a realização pela sua população. Em relação à segunda obrigação, "o Estado tem a obrigação de assegurar, vigiar e regular que nenhuma pessoa ou empresas causem algum tipo de privação ou insegurança à realização permanente à DHAA" (BRASIL, 2011, p. 16). Em tal situação, mesmo sendo outro sujeito que coloca em xeque a realização do DHAA, o Estado também o viola, porquanto não está cumprindo com a obrigação de proteger o acesso ao DHAA; logo, em caso de violação desse direito, o Estado deverá investigar e

sancionar os responsáveis, tal como adotar as medidas que evitem uma reiteração da violação.

A terceira obrigação do Estado está baseada na garantia dos DHAA em três dimensões distintas, a saber: *facilitar*, *promover* e *prover*. A primeira consiste na facilitação, pois incumbe ao Estado desenvolver programas e políticas que criem condições adequadas para que todos os habitantes do país consigam realizar o direito humano a alimentar-se de forma adequada e digna. A facilitação em comento, no território nacional, é observada na política agrária e agrícola, na política de emprego, na política salarial, na política de proteção social. A segunda dimensão consiste no oferecimento de educação, formação e informação necessária, fazendo com os titulares estejam conscientes dos seus direitos e saibam como reclamar a sua materialização. Igualmente, a segunda dimensão é desdobrada, ainda, na premissa que autoridades estejam conscientes das suas obrigações em relação aos DHAA.

O Estado, no que concerne à terceira dimensão, deverá prover o DHHA de pessoas, grupos e comunidades que estão em insegurança alimentar e nutricional, fome e má-nutrição, por circunstâncias que estão além de seu controle. “Nesse grupo se incluem aqueles que não têm condições de se alimentar como crianças, pessoas idosas, enfermos, pessoas com deficiência, pessoas com necessidades alimentares especiais, pessoas internadas em instituições, dentre outras” (BRASIL, 2011, p. 17). O mesmo é aplicável a grupos que se encontram em situação de emergência, de miséria e pobreza intensa. Verifica-se que a realização efetiva do DHAA inclui o direito dos titulares de exigir o cumprimento daquele. Burity *et al* (2010, p. 70) afirma que “exigibilidade é a possibilidade de exigir o respeito, a proteção, a promoção e o provimento de direitos, perante os órgãos públicos competentes (administrativos, políticos ou jurisdicionais), para prevenir as violações a esses direitos ou repará-las”. O conceito de exigibilidade compreende, além do direito de reclamar, o direito de ter uma resposta e ação em tempo oportuno para que seja possível a reparação da violação por parte do Poder Público.

Denota-se, portanto, que a exigibilidade do DHAA é um elemento imprescindível para a consolidação do SISAN e para a implementação da PNSAN. Sua existência está prevista na LOSAN por meio de alguns mecanismos, sendo que a exigibilidade do DHAA se realiza em quatro dimensões: administrativa, política, extrajudicial e judicial, quase-judicial (Ministério Público), por mecanismos da esfera política (Conselhos de Políticas Públicas) e ações administrativas. Valente (s.d., p. 06), em mesmo sentido, aponta que quando tais direitos não são promovidos ou, ainda, são, direta ou indiretamente, violados, os titulares de direitos devem ter garantido seu direito de recorrer em nível administrativo (exigibilidade administrativa), junto aos serviços públicos, e, quando insuficiente, junto a instâncias de recurso, sejam em nível administrativo (conselhos), quase-judicial (Ministério Público) ou mesmo judicial (judiciabilidade). Compete ao Estado, assim, instituir, financiar e garantir o funcionamento independente destes instrumentos e instâncias recursais.

Quanto à esfera judicial, trata-se da possibilidade de exigir direitos perante o Poder Judiciário. Nesta linha, a exigibilidade está atrelada às ideias de judiciabilidade e justiciabilidade, conquanto não se restrinja a elas. “Para diversos autores a judiciabilidade é compreendida como sinônimo de Justiciabilidade, que significa a possibilidade de efetiva aplicação dos direitos por meio de mecanismos jurídicos de exigibilidade” (BRASIL, 2011, p. 18). Entretanto, muitas organizações e movimentos de direitos humanos vêm concedendo destaque para a diferenciação entre a judicialização e justiciabilidade dos direitos humanos, na perspectiva de que o sentido de justiça pode ser compreendido de forma ampla, além do acesso ao Judiciário e da utilização de mecanismos judiciais

(Judicialização) para a reparação em âmbito concreto, via justiça, de violações dos direitos fundamentais (justiciabilidade).

Em que pesem as discussões sobre os termos supramencionados, é necessário assinalar que, no âmbito do marco legal nacional, há diversos instrumentos jurídicos que podem contribuir, diretamente, para a superação do desafio. Vários deles já em aceitos na efetivação do direito humano à saúde e, em menor grau, à educação, de forma que não existe impedimento que promovam também o DHAA. Convém destacar que não é nova a jurisprudência que determina ao Poder Executivo garantir a efetividade do DHAA. Assim, antes mesmo da consagração do DHAA no Texto Constitucional, fartos são os exemplos das decisões proferidas pelos Tribunais obrigando o Poder Público a fornecer alimentações especiais e essenciais a pessoas com determinadas patologias. No cenário atual, no âmbito do direito à saúde, há um expressivo número de decisões, nas diversas regiões brasileiras, reconhecendo o direito, sua exigibilidade e a constitucionalidade da intervenção do Poder Judiciário para que o Poder Público possa suprir a omissão lesiva.

5 COMENTÁRIOS FINAIS: O SISTEMA DE PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PROL DA UNIVERSALIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O reconhecimento de um direito no Texto Constitucional permite o estabelecimento de uma associação entre a fundamentalidade formal e material, eis que a previsão de direito na Constituição escrita é um mecanismo de se conferir a uma necessidade humana, a exemplo do direito à alimentação adequada, o aspecto de elemento indissociável à vida digno por critérios formais, como ponto culminante do ordenamento jurídico, sem esquecer que sobredita necessidade pode se apresentar materialmente indispensável para a dignidade humana. Além disso, os direitos fundamentais encontram liame a um conjunto de capacidades, sem os quais não é possível ter uma vida digna, a exemplo da liberdade de pensamento, educação, moradia, saúde, ambiente ecologicamente equilibrado, direito à cidade, saneamento básico, transporte e alimentação adequada.

Entretanto, cada direito fundamental encontra concretização de maneira diversa, a depender da sociedade e do período. Basta refletir acerca do sistema instituído pela Lei nº 11.346/2006, no que toca à promoção e ampliação do direito à alimentação adequada, que não precisa ser idêntico a um sistema estabelecido para assegurar a liberdade de voto para todos ou, ainda, adoção de políticas de mobilidade urbana para assegurar o direito à cidade. Assim, cada direito pode ter uma moldura diferente do outro ou, ainda, cada direito reclama mecanismos peculiares para sua concretização, distinguindo-se dos demais. Todos os direitos fundamentais são indispensáveis para que os indivíduos possam viver com dignidade, sendo que, na verdade, a alteração repousa no contorno jurídico-político de cada direito, bem como a prevalência que cada um deve ter em determinado contexto. Inexiste conflito ou incompatibilidade, mas sim prevalência em específicas situações de um direito ou grupo de direitos em relação a outro direito ou grupos de direitos.

A Constituição Federal, de maneira expressa, afixa por objetivos fundamentais, em seu artigo 3º, incisos I ao IV, a saber: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, encontrando, em decorrência disso, compatibilidade com a igualdade liberal. Neste aspecto, Sen busca a redução de injustiças nas sociedades existentes. Logo, a Constituição apresenta um panorama geral e, a partir da perspectiva de Amartya Sen, determina o reconhecimento e estabelecimento de um sistema de proteção dos direitos fundamentais, com espeque em

seus dispositivos, dentre os quais é possível destacar a aplicabilidade imediata das normas que disponham sobre direitos fundamentais e ao reconhecer tais normas como cláusulas pétreas, respectivamente no §1º do artigo 5º e §4º do artigo 60.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Maria de Fátima Machado de. A segurança alimentar e nutricional e o uso da abordagem de direitos humanos no desenho das políticas públicas para combater a fome e a pobreza. **Revista Nutrição**, Campinas, v. 22, n. 6, p. 895-903, nov.-dez. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rn/v22n6/v22n6a11.pdf>>. Acesso em 10 nov. 2017, p. 896.
- BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de Julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 nov. 2017.
- _____. **Emenda Constitucional nº 64, de 4 de Fevereiro de 2010**. Altera o art. 6º da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 nov. 2017.
- _____. **Lei de Segurança Alimentar e Nutricional: Conceitos**. Brasília: MDA, 2006.
- _____. **Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006**. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas a assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 nov. 2017.
- _____. **Política Nacional de Alimentação e Nutrição**. 2 ed. Brasília: SAS/DAB, 2008.
- _____. **Relatório Anual da Comissão Especial de Monitoramento de Violação do Direito Humano à Alimentação Adequada**. Brasília: SDH, 2011.
- BURITY, Valéria *et al.* **Direito humano à alimentação adequada no contexto da segurança alimentar e nutricional**. Brasília: ABRANDH, 2010.
- COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos direitos humanos. *In*: DINIZ, José Janguê Bezerra (coord.). **Direito Constitucional**. Brasília: Editora Consulex, 1998.
- CRESPO, Antônio Pedro Albernaz; GUROVITZ, Elaine. A Pobreza como um fenômeno multidimensional. **Revista de Administração de Empresas**, v. 1, n. 2, p. 01-12, jul.-dez. 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/raeel/v1n2/v1n2a03.pdf>>. Acesso em 10 nov. 2017.
- DOEHRING, Karl. **Teoria do Estado**. ARAÚJO, Gustavo Castro Alves (trad.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- GROVE, Chris. Los derechos humanos y la lucha para erradicar la pobreza. *In* **El derecho a no ser pobre la pobreza como violación de los derechos humano**. Montevideo: Social Watch. Septiembre, 2006
- HIRAI, Wanda Griep. **Segurança Alimentar: Em tempos de (in) sustentabilidades produzidas**. Jundiaí: Paco Editorial, 2011.
- MALUF, Renato Sérgio. Economia de Rede. O Papel da Distribuição e a Problemática da Segurança Alimentar. *In*: _____; WILKINSON, John (org.). **Reestruturação do Sistema Agroalimentar**. Rio de Janeiro: REDCAPA, 1999, p. 61.
- MEDEIROS, Robson A. de; SILVA, Eduardo P.; ARAÚJO, Jailton M. de. **A (in) segurança alimentar e nutricional no Brasil e o desenvolvimento humano**. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/viewFile/4351/3283>>. Acesso em 10 nov. 2017.

- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Roma sobre a Segurança Alimentar Mundial e Plano de Ação da Cúpula Mundial da Alimentação (1996)**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 10 nov. 2017.
- _____. **El derecho a la alimentación adecuada**. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet34sp.pdf>>. Acesso 10 nov. 2017.
- OUTEIRO, Gabriel Moraes de; OLIVEIRA, Maria Cristina César de; NASCIMENTO, Durbens Martins do. A justiça como equidades de Rawls e a igualdade de Amartya Sen: uma releitura na construção de um sistema de proteção dos direitos fundamentais. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 11, n. 2, ago. 2016, p. 47-81. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/25834/19689>>. Acesso em 10 nov. 2017.
- PODESTÁ, Olívia Perim Galvão de. **Programa Bolsa de Família e a Segurança Alimentar e Nutricional: O Caso do Município de Anchieta-ES**. 139f. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas e Desenvolvimento Local) – EMESCAN, Vitória, 2011.
- POZZOLI, Lafayette. Cultura dos direitos humanos. *In: Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal. a. 40, n. 159, jul.-set. 2003.
- RENON, Maria Cristina. **O princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com a convivência familiar e o direito ao afeto**. 232f. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>>. Acesso em 10 nov. 2017.
- RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima. **Direito fundamental social à alimentação adequada: análise com ênfase no ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. MOTTA, Laura Teixeira (trad.). São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2000.
- _____. **Desigualdade reexaminada**. MENDES, Ricardo Doninelli (trad.). 2 ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.
- _____. O desenvolvimento como expansão de capacidades. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 28-29, abr. 1993. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451993000100016>. Acesso em 10 nov. 2017.
- VALENTE, Flávio Luiz Schieck. **Promoção do direito humano à alimentação adequada (DHAA)**. Disponível em: <http://www.actuar-acd.org/uploads/5/6/8/7/5687387/flavio_valente_dhaa_promocao_do_direito_humano_a_alimentacao_adequada.pdf>. Acesso em 10 nov. 2017.

A internet e a exposição indevida de dados pessoais – violação aos direitos fundamentais da intimidade e a vida privada

Weder de Lacerda Silva¹

Universidade do Minho – PORTUGAL

"Uma maneira de preservar sua própria imagem é não deixar que o mundo invada sua casa."

Ayrton Senna

Introdução

A evolução da sociedade, e o modo em que ela se relaciona tem sido palco de grandes discussões jurídicas. Em especial, o desenvolvimento da internet, que facilitou o acesso e o contato entre indivíduos. Em milésimos de segundos, e a custos baixíssimos, é possível conexão de um canto a outro do planeta.

Impossível imaginar o mundo atual sem a internet. Ela invadiu a vida moderna, facilitou o contato entre indivíduos, e principalmente impulsionou lucros das empresas, uma vez que tal ferramenta se baseia unicamente em tráfego de dados que, em sua maioria são de natureza pessoal, incluindo aqueles dados considerados como caráter sensível.

Esse universo virtual, é carregado de informações pessoais, informações essas alimentadas na maioria das vezes pelo próprio usuário. Tal exposição se dá através das redes sociais, empresas privadas que se utilizam de uma espécie de banco de dados, conhecido como Curriculum on-line, dentre outros. Com o uso de smartphones e o acesso à rede de dados móveis a transmissão de dados pessoais em tempo real torna-se incontrollável.

Conhecida como a era da tecnologia, em especial pelo fácil acesso à internet, tornou-se corriqueiro a troca das informações pessoais, que basicamente se dá pela coleta de dados de caráter pessoal e a combinação daqueles dados com outros. Através de tal ação, é possível se obter importantes dados sobre cada indivíduo. Em algumas situações, a exposição dos dados, pode violar direitos fundamentais de seus titulares. Surge aí a preocupação em proteger esses dados, considerados como dados de caráter pessoal.

¹ Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade do Minho – Braga, Portugal. Pós Graduado (Especialista "*latu sensu*") em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes – Rio de Janeiro, Brasil. Bacharel em Direito pela Faculdade Anhanguera de Rondonópolis – Mato Grosso. Inscrito no quadro da Ordem dos Advogados do Brasil pela Seccional Mato Grosso.

Com a exposição indevida dos dados pessoais, como por exemplo, o que ocorreu com o surgimento do “WikiLeaks²”, incitou na sociedade uma preocupação acerca da necessidade de um marco legal, que regulamentasse a proteção dos dados pessoais expostos na web.

Diferentemente da Europa, e de alguns países da América do Sul, como a Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Guatemala e Peru, o Brasil, trata do tema sobre a proteção dos dados pessoais na internet de forma muito tímida, tendo como base somente a Lei nº 12.965 de 2014, conhecida como Lei do “Marco Civil da Internet.”

A problemática a ser combatida, consiste em verificar a possibilidade e necessidade de regulamentação da privacidade, em específico dos dados pessoais, visto que, a exposição indevida de tais dados fere diretamente princípios considerados como fundamentais pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Sendo assim, o presente artigo objetiva, utilizando de método de abordagem dedutivo, bem como revisão bibliográfica e análise de acórdãos proferidos pelos tribunais brasileiros, examinar o tratamento que tem sido dado no Brasil acerca do tema.

O presente artigo está dividido em três tópicos. A primeira parte, aborda o conceito de direito a intimidade, privacidade, bem como o apresenta como um direito fundamental resguardado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Na segunda parte, apresenta a exposição indevida dos dados pessoais como uma afronta ao direito à privacidade e a intimidade do indivíduo. Por fim, trata no terceiro tópico sobre a regulamentação da proteção dos dados pessoais no espaço Ibero-Americano, em especial discorre sobre a Lei do “Marco Civil da Internet” no Brasil.

Porém, antes de adentrar de fato ao mérito do tema ora debatido, necessário se faz responder as seguintes questões. O que é Direito a privacidade, intimidade? São reconhecidos como Direitos Fundamentais?

1 Dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais são direitos intrínsecos ao ser humano, e independente da sua condição pessoal, crença ou raça, sendo considerados, inclusive, como princípios superiores a Carta Magna Brasileira, elevados em âmbito universal como Direitos Humanos, ou direitos do Homem.

Urge esclarecer, somente para fins didáticos, que para a doutrina brasileira, existem várias nomenclaturas para o termo direitos fundamentais, a saber: “direitos humanos”, “direitos humanos fundamentais”, “liberdades públicas”, “direitos dos cidadãos”, “direitos da pessoa humana”, “direitos do homem”, dentre outros. Entretanto, A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu Título II, utiliza a mesma denominação adotada pela maioria da doutrina, qual seja, “direitos fundamentais”.

² WikiLeaks é uma organização transnacional sem fins lucrativos, sediada na Suécia, que publica, em sua página, postagens de fontes anônimas, documentos, fotos e informações confidenciais, vazadas de governos ou empresas, sobre assuntos sensíveis.

Nesse prisma, direitos fundamentais são os direitos de cada indivíduo positivado nas constituições de cada país, diferentemente dos direitos humanos que são, subespécies dos direitos fundamentais, porém com amplitude a nível internacional. É importante salientar que ambos (direitos humanos e direitos fundamentais) visam a proteção da dignidade da pessoa humana, que é o pilar de todos os demais direitos e, segundo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é um princípio Fundamental a existência humana.

Os direitos fundamentais, a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foram considerados supralegais, ou seja, através dos tratados internacionais do qual o Brasil é signatário, passaram a existir além da legislação interna nacional.

Os direitos fundamentais foram considerados essenciais para a sadia e digna vida humana, e, portanto, detém de supremacia no ordenamento jurídico brasileiro, bem como em virtude do disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tem aplicabilidade imediata e é caracterizado como cláusulas pétreas.

Martínez (*apud* AGRA, 2002, p. 138) define de modo geral o conceito de direito fundamental:

“Os direitos fundamentais são o conjunto de normas de um ordenamento jurídico que formam um subsistema deste, fundado na liberdade, na igualdade, na seguridade, na solidariedade, expressões da dignidade do homem, que forma parte da norma básica material de identificação do ordenamento jurídico, e constituem um setor da moralidade procedimental positivada, que legitima o Estado Social de Direito.”

Para Bulos (2012, p. 530), os direitos e garantias fundamentais previsto na Carta Magna de 1988, pode ser classificados em:

“Históricos -- derivam de longa evolução, participando de um contexto histórico perfeitamente delimitado. Nascem, morrem e extinguem-se. Não são obra da natureza, mas das necessidades humanas, ampliando-se ou limitando-se a depender das circunstancias. Exemplo: direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII).

Universais -- ultrapassam os limites territoriais de um lugar específico para beneficiar os indivíduos, independentemente de raça, credo, cor, sexo, filiação etc. Exemplo: princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*).

Cumuláveis (ou concorrentes) -- podem ser exercidos ao mesmo tempo. Exemplo: direito de informação e liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV e XXXIII).

Irrenunciáveis -- podem deixar de ser exercidos, mas nunca renunciados. Exemplo: não ajuizamento do mandado de

segurança, algo que não o retira da Constituição (CF, art. 5º, LXIX).

Inalienáveis -- são disponíveis. Os seus titulares não podem vendê-los, aliená-los, comercializá-los, pois não tem conteúdo econômico. Exemplo: a função social da propriedade não pode ser vendida porque não corresponde a um bem disponível (CF, art. 5º, XXIII).

Relativos (ou limitados) -- nem todo direito ou garantia fundamental podem ser exercidos de modo absoluto e irrestrito, salvo algumas exceções."

Os direitos fundamentais são "um conjunto de direitos e garantias do ser humano" Moraes (2013, p. 94), que tem como objetivo principal o respeito à dignidade humana, através da proteção contra as arbitrariedades principalmente do Estado e as violações pelos demais indivíduos.

Como parte do rol dos direitos fundamentais, tem-se ainda o direito a intimidade e a uma vida privada, englobando aí a privacidade de dados pessoais, direitos esses que, por força das garantias elencadas na Constituição da República Federativa do Brasil 1988, deveriam ser resguardados e protegidos pelo Estado.

1.1 Do Direito a Privacidade e a Intimidade

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no art. 5.º, inciso X tratou de proteger a privacidade do indivíduo, assim assegurando: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". Nota-se que a consagração do direito à privacidade é exposta no sentido amplo, para que abranja todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade das pessoas.

É cediço que a personalidade de uma pessoa é composta por um conjunto de características, tanto internas (em sentido emocional), quanto externa (em sentido aparente). A pessoa é individualizada pelo nome, raça, gostos, religião, idade, dentre outros. Essas características se externam de acordo com a manifestação do indivíduo na sociedade, criando assim uma personalidade única ante os demais.

O direito à privacidade abrange a tutela da vida privada, da honra, da intimidade e da imagem das pessoas. Conforme aponta René Ariell Dotti, a intimidade se caracteriza como "a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais".

"Na expressão 'direito à intimidade' são tutelados dois interesses, que se somam: o interesse de que a intimidade não venha a sofrer agressões e o de que não venha a ser divulgada. O direito, porém, é o mesmo. (...) No âmbito do direito à intimidade, portanto, podem ser vislumbrados estes dois aspectos: a invasão e a divulgação não autorizada da intimidade legitimamente conquistada."³

³ O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade, 1995, p.34.

O direito a intimidade possibilita a cada indivíduo o poder de optar por deixar a mostra algo seu ou impossibilitar essa exposição. Como a intimidade reflete a essência de cada indivíduo, ela pode refletir sua orientação sexual, religião, partido político, preferências sociais, de demais características que geralmente são formadoras de grupos e/ou oposições sociais.

Dessa forma, a exposição de tais características, de modo indevido expõe a intimidade de um usuário na internet, fato esse que pode acabar gerando consequências negativas para aquele que foi exposto.

Para SILVA, a vida privada é aquela que “integra a esfera íntima da pessoa, porque é repositório de segredos e particularidades do foro moral e íntimo do indivíduo”.

O legislador ao tratar sobre o direito a intimidade e a vida privada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, teve o interesse de defender a ideia de que a vida do indivíduo compreende dois aspectos: um voltado para o exterior (relações sociais e atividades públicas); e outro voltado para o interior (membros da família e amigos), alegando que, esta última seria inviolável nos termos da Carta Magna, conforme reza o art. 5º, inciso X. De modo direito, defendeu a liberdade da vida privada e o segredo da mesma, sendo que, este último compreende a expansão da personalidade, não podendo sofrer os atentados de exposição indevida (levar ao conhecimento do público eventos relevantes da vida pessoal e familiar) e da investigação (pesquisa de acontecimentos referentes à vida pessoal e familiar).

1.2 Dados Pessoais e Dados de Caráter Sensível - Conceito

Entende-se por dados como “um conjunto de registros sobre fatos, passíveis de serem ordenados, analisados e estudados para se alcançar conclusões”. Os dados, quando “organizados e ordenados de forma coerente e significativa para fins de compreensão e análise”, são chamados de informação (LACOMBE, 2003, p. 490). E, quando se adiciona a palavra “pessoais” ao termo “dados” há uma personalização do conceito, de modo que, intuitivamente, os “dados pessoais” seriam um conjunto de registros referentes a um indivíduo.

De acordo da Diretiva nº 2016/680, da União Europeia, diretiva essa que trata da proteção das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, o termo “dados pessoais” pode ser definido como “informações relativas a uma pessoa singular identificada ou identificável”, sendo considerado identificável todo aquele que possa ser reconhecido, direta ou indiretamente, nomeadamente por referência a dados de identificação, dados de localização ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, genética, mental, econômica, cultural ou social (artigo 3º, “1”).

Mais adiante, em seu artigo 10º, a Diretiva nº. 2016/680, apresenta um novo tipo de dados pessoais, como uma subespécie, os chamados dados sensíveis ou categorias especiais de dados pessoais, que são “as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, a filiação sindical, o tratamento de dados genéticos, dados biométricos destinados a identificar uma pessoa singular de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou à orientação sexual”.

É de todo oportuno ressaltar que no Brasil, não existe uma definição legal para a expressão “dados pessoais”. Mesmo com o advento da Lei nº 12.965 de 2014, (Lei do Marco Civil da Internet) seu artigo 3º, trata de maneira bem rasa sobre o tema no inciso III, e ainda, deixa a regulamentação à lei específica, que discipline sobre o tema.

No entanto, urge expor que a Lei nº 12.527 de 2011 (Lei de Acesso à Informação), define a expressão “informações pessoais”, como aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável, porém, tal discriminação fica aquém do que realmente seria a definição ideal para o termo “dados pessoais” dentro de um ordenamento jurídico nacional.

Nesse sentido, já conhecendo o conceito de “dados pessoais” e “dados de caráter sensível”, importante é entendermos como se dá o tráfego desses dados em uma rede interligada mundialmente, bem como a sua exposição.

2 Rede de Dados Pessoais na Internet

Grande parte da atual paisagem informacional (via web) por onde navegamos é constituída por dados criados e disponibilizados pelos próprios usuários desta rede.

Por Rede de Dados, entende-se que é a “infraestrutura cuja concepção possibilita a transmissão de informação através da troca de dados. Cada uma destas redes foi concebida especificamente para satisfazer os seus objetivos, com uma determinada arquitetura para facilitar a troca de conteúdos⁴.”

Sendo a rede de dados uma transmissão de informações, podendo fazer parte dessas informações os dados pessoais, tem-se que, as condições de produção, circulação, rastreamento, registro, tratamento e classificação dos dados pessoais na rede são fornecidos pelo próprio usuário, ou terceiro que tem acesso a esses dados.

Tal reconfiguração do uso da internet acaba por criar uma rede de dados pessoais, que atualmente fomenta uma série de disputas que implicam diferentes polos, o passivo (sendo o informante do seus dados), e o ativo, qualquer pessoa, sendo ela física ou jurídica, que tenha algum interesse econômico, tecnológico, político, jurídico ou social, pois, por meio dessas redes criam uma arena privilegiada de informações, e disseminam elas de acordo com sua necessidade ou vontade, podendo ter ou não a autorização para a exposição dos dados pelo seu proprietário.

Dessa forma, não há acordo nem sobre o que é um dado pessoal no contexto da comunicação digital, nem mesmo sobre suas condições de coleta, arquivo e utilização. As disputas pelos dados pessoais de terceiros se dão hoje em quase todo o mundo, envolvendo tanto aspectos globais quanto locais. Nem sempre aonde a informação é encontrada, foi ali inserida pelo proprietário desses dados.

É nesse contexto que a problemática se inicia. Em meio a uma rede de dados, podendo eles ser dados pessoais, até mesmo de caráter sensível, são disponibilizados na internet, inicialmente por vontade própria do agente informante, mas que, podem, ser expostas a toda a rede, mesmo sem sua autorização, após cumprida a finalidade visada pelo agente donos das informações pessoais.

⁴ <https://conceito.de/rede-de-dados>

2.1 Da Indevida Exposição de Dados Pessoais – Violação ao Direito a Privacidade e a Intimidade

Em 2012, especialistas em tráfegos de dados na internet, em matéria veiculada pela BBC já previa que:

“(...) os dados que circulam na internet com a computação em nuvem, as redes sociais, os correios eletrônicos, uso de smartphones ou de sistemas de geolocalização, formam uma extensão de nosso próprio cérebro, de nossa alma e, em seu conjunto, uma inteligência coletiva digital; são o novo petróleo. [...] muitos usuários não perceberam ainda essa realidade e não tem consciência do quanto valem seus dados. [...] a internet estaria funcionando com uma estrutura feudal: os usuários geram riquezas em troca do uso da “terra” da internet, enquanto os monarcas (como Facebook, Google ou Microsoft) repartem o butim.”⁵

Em 2012 já era claro o modo com que a rede de dados na internet era alimentada. Atualmente, nada disso mudou, pelo contrário, segue rota ascendente de expansão dos dados que ali são encontrados. A realidade não mudou, de fato, ela se torna mais alarmante.

Nunca, desde os primórdios, houve tanta facilidade de acesso a informação com grande potencial para a contribuição de uma construção de um mundo mais interligado e informatizado. Assim, o mundo, e o modo com que a sociedade se manifesta, torna-se cada vez mais previsível, e por consequência, menos volátil. Surge aí, grande potencial para o uso desses dados (de forma autorizada ou não pelo informante de seus dados pessoais).

A gerência ou ingerência do armazenamento e tráfego dos dados pessoais dos usuários, é um ponto de grande discussão, pois, uma vez mal geridos, podem expor dados importantíssimos em um mercado muito ativo e que lucra milhões diariamente, apenas pelo fato de conhecer seu cliente, podendo nascer aí uma espécie de mercado negro⁶.

Surge aí a possibilidade de vazamento de dados pessoais, considerados de caráter sensível, segredos industriais e comerciais, plano de negócios, estrutura organizacionais, e tantas outras informações de uso importantíssimo, que venha a ter valor econômico.

Em seu Livro “Da privacidade à proteção de Dados Pessoais”, Doneda assevera que:

“A automatização do processamento de informações passou a ser indispensável frente às crescentes demandas de uma sociedade massificada, ao ponto que, hoje, em várias

⁵Disponível em <<http://tecnologia.terra.com.br/internet/dados-pessoais-que-trafegam-na-internet-sao-o-novopetroleo,af7afe32cddbda310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>> Acesso em: 10 nov. 2017

⁶Disponível em <<https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/mercado%20negro>> Acesso em: 10 nov. 2017

circunstâncias, seria impensável abrir mão desse novo recurso. A tecnologia aplicada ao tratamento de informações, por outro lado, faz crescer o risco de invasão da privacidade e do controle sobre os indivíduos, através do uso abusivo de suas informações pessoais, o que incentivou o surgimento de institutos jurídicos capazes de contrabalançar essa tendência e proporcionar ao cidadão o controle sobre seus próprios dados pessoais.”

O vazamento de dados considerados como pessoais, já é uma realidade e torna-se cada vez mais comum. O marco inicial e mais assustador se deu em 2013 com o vazamento de dados pessoais e considerados como dados sigilosos, no Site “WikiLeaks”, site esse alimentado por Julian Assange⁷.

Fatos como esse, geram diariamente uma desconfiança por parte do cidadão. A falta de proteção do Estado, que deveria assegurar a proteção efetiva do direito à privacidade e a intimidade, estremece a forma com que os dados pessoais são movimentados dentro da rede web.

É inegável que a utilização desses dados tornou-se fundamental para o desenvolvimento e melhoria em diversas áreas e atividades no seio da sociedade. Porém, o perigo encontra-se no fato de que, dados não autorizados, sejam veiculados via web.

No Brasil, diariamente, informações como, número de documentos pessoais, situações junto ao INSS, telefone, endereço, padrões de consumo, renda per capita, estado civil, profissão, formação acadêmica, religião, orientação sexual, informações sobre cheques, número de cartões de créditos, ações na justiça (consulta pública em sites nos Tribunais de Justiça), score de Crédito (SPC, SERASA), dentre outras, são fornecidas e disponibilizadas na internet. Na maioria das vezes, dados como esses, NÃO SÃO AUTORIZADOS pelo seu “proprietário.”

A exposição dessas informações (dados pessoais), sem a autorização do proprietário fere um princípio constitucional, assegurado pela Carta Magna de 1988. O princípio ao direito a uma vida privada e a intimidade, faz parte do Rol de direitos fundamentais, e independente do país de origem, afeta os direitos humanos, pois, expõe um indivíduo a toda a internet, ou seja, todo os usuários no planeta pode ter acesso aos dados pessoais ali dispostos.

Por este motivo, é latente a necessidade da criação de leis mais rígidas no território nacional brasileiro, que tratem de forma clara sobre a proteção dos dados pessoais, assegurando assim direitos que até então não são resguardados aos usuários da internet, uma vez que, a Lei nº 12.965/2014 (Lei do Marco Civil da Internet) não trouxe proteção direta a tais dados.

3 Legislações Ibero-Americana

⁷Disponível em: < <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2013/08/21/soldado-que-vazou-dados-dos-eua-ao-wikileaks-e-condenado-a-35-anos-de-prisao.htm> > acesso em: 10 nov. 2017.

Diante da grande problemática da exposição indevida dos dados pessoais, surge aí a grande necessidade de criar leis que assegure os direitos a uma vida privada e a intimidade do indivíduo, garantindo assim a privacidade desses dados.

A respeito da regulamentação existente sobre o termo de proteção de dados pessoais, percebe-se uma grande defasagem se comparado a legislação brasileira com a legislação europeia.

Entretanto, a falta de legalização do direito a preservação dos dados pessoais não está adstrita ao novo continente (América do Sul), pois, países vizinhos do Brasil, como a Argentina, Bolívia, Chile, Guatemala, já possuem leis próprias que delimitam o termo “dados pessoais”, bem como preveem a sua proteção.

Na Argentina por exemplo, vigora a Lei nº 25.326 de 2000⁸, que versa a respeito dos Princípios gerais relacionados à proteção de dados, dos Direitos do detentores de dados, dos Usuários e responsáveis por arquivos, registros e bancos de dados, o Controle, as Sanções e as Ações para proteção dados pessoais.

Por sua vez, a Bolívia, em 2003 se manifestou sobre o tema através da Declaración de Santa Cruz de la Sierra⁹, que reconheceu no item 45, “A proteção de dados pessoais como um direito fundamental das pessoas e enfatizou a importância das iniciativas regulatórias ibero-americana para proteger a privacidade dos cidadãos.”

O Chile, através da Lei nº 19.628 de 1999¹⁰, criou a proteção de dados de caráter pessoal na internet.

Por fim, em 2003 no II Encontro Ibero-americano de Proteção de Dados Pessoais, a Guatemala, firmou a Declaração da La Antigua¹¹, que reconheceu no item 8 “o direito à proteção de dados pessoais, pois, fortalece o Estado de Direito e ajuda a reforçar a democracia nos Países Ibero-americanos, bem como o seu prestígio e credibilidade em um mundo globalizado. A tal fim, e no enquadramento legal e institucional dos seus respectivos países, realizaram, dentro das suas respectivas concorrências, os esforços necessários para que a proteção de dados pessoais fossem impulsionado no seio da Conferência Ibero-americana, na certeza de que assim promover-se-ia a difusão e conscientização de tão importante direito fundamental.”

Pela rasa análise das leis citadas, percebe-se que o movimento para a proteção dos direitos pessoais na internet, iniciou na América do Sul a partir do ano de 1999, reconhecendo assim, a quase 20 (vinte) anos os direitos dos usuários na internet, bem como garantindo sua privacidade.

3.1 Diretiva Europeias

⁸ Disponível em: <<http://www.conicet.gov.ar/wp-content/uploads/Ley-N%C2%BA-25326-Protecci%C3%B3n-de-los-Datos-Personales.pdf>> acesso em: 10 nov. 2017.

⁹ Disponível em: <http://segib.org/wp-content/uploads/DeclaraciondeSantaCruz.pdf> acesso em: 10 nov. 2017.

¹⁰ Disponível em: < <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=141599>> acesso em: 10 nov. 2017.

¹¹ Disponível em: < <http://www.redipd.es/actividades/encuentros/II/index-idpt-idphp.php>> acesso em: 10 nov. 2017

No continente Europeu, o direito à vida privada possui caráter de direito fundamental e, além de encontrar lugar resguardado na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (artigo 12), é reconhecido como direito na Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950¹² (artigo 8º), e, também está expresso na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 7º), a qual, ainda, dispõe, especificamente, a respeito do direito à proteção de dados pessoais (artigo 8º), passando assim a gozar de hierarquia normativa privilegiada no ordenamento jurídico da União Europeia.

No velho continente, o reconhecimento a proteção de dados pessoais já é uma realidade desde 1950 de acordo com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Na União Europeia, estados-membros foram impulsionados a regular o uso de dados pessoais de forma exaustiva, visando uma melhor preservação dos direitos a vida privada e a intimidade, passando assim por um período legisferante sobre o tema.

A União Europeia, manifestou sua preocupação em proteger dados de caráter pessoal ao criando diretivas que dispõe sobre a preocupação de preservação dos dados pessoais.

A diretiva nº 95/46, regulou o tratamento e a livre circulação dos dados das pessoas físicas no âmbito da comunidade europeia.

A diretiva nº 97/66, regulou o tratamento dos dados de caráter pessoal e da proteção à intimidade no setor das telecomunicações.

A diretiva nº 2002/58, regulou o tratamento dos dados pessoais e da proteção à intimidade no setor de comunicações eletrônicas.

A Diretiva nº 2016/680¹³ criada em 27 de abril de 2016, tratou de forma clara e específica sobre a "proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, detecção 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."

Assim, pode-se perceber que a União Europeia, a muito já vem legislando sobre o tema, reconhecendo que o direito aos dados pessoais deve ser protegidos, pois, fazem parte do rol de direitos fundamentais, tais como direito a uma vida privada, direito a intimidade, dentre outros.

Enquanto a União Europeia anda a passos largos a legislar sobre o tema, do outro lado do Atlântico, o Brasil não caminhou da mesma maneira.

3.2 Do Marco Civil na Internet – Legislação Brasileira

No Brasil, não há a disposição do tema de forma única e cristalina. O que se encontra é a uma série de dispositivos constantes na Constituição da República

¹²Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf> acesso em: 10 nov. 2017.

¹³Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680&from=PT>> acesso em: 10 nov. 2017.

Federativa do Brasil de 1998, Código Civil de 2002, Código de Defesa do Consumidor, entre outros.

Na Constituição da República de 1988, garante-se a liberdade de expressão (artigo 5º, IX e artigo 220) e de informação (artigo 5º, XIV, XXXIII e XXXIV e artigo 220), bem como se consideram invioláveis a vida privada e a intimidade (artigo 5º, X), especificamente a interceptação de comunicações telefônica, telegráficas ou de dados (artigo 5º, XII), a proibição da invasão de domicílio (artigo 5º, XI) e de violação de correspondência (artigo 5º, XII).

Entretanto, a interpretação conferida ao inciso XII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, extraída da Lei n. 9.296 de 1996 não abrange os dados estáticos, ou seja, apenas o fluxo de informações estaria protegido pelo inciso citado, de modo que a proteção aos dados teria apenas uma previsão genérica constante do inciso X.

Há, ainda, a instituição do habeas data prevendo um direito genérico de acesso e retificação de dados pessoais (artigo 5º, LXXII).

Já o Código Civil, limita-se aos artigos 20 e 21, relativos aos direitos da personalidade.

No Código de Defesa do Consumidor refere-se, via de regra, aos bancos de dados dos consumidores, conforme artigo 43 e seguintes.

A “grande revolução” Brasileira sobre esse tema, aconteceu com a publicação da Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014, conhecida como Lei do Marco Civil da Internet.

O ponto principal do Marco Civil da Internet foi dirimir princípios, garantias, deveres e direitos dos usuários de Internet, dos prestadores de serviços e do poder público, o que era tratado como uma antiga preocupação legislativa. Também conhecido como “Constituição da Internet”, delimita as diretrizes gerais para a regulação das questões decorrentes da relação entre o direito e a internet.

A priori, analisando a fundo a Lei do Marco Civil da Internet, verifica-se que a proteção à privacidade é tratada nos seguintes dispositivos legais, artigo 3º, incisos II e III; artigo 7º, incisos I, II, III, VI, VII, VIII, IX, X; artigo 8º; artigos 10º ao 12º; artigo 16º, inciso II; e artigo 23º.

Muito embora tenha sido realmente um marco na legislação brasileira, a grande problemática acontece após a leitura do seu artigo 3º, incisos II e III, pois, eles preveem expressamente e de forma separada que a disciplina do uso da Internet no Brasil tem por princípios a proteção da privacidade e a proteção dos dados pessoais, que se dará em lei específica, ou seja, deixa a cargo de outra lei para que discipline tal assunto.

Do mesmo modo, não se encontra no corpo da lei um conceito de dados pessoais, e, ainda não prevê como se dará a proteção de tais dados.

Entretanto, o artigo 7º do citado diploma legal elenca os direitos dos usuários a internet, direitos esses que são tratados como garantias, reconhecendo a

privacidade e a inviolabilidade da intimidade como institutos que merecem atenção e proteção.

A falta de regulamentação específica e mais profunda sobre o tema gera insegurança jurídica - tanto para os usuários, quanto para as pessoas jurídicas que, de algum modo, utilizam dados pessoais em suas atividades - tendo em vista o atual estágio da tecnologia e com o enorme e expressivo volume de coleta e tratamento de dados dos indivíduos.

Enquanto não é criada leis específicas para a proteção dos dados pessoais na internet, compete ao Poder Judiciário tratar da matéria de acordo com os casos que forem se apresentando, o que gera ainda mais uma instabilidade jurídica pois, não possuem uma norma específica para se seguir.

4 Considerações finais

A interação entre indivíduos por meio de conexões via web facilitaram tarefas do dia a dia, instigaram lucros para empresas e em milésimos de segundos ligou um continente a outro.

O uso da tecnologia de informação e comunicação, por meio de transferência e armazenamento de dados, tem facilitado a vida em sociedade, porém, acaba por camuflar na maioria das vezes os riscos que essas conexões oferecem.

O indivíduo é a vítima quando há a exposição de seus dados pessoais sem a sua autorização, pois há aí a violação clara de seus direitos a privacidade e a intimidade.

Com a intenção de que esses direitos deixem de ser violados, iniciou movimentos regulamentadores para assegurar essas garantias constitucionais, visando a proteção e segurança dos dados pessoais dos usuários, tanto na internet como também em qualquer banco de dados.

É muito importante assegurar a opção do usuário da internet quanto a exposição ou não de seus dados, pois, na maioria das vezes esses dados são considerados como dados sensíveis, contendo informações relativas a posição política, saúde e principalmente quanto a orientação sexual, uma vez que, exposta essas informações de forma indevida, pode-se gerar uma lesão moral e até material do indivíduo.

Como referência ibero-americana, a União Europeia, há décadas já trata do tema acerca da proteção dos dados pessoais.

Na América do Sul, países como Argentina, Bolívia, Chile e Guatemala, também já se encontram avançados na elaboração de leis visando a proteção desses direitos, visto que a quase duas décadas já é debatido e defendido tais garantias como constitucionais e inseridas no rol de direitos fundamentais.

No que diz respeito ao tratamento do presente tema pelo Brasil, seus avanços ainda são pequenos, comparados aos países vizinhos, está ainda a engatinhar.

Com a promulgação da Lei que instituiu o Marco Civil da Internet, houve ventilação quanto a necessidade da proteção de dados pessoais, porém, deixou a

cargo de lei futura para disciplinar de que modo isso de dará. Sendo assim, inexistente ainda um texto de lei específico para o ambiente cibernético que garanta direitos fundamentais.

A ausência de definição legal específica, acerca do tema, tem gerado decisões judiciais conflitantes, e mesmo contraditórias.

A discussão do presente tema é de extrema relevância para o mundo jurídico e acadêmico, pois a internet já é parte expansiva da própria pessoa e a tendência dos avanços tecnológicos é de ser cada vez maior e mais veloz.

Isso significa que os problemas jurídicos relacionados às garantias quanto à proteção dos dados pessoais, e aos chamados dados sensíveis, também se multiplicarão, o que exigirá uma maior atenção e urgente regulamentação do assunto, a fim de adequá-los aos novos padrões de vida contemporânea.

Portanto, apesar da relevância social do tema, que atinge milhões de brasileiros usuários da Internet, resta aguardar a ação do legislador na edificação de leis, esperando-se que sejam seguidas as diretivas Europeia, pois, somente uma legislação abrangente protegeria suficientemente o direito fundamental à privacidade e a intimidade, no que se inclui a proteção aos dados pessoais.

Referências Bibliográficas

- BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº. 70/2012. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, acesso em 09 nov. 2017.
- _____. Código de Defesa do Consumidor. Lei 8.078 de 11/09/90. Brasília, Diário Oficial da União, 1990.
- _____. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. Lei nº 12.527/2011, de 18 de novembro de 2011. Regulamenta o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do artigo 5º, no inciso II do §3º do artigo 37 e no §2º do artigo 216, da Constituição Federal; altera a Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei n.º 11.111, de 05 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n.º 8.158, de 08 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, 18 nov. 2011b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 10 nov. 2017.
- _____. Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 10 nov. 2017.
- BÉLGICA. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. Directiva 97/66 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones, de 15 de dezembro de 1997. Disponível em:

<https://www.agpd.es/portaIwebAGPD/canaIdocumentacion/legislacion/unio_n_europea/directivas/common/pdfs/B.5-cp--Directiva-97-66-CE-.pdf>.

Acesso em: 10 nov. 2017.

_____. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. Directiva 2002/58 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, de 12 de julho de 2002. Disponível em:

<https://www.agpd.es/portaIwebAGPD/canaIdocumentacion/legislacion/unio_n_europea/directivas/common/pdfs/B.6-cp--Directiva-2002-58-CE-protecci-oo-n-e-intimidad-en-comunicaciones-electronicas.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2017.

DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 261 - 306 e 370.

DOTTI, René Ariel. "Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação". São Paulo: Ed. RT, 1980.

LACOMBE, Francisco José Masset et. al., Administração Princípios e Tendências, São Paulo: Saraiva, 2003.

LUXEMBURGO. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. Directiva 95/46 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, de 24 de outubro de 1995. Disponível em:

<https://www.agpd.es/portaIwebAGPD/canaIdocumentacion/legislacion/unio_n_europea/directivas/common/pdfs/B.4-cp--Directiva-95-46-CE.pdf>.

Acesso em: 10 nov. 2017.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 9ª ed. atualizada até a EC nº. 71/2012. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso da. "Curso de Direito Constitucional Positivo". 38ª edição. Ed. Malheiros, 2014, p. 210.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativa 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.

WIKILEAKS. Disponível em: <<https://wikileaks.org/>>, acesso em 09 nov. 2017.

A “nova razão do mundo” e o caso da “primavera secundarista” no Brasil em 2016

Fernanda Martins¹
Ana Clara Santos Elesbão²
PUCRS

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho busca realizar uma leitura introdutória sobre o “movimento secundarista” no Brasil a partir da obra de Pierre Dardot e Christian Laval, tendo em conta a necessidade de conectar os processos de criminalização de movimentos sociais e a sua vinculação com o agenciamento da *governamentalidade* política, econômica e social do Estado, pensadas sob o paradigma de uma *razão neoliberal de mundo*³, é que surge este texto. Há, portanto, urgência em se pensar a operacionalidade de mecanismos de agência do Estado neoliberal na realização de seus desígnios. Para este estudo, essa atuação pode ser compreendida em dois momentos fundamentais e indissociáveis entre si: um momento inicial, em que há um alinhamento das agendas do Estado com políticas de austeridade; e um momento seguinte, uma segunda investida, em que o Estado utiliza-se de seu braço forte, o monopólio do uso da violência, para neutralizar as forças de resistência que se colocam na contramão da realização desses desígnios.

O caso que se está buscando compreender, sob o paradigma de uma razão neoliberal de mundo, é o fenômeno de repercussão nacional que ficou conhecido no Brasil como “primavera secundarista”, bem como os processos que subjazem a sua criminalização. Para tanto, reputa-se fundamental compreender as suas pautas, assim como o contexto político, econômico e social em que estavam inseridas à época. Dentre as diversas pautas que ensejaram a emergência do movimento, busca-se apresentar no presente trabalho alguns indícios dos significados e da implicância da Proposta de Emenda Constitucional 241/55 (PEC 241/55), que, aprovada em 13 de dezembro de 2016 pelo Senado Federal, instituiu um novo regime fiscal no Brasil, estabelecendo um ambiente de restrições de investimentos de longa duração e inviabilizando, dentre outros investimentos, o cumprimento das metas do Plano Nacional de Educação⁴.

Como referido, entre outras pautas nacionais e locais, a PEC 241/55 foi um dos pleitos unificados entre estudantes Brasil afora. Irresignados com os projetos autoritários de

¹ Doutoranda em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS, mestre em Teoria, Filosofia e História do Direito pela Programa de Pós-Graduação em Direito - UFSC, Bacharel e licenciada em História - UFSC, bacharel em Direito - UNIVALI, professor de Criminologia UNIVALI e pesquisadora vinculada ao Grupo de Pesquisa CNPq “Criminologia, Cultura da Punição e Crítica Filosófica” coordenado pelo prof. Dr. Augusto Jobim do Amaral

² Graduanda em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), bolsista de Iniciação Científica BPA (PUCRS) e pesquisadora vinculada ao Grupo de Pesquisa CNPq “Criminologia, Cultura da Punição e Crítica Filosófica” coordenado pelo prof. Dr. Augusto Jobim do Amaral

³ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A Nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Tradução Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

⁴ AMARAL, Nelson Cardoso. *PEC 241/55: a “morte” do PNE (2014-2024) e o poder de diminuição dos recursos educacionais*. In: Revista Brasileira de política e administração da educação, v. 32, n. 3, 2016, p. 1.

precarização do ensino público apresentados sem debate democrático⁵, secundaristas decidiram não se calar. Inspirados pelo movimento ocorrido em São Paulo no ano anterior - em que estudantes opuseram-se com veemência à implementação do denominado Projeto de "Reorganização" Escolar proposto pelo governador do Estado à época⁶ -, ocuparam escolas por todo país. As ocupações fomentaram e deram corpo, assim, a um movimento de defesa da educação pública frente aos desígnios estatais correntes. O emprego da tática da ocupação levou o movimento além. A "primavera secundarista" foi, em si mesma, um convite ao debate sobre a experiência da vida pública amplamente considerada. Aliados do debate político democrático, os "secundaristas" apropriaram-se de sua mais genuína condição de estudantes por meio da ação direta, utilizando o espaço escolar como meio de retomada dos direitos públicos de ensino, que à época colocavam-se em risco.

É precisamente essa a retomada de certa consciência de cidadania que afeta os desígnios do Estado neoliberal: tudo aquilo que se coloca na contramão da razão neoliberal de mundo, isto é, que representa um resistir às políticas de austeridade, acaba por ensejar a reprimenda do Estado. Sendo assim, é numa tentativa local de resistência contra a atuação desses poderes que este escrito propõe se situar.

Para tanto, o trabalho visa firmar os pressupostos teóricos norteadores da pesquisa, buscando aproximar, a partir de uma perspectiva filosófica, a ideia de razão neoliberal de mundo e os processos de criminalização dos movimentos sociais, em particular os movimentos estudantis conhecidos como "primavera secundarista" ocorridos no Brasil em 2016, explorando a Proposta de Emenda Constitucional 241/55 enquanto política de austeridade que ensejou, entre outras pautas, a emergência dos movimentos criminalizados pela agência do Estado neoliberal.

2. DUPLA VIA DE ATUAÇÃO DO ESTADO: TRAÇANDO UM PARALELO

O Novo Regime Fiscal (NRF), aprovado em 2016 (Emenda Constitucional 95/16), válido para a União, promove o "congelamento", nos valores de 2016, das despesas primárias dos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo; do Tribunal de Contas da União (TCU); do Ministério Público Federal (MPF); e da Defensoria Pública da União (DPU), pelo prazo de 20 anos⁷. A medida prevista para sua implantação prevê que os valores das despesas primárias⁸ das referidas instituições poderão sofrer reajustes somente até o limite dos percentuais referentes à inflação do ano anterior, medida pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)⁹. Esse período, estendido até o ano de 2036, abrangerá o período do Plano Nacional de Educação (PNE) vigente, aprovado pela Lei 13.005 de 25 de junho de 2014, bem como o período do próximo PNE, compreendido entre os anos de 2015 e 2035. O PNE vigente estabelece a chamada Meta 20, que consiste na aplicação de 10% do PIB de recursos financeiros em educação em 2024.

⁵ CASARA, Rubens.

⁶ Disponível em: <http://www.educacao.sp.gov.br/reorganizacao>

⁷ AMARAL, Nelson Cardoso. *PEC 241/55: a "morte" do PNE (2014-2024) e o poder de diminuição dos recursos educacionais*. In: Revista Brasileira de política e administração da educação, v. 32, n. 3, 2016, p. 1.

⁸ "As despesas primárias são todas aquelas despesas realizadas pela União, excluindo-se as relacionadas ao pagamento de juros, encargos e amortização das dívidas internas e externas (JEAD) (...) São aquelas despesas associadas ao pagamento de pessoal e encargos sociais, outras despesas correntes (água, luz, telefone, limpeza, vigilância, terceirizados, material de consumo etc.), investimentos (equipamentos, material permanente, construções etc.) e inversões financeiras (aquisição de imóveis etc.)". (*Austeridade e retrocesso: finanças públicas e política fiscal no Brasil*. documento elaborado pelo Fórum 21, Fundação Friedrich Ebert, GT de Macro da Sociedade Brasileira de Economia Política (SEP) e Plataforma Política Social. P. 10).

⁹ AMARAL, Nelson Cardoso. *PEC 241/55: a "morte" do PNE (2014-2024) e o poder de diminuição dos recursos educacionais*. In: Revista Brasileira de política e administração da educação, v. 32, n. 3, 2016, p. 1.

Sem adentrar com profundidade à questão econômica, cumpre esclarecer algumas consequências da aprovação da reforma que permitem compreender, em alguma medida, o cariz dessa nova política fiscal. O efeito a longo prazo da EC 95/16 é que a limitação das despesas primárias à inflação acabará por significar "uma 'sobra' de recursos financeiros nos cofres da União que não poderá ser destinada à educação, à saúde, à previdência social ou à assistência social", em razão de um engessamento da política fiscal¹⁰. Em outras palavras, essa limitação normativa à elevação do orçamento do Poder Executivo - e, conseqüentemente, do Ministério da Educação (MEC) -, ao IPCA, impede a incorporação de eventuais novos recursos às despesas primárias associadas à educação, porque faz com que o acréscimo desse recurso esteja sempre limitado à barreira imposta pelo IPCA. Nesse contexto, é possível prognosticar o futuro da Meta 20 do PNE (2014-2024), conforme explica Nelson Cardoso Amaral, a meta

(...) somente poderia ser alcançada se, persistentemente, o PIB não tivesse crescimento positivo - ou seja, fosse por longo período negativo - o que levaria, por 'inanição', os mesmos recursos financeiros de 2016, corrigidos pelo IPCA, a atingirem o equivalente a 10% do PIB em 2024¹¹.

Importa perceber, feitas essas breves considerações acerca do aspecto econômico, que a EC 95/16 terá efeitos diretos de precarização sobre a área da educação pública, dente outras áreas sociais. Trata-se, portanto, de uma escolha política revestida por um discurso econômico oficial que surge como diagnóstico convencional daquilo que identifica como crise fiscal. Esse diagnóstico legitima a implantação de políticas de austeridade, isto é, políticas deliberadas de ajuste da economia por meio da redução de salários e de gastos públicos, com o suposto objetivo de reduzir a dívida (melhorando as contas públicas), e aumentar os lucros, restaurando a concorrência entre as empresas¹².

Para os adeptos desse discurso, a contensão dos gastos sociais seria medida que se impõe para a solução de crises fiscais. O que deixam passar em suas análises, é que *no círculo vicioso da austeridade, cortes do gasto público induzem à redução do crescimento, que provoca novas quedas da arrecadação, que, por sua vez, exigem novos cortes de gasto (...)* Esse círculo vicioso só pode ser interrompido por decisões deliberadas do governo (...)¹³.

Em outras palavras, significa dizer que a adoção de políticas de austeridade não resolve o problema da crise econômica, mas pode agravá-la. A austeridade esconde, na verdade, um problema político profundo, e não somente um problema de contabilidade fiscal¹⁴. É precisamente nesse sentido de problema fiscal que se deve compreender a implantação do novo regime incorporado ao texto constitucional pela EC 95/16.

Para que seja possível avançar na compreensão daquilo que subjaz a realização de políticas de austeridade - como é o Novo Regime Fiscal e suas consequências para a educação pública -, é necessário compreender - mesmo que previamente através dos indícios que a literatura nos aponta - o contexto global em que se insere a agência do Estado nas sociedades contemporâneas. Qualquer análise que se pretenda crítica sobre a realidade política, econômica e social na atualidade não pode se furtar de atentar à razão de mundo que constitui a sociedade neoliberal. Trata-se, a partir de Pierre Dardot e Christian Laval, não apenas de uma ideologia política, ou de um tipo de política econômica, mas de uma racionalidade governamental¹⁵ que, como tal, tende a estruturar e organizar a ação dos

¹⁰ AMARAL, Nelson Cardoso. *PEC 241/55* [...].

¹¹ AMARAL, Nelson Cardoso. *PEC 241/55* [...], p. 662.

¹² *Austeridade e retrocesso: finanças públicas e política fiscal no Brasil*. documento elaborado pelo Fórum 21, Fundação Friedrich Ebert, GT de Macro da Sociedade Brasileira de Economia Política (SEP) e Plataforma Política Social. P. 10.

¹³ *Austeridade e retrocesso* [...], p. 10.

¹⁴ *Austeridade e retrocesso* [...], p. 10.

¹⁵ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A Nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Tradução Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 272.

governantes e a conduta dos governados¹⁶. Essa racionalidade política¹⁷ tem como principais características: o mercado como realidade construída; a concorrência como essência da ordem de mercado - isto é, das práticas econômicas -; a submissão do Estado às normas do mercado; e a generalização da concorrência como norma de conduta e da empresa como modelo de subjetivação¹⁸. Esses princípios são introjetados pelo Estado, constituindo a sua razão de governo.

O debate sobre o neoliberalismo, proposto por pensadores europeus na década de 30, pretendia deslocar o centro da questão sobre a intervenção Estatal. Superados os termos da alternativa reducionista entre o mercado autorregulador e a intervenção do Estado, a questão passou a tratar da natureza da intervenção governamental e seus objetivos¹⁹:

O neoliberalismo não procura tanto a 'retirada' do Estado e a ampliação dos domínios da acumulação de capital, quanto a transformação da ação pública, tornando o Estado uma esfera que também é regida por regras de concorrência e submetida a exigências de eficácia semelhantes àquelas a que se sujeitam às empresas privadas²⁰.

Sendo assim, "embora o Estado seja visto como o instrumento encarregado de reformar e administrar a sociedade para colocá-la a serviço das empresas, ele mesmo deve curvar-se às regras de eficácia das empresas privadas"²¹, isto é, às normas da concorrência. O que explicaria essa desejabilidade da universalização da concorrência como essência da ordem de mercado, para os neoliberais, é o seu efeito disciplinador como estímulo ao bom desempenho²², uma vez que repousa no princípio segundo o qual a independência em relação aos cidadãos é a melhor forma de garantir o interesse geral²³. O que se espera da atuação do Estado neoliberal, nesse quadro, é que seja eficaz e produtivo: ele não deve custar caro demais, nem obstaculizar competitividade da economia.

Nesse sentido, surge uma "concepção 'desencantada' da ação pública que leva a ver o Estado como uma empresa que se situa no mesmo plano das entidades privadas, um 'Estado-empresa' (...)"²⁴. Em outras palavras, o neoliberalismo promove uma importação das regras de funcionamento do mercado concorrencial para o setor público, que faz com que o exercício do poder governamental seja pensado de acordo com a racionalidade da empresa²⁵. Nessa concepção, em que a concorrência coloca-se como paradigma da ação pública, o Estado deixa de se destinar a assegurar a integração da vida coletiva e passa a ordenar as sociedades de acordo com as exigências da concorrência mundial e das finanças globais²⁶. Desse modo, o modelo de gestão privada passa a ser entendido como mais eficaz que à administração pública, e, portanto, mais desejável, fazendo surgir aquilo que se pode chamar de "nova gestão pública".

Essa nova gestão pública que introjeta mecanismos de gestão privada à ação e à administração públicas, possui duas dimensões: ela introduz modos de controle mais refinados aos gestores e confunde as missões do serviço público, alinhando-as formalmente a uma produção do setor privado²⁷. Importa-nos - na busca por compreender o contexto global em que as políticas de austeridade se impõem como modo de governo -, pensar nessa segunda dimensão, uma vez que acarreta necessariamente uma perda do

¹⁶DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A Nova razão do mundo* [...], p. 17.

¹⁷DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A Nova razão do mundo* [...], p. 17.

¹⁸DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A Nova razão do mundo* [...], p. 377 e 378.

¹⁹DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A Nova razão do mundo* [...], p. 272.

²⁰DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A Nova razão do mundo* [...], p. 272.

²¹DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A Nova razão do mundo* [...], p. 274.

²²DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A Nova razão do mundo* [...], p. 290.

²³DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A Nova razão do mundo* [...], p. 32.

²⁴DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A Nova razão do mundo* [...], p. 275.

²⁵DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A Nova razão do mundo* [...], p. 275.

²⁶DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A Nova razão do mundo* [...], p. 284.

²⁷DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A Nova razão do mundo* [...], p. 318.

significado próprio dos serviços públicos. A ideia de um setor público cujos princípios transgridem a lógica mercantil é posta em questão com a ampliação de relações contratuais e delegações entre Estado e setor privado²⁸. Isso ocorre, porque a obrigação de prestar serviços públicos não se concilia facilmente com a promoção da concorrência.

A importação das lógicas de mercado para o funcionamento do Estado tem dois efeitos fundamentais: o de romper a relação entre os serviços públicos e seus resultados, e o de despolitizar as relações entre Estado e cidadãos. Essa despolitização passa por uma transformação dos cidadãos em consumidores de serviços que visam unicamente sua satisfação egoísta, orientados por uma concepção de custo-benefício que elimina do espaço público qualquer noção de justiça que não seja a de equivalência entre o que foi pago individualmente pelo contribuinte e o que foi recebido individualmente por ele²⁹. Essa nova forma de relação que se estabelece entre Estado e cidadãos-consumidores tem efeitos diretos sobre como esses indivíduos enxergam sua contribuição fiscal para os encargos coletivos e o retorno que têm individualmente³⁰.

É precisamente esse aspecto da racionalidade neoliberal, apontada pelos autores revisitados no presente trabalho, que importa para compreendermos a natureza das políticas de austeridade, assim como os significados que exprimem e os desígnios que visam realizar. A adoção dessas políticas, justificadas por cenários de crise, fortalecem a realização de Estados neoliberais cada vez mais fortemente ativos na promoção da lógica da concorrência dos mercados financeiros³¹. O diagnóstico convencional sobre a crise fiscal, revestido por um discurso técnico economicista, mascara os motivadores reais que ensejam o repúdio pelas contribuições fiscais para encargos coletivos: elas não trazem retorno individual àqueles que não se utilizam dos serviços prestados pelo setor público. Além disso, esses serviços, quando prestados pelo setor público, não cumprem adequadamente com a função atribuída a eles pela ordem de mercado, qual seja, o de fomentar, através da concorrência e dos poderes disciplinares que exercem em sua atividade, a generalização da norma concorrência e da empresa como modelo de subjetivação. Por enquadrarem-se à margem da realização desses propósitos, devem ser delegados cada vez mais ao setor privado. Nesse processo, àqueles que não estão aptos a jogar o jogo da concorrência, não está reservado espaço.

Partindo dessa compreensão, é possível pensar sobre o sentido da desvalorização dos serviços públicos promovida por políticas de austeridade, bem como dos movimentos que, em oposição a ela emergiram naquele contexto, (entre eles, a chamada "primavera secundarista"). O Novo Regime Fiscal exprime, em todos os seus métodos, o alinhamento das políticas de Estado aos desígnios neoliberais, devendo ser percebida enquanto tal. Antes de qualquer desajuste fiscal, o novo regime visa afastar os gastos sociais, na medida em que eles perdem o sentido na sociedade movida por princípios egoístas de concorrência. Essa retirada tem efeitos nefastos: ela suspende a cidadania daqueles que não podem ser incluídos pelo consumo, uma vez que a própria cidadania, como demonstrado, passa a ser associada diretamente à condição de consumidor.

Nesse sentido, a modificação da definição do sujeito político³² é, ao fim e ao cabo, a expressão dessa marginalização, uma negação do outro - compreendido como aquele que se constitui em formas alternativas de subjetivação -. Em outras palavras, a realização dos desígnios estatais correntes vale-se da operação de dispositivos de poder que se exercem sobre a ação e a possibilidade de ação do outro, tornando-o *sujeito ao* exercício

²⁸DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A Nova razão do mundo* [...], p. 318.

²⁹DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A Nova razão do mundo* [...], p. 319 e 320.

³⁰DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A Nova razão do mundo* [...], p. 320.

³¹DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A Nova razão do mundo* [...], p. 14.

³²DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A Nova razão do mundo* [...], p. 320.

de dispositivos de poder³³. À combinação entre técnicas de dominação sobre os outros e técnicas de governo de si, Foucault dá o nome de 'governamentalidade'³⁴. Governar é, portanto, exercer poder sobre homens, conduzindo sua conduta, isto é, aquela que eles tem para consigo, mas também aquela que é exercida sobre ele por outros. O poder, vai dizer Manuel Castells em sentido próximo, "é exercido através dos meios coercivos e/ou pela construção de significados nas mentes das pessoas, através de mecanismos de manipulação simbólica"³⁵. Desse modo, aqueles que escapam a essa forma de sujeição desafiam o poder, disputando através do exercício de um contrapoder a construção de significados³⁶.

Novas formas de subjetivação, alternativas ao modelo da empresa de si apresentam-se para Pierre Dardot e Christian Laval, como o único caminho possível de resistir à racionalidade dominante³⁷. Nesse sentido, aquilo que chamam de *contraconduta* seria o meio para articular outras formas de subjetivação à resistência concreta à essa racionalidade. Na leitura de Castells, o *contrapoder* é também exercido por movimentos sociais, "pela construção deles próprios através de um processo de comunicação autônomo, livre do controle daqueles que detém (uma forma de) poder institucional"³⁸. Sendo assim, o movimento que ficou conhecido como "primavera secundarista", ocorrido no Brasil entre 2015 e 2016, pode ser compreendido nessa perspectiva. Irresignados com a PEC 241/55 - que promoveria (e promoverá) a precarização da educação pública -, apresentada sem debate democrático, secundaristas por todo o Brasil decidiram não compactuar com as medidas estatais. Inspirados pelo movimento ocorrido em São Paulo no ano anterior - em que estudantes opuseram-se com veemência à implementação do chamado projeto de "reorganização" escolar proposto pelo governador do Estado à época³⁹ -, ocuparam escolas em diversos estados da federação. O movimento fomentou e deu corpo a uma mobilização em defesa da educação pública frente aos desígnios estatais correntes. Certa forma de contrapoder e resistência ao alcance dos estudantes.

Dentre um sem fim de desdobramentos, a "primavera secundarista" resultou de uma desconfiança profunda nos poderes que gerem a sociedade de mercado. A crise das condições de vida - precisamente as de educação - afetas àquele espectro da população (os secundaristas), levou-os a tomarem a questão pelas próprias mãos, fazendo com que se envolvessem em ações coletivas alternativas aos canais institucionais prescritos⁴⁰. O emprego da tática da ocupação do espaço público levou o movimento além, pois, se o controle dos espaços simboliza o controle sobre a vida das pessoas⁴¹, tomá-lo significa subvertê-lo. Por isso, a "primavera secundarista" foi, em si mesma, um convite ao debate sobre a experiência da vida pública amplamente considerada. Aliados do debate político democrático, os estudantes secundaristas apropriaram-se de sua mais genuína condição por meio da ação direta, utilizando o espaço escolar como meio para sua própria retomada. Revitalizando o sentido das virtudes cívicas⁴², foram também símbolo da resistência concreta à imposição de um modo de vida que parece não deixar alternativas. Exatamente por esse prisma, é que se pode compreender a investida do uso da força pelo

³³FOUCAULT, Michel. *O sujeito e o poder*. In HUBERT, Dreyfus; RABINOW, Paul. *Michel Foucault: uma trajetória filosófica (para além do estruturalismo e da hermenêutica)*. Tradução Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

³⁴ Disponível em <<http://www.educacao.sp.gov.br/reorganizacao>> Acesso em 09 de novembro de 2017.

³⁵CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 22.

³⁶CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança* [...], p. 22.

³⁷DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A Nova razão do mundo* [...], p. 396.

³⁸DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A Nova razão do mundo* [...], p. 27.

³⁹Disponível em: <<http://www.educacao.sp.gov.br/reorganizacao>> Acesso em 09 de novembro de 2017.

⁴⁰CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança* [...].

⁴¹CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança* [...], p. 28.

⁴²DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A Nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Tradução Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016. P. 320.

Estado como uma forma de promover a criminalização dos manifestantes: trata-se de um recurso de afastamento daquilo que representa um resistir às políticas de austeridade impostas, isto é, que se coloca na contramão da realização de uma razão neoliberal de mundo.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, é possível afirmar que o Estado neoliberal, ao contrário do que se possa crer, é um Estado forte, que, atuando sob um paradigma de crise, utiliza-se de planos de austeridade para promover a consolidação da razão neoliberal de mundo como única forma possível de vida em sociedade. Nesse contexto, o poder punitivo coloca-se como segunda via de atuação estatal, quando a implantação das políticas neoliberais encontra formas organizadas de resistência. Utilizando-se do uso da força, o aparato estatal mobiliza, através de do poder punitivo, dispositivos de poder de criminalização secundária, para neutralizar o esforço contra-hegemônico empregado por indivíduos que organizam-se na contramão da realização dos desígnios do Estado neoliberal.

Dentre outros discursos mobilizados, o discurso jurídico é instrumentalizado na afirmação e na manutenção de uma realidade antidemocrática, que esvazia o debate político democrático silenciando vozes e neutralizando corpos ousam constituir formas alternativas de subjetivação na tentativa de inventar novas formas de vida. Nesse sentido, reputa-se de fundamental importância apontar o titeriteiro, para reconhecê-lo, pois somente assim e, assim, desvencilhar-se.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Nelson Cardoso. *PEC 241/55: a "morte" do PNE (2014-2024) e o poder de diminuição dos recursos educacionais*. In: Revista Brasileira de política e administração da educação, v. 32, n. 3, 2016, p. 1. Disponível em: <http://brasildebate.com.br/wp-content/uploads/PEC_241-Austeridade.pdf> Acesso em 09 de novembro de 2017.
- CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A Nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Tradução Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.
- FOUCAULT, Michel. *O sujeito e o poder*. In HUBERT, Dreyfus; RABINOW, Paul. *Michel Foucault: uma trajetória filosófica (para além do estruturalismo e da hermenêutica)*. Tradução Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- LAVAL, Christian. *A escola não é uma empresa: o neo-liberalismo em ataque ao ensino público*. Tradução Maria Luiza M. de Carvalho e Silva. Londrina: Planta, 2004.

A construção de *standards* internacionais para o direito a ser esquecido

Lucila Vilhena¹

Universidade Estadual da Paraíba

Introdução

Em 10 de Julho de 2010, Jeffrey Rosen disse ao *The New York Times*: “the web means the end of forgetting”². Isso quer dizer que, atualmente é mais difícil esquecer um tema, do que lembrá-lo. Qualquer pessoa, em poucos momentos, com uma simples busca em seu computador, tem acesso à informações que desconhecem fronteiras geográficas ou temporais, e a rapidez e facilidade com que essas informações se disseminam, típicas de uma sociedade que vive em condições globalizadas, acarreta problemas de privacidade por parte de pessoas que têm suas informações pessoais divulgadas.

Neste cenário, vários Tribunais se deparam atualmente com queixosos que buscam a concretização de um direito de “*being let alone*”, ou ainda, de um direito de “*not being known about*”, o que representa um grande *hard case* jurídico atual, sobretudo em tempos de terrorismo e crescente violência, onde o Estado necessita cada vez mais de conhecer dados da nossa intimidade, sob a justificativa da manutenção da segurança de todos. É dizer, privar alguns de sua intimidade parece se justificar pelo bem maior da busca pela segurança de milhares de outras pessoas. O problema ganha ainda maior relevância quando o Estado se equivoca, e acaba violando a intimidade de alguém que não representa nenhuma ameaça à segurança da sociedade. O fato é que, nos dias de hoje, ninguém está imune à inspeção pública.

Um dos temas mais desafiadores para o direito internacional na atualidade, portanto, é a regulação da internet, e diante desse exposto introdutório, após demonstrar o quadro geral do problema, visamos avançar na discussão de um tema específico: a existência de um novo direito a ser esquecido, tema este que passa a ganhar grande relevância com o advento da internet, e representa um dos pontos mais delicados no que toca a sua regulação.

1. Aspectos do direito internacional

São várias as questões concernentes a esse problema, dentre os quais podemos destacar o fato de que, dentro do mesmo contexto dos procedimentos especiais do sistema de proteção dos Direitos Humanos das Nações Unidas, dois Relatores Especiais têm posições diametralmente opostas sobre um ponto deveras importante: o da necessidade de regulação da atividade estatal no que diz respeito à privacidade dos cidadãos no ciberespaço.

¹ Professora da Universidade Estadual da Paraíba; Doutoranda e Bolsista em Direito Internacional e Europeu da Universidade de Lisboa. Advogada.

² ROSEN, Jeffrey.

Disponível em: <http://www.nytimes.com/2010/07/25/magazine/25privacy-t2.html?pagewanted=all&_r=1&>. Acesso em: 26 de Junho de 2017.

O Relator Especial para o direito à privacidade explica em seu primeiro relatório para o Conselho de Direitos Humanos, a necessidade de criação de normas concernentes ao Direito Internacional, seja na forma de *soft law* como modelo para a elaboração de legislações nacionais, seja como *hard law* com a implementação de um Tratado Internacional sobre Vigilância, a chamada Convenção de Genebra. Já em outro momento, nomeadamente no seu relatório de março de 2017, o mesmo Relator expressou a sua intenção de, até 2018, ser considerada a viabilidade de um novo instrumento internacional sobre vigilância e privacidade, uma ideia fundamentada na noção de internet como um bem comum a todos, como o próprio relator concluiu no presente documento.

Por outra ótica, o Relator Especial para a Liberdade de Expressão, manifestou-se expressamente contra a Convenção de Genebra, afirmando que neste momento, uma regulação internacional da internet significaria menos proteção, como veremos em momento oportuno.

Essa divergência de opiniões entre os dois Relatores Especiais demonstra a delicadeza e profundidade do tema. Se por um lado percebemos a necessidade atual de prevenir exageros na vigilância dos cidadãos no ciberespaço, visando proporcionar-lhes um ambiente virtual livre e seguro onde os direitos de que dispõem são exatamente os mesmos daqueles de que gozam *off-line*, por outro lado, é necessária a máxima cautela em qualquer intenção de regulação estatal do ambiente virtual, uma vez que tal intenção pode ser utilizada para fins outros que não aqueles em cujo o Estado democrático de direito deve fundamentar-se. A transparência durante todo o processo de construção normativa é vital para a garantia de que pretende-se realmente avançar na proteção dos direitos humanos.

2. Aspectos do direito brasileiro

O direito a ser esquecido (ou ao esquecimento), consiste no direito de que uma pessoa dispõe de ser esquecida por fatos acontecidos no passado, ainda que verdadeiros. Tal ideia na realidade brasileira, já encontra-se regulada na esfera penal, onde é amplamente difundido um direito ao esquecimento reconhecido em nome da ressocialização da pessoa que já cumpriu sua dívida com a sociedade, e cuja divulgação de dados sobre seu passado pode ser prejudicial à sua reinserção na mesma.

Contudo, a discussão dessa matéria sob o ponto de vista do direito civil, ainda representa grande dificuldade no Brasil, uma vez que o direito ao esquecimento pode contrapor-se à liberdade de expressão, liberdade de informação e de imprensa, ou até a liberdade de ensino e científica, dado que o esquecimento de fatos históricos pode acarretar, com o passar do tempo, na perda da verdade sobre aqueles dados, e este é um importante fundamento filosófico da proteção à liberdade de expressão do pensamento de maneira ampla.

Outra zona de penumbra a que o direito à privacidade está sujeito, é quando ele se choca com a liberdade de imprensa constitucionalmente protegida, é dizer, quando a publicação de dados ou de assuntos relativos à vida íntima de alguém, se justifica pelo interesse público. O que a doutrina e a jurisprudência tem firmado entendimento é que quando uma pessoa se coloca voluntariamente sob os olhares da sociedade, perde o direito de reclamar sobre a publicidade dada a sua atividade, pois escolher ser publicamente conhecido, e desejar manter os mesmos direitos à intimidade de que goza um cidadão comum, seria uma espécie de *venire contra factum proprio*, aspecto este esclarecedor do princípio da boa fé objetiva nas relações jurídicas, mas que obviamente, aceita limitações.

O *leading case* sobre o direito a ser esquecido no Brasil, é o caso da família da senhora Aída Curi contra um programa da TV Globo que lembrou o caso de seu assassinato

cruel. Os autores da ação reclamam na justiça a proibição da exibição desse programa televisivo e sua retirada de todas as plataformas digitais disponíveis, sob o argumento de que a vítima goza de um direito a ser esquecida, uma vez que tal ocorrido já ficou no passado e sua lembrança causaria apenas dor e sofrimento à família da vítima. O caso encontra-se atualmente no STF para julgamento e tem repercussão geral (ARExt 833.248).

A Lei do Marco Civil da Internet (LMCI: Lei nº 12.965/2014), seguindo uma diretriz constitucional ao cuidar dos princípios que devem orientar o uso desse espaço virtual, elencou as duas categorias de direitos ora examinados como princípios norteadores. Portanto, a liberdade de expressão, comunicação e informação por um lado, e a privacidade por outro, são princípios vetores que regem as relações na internet, segundo a LMCI.

A colisão entre esses princípios fundamentais requer uma solução processual que perpassa pelo uso da técnica da ponderação de valores, servindo-se, como orienta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do princípio da proporcionalidade. Para tanto, é necessário proceder-se, à luz de cada caso concreto, à atribuição de pesos aos valores em choque a partir da intensidade com que determinado princípio deverá sobrepor-se a outros³.

3. Aspectos do direito espanhol e europeu

A dificuldade em reconhecer o direito ao esquecimento na esfera cível, já não encontra respaldo na realidade europeia. Após a conhecida decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia que obrigou o *site* de buscas *Google* a eliminar a ligação entre o nome do cidadão espanhol Mario Costeja González, e o anúncio publicado no jornal *La Vanguardia* em 1998 pelo Ministério do Trabalho e dos Assuntos Sociais espanhol, sobre um leilão de imóveis para o pagamento de dívidas à Segurança Social em que aquele cidadão era um dos devedores, este assunto ganhou grande destaque no que diz respeito ao direito da União Europeia.

Anos depois, apenas recentemente em 2016, assistimos a consagração desse direito pelo 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 revogou a antiga Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).

Resta salientar que, para além da óbvia inovação material com a consagração de um direito a ser esquecido, o direito da União Europeia contemplou um avanço formal no tratamento dado a proteção dos dados pessoais dos cidadãos, uma vez que agora, essa matéria é tratada em um Regulamento e não numa Diretiva como era feito anteriormente. Isso em termos práticos, quer dizer que a União optou por legislar concretamente e reconhecer esse direito ao esquecimento que passa a ter impacto direto nas legislações nacionais dentro desse território, pois o Regulamento é o ato legislativo da União Europeia, ou seja, é a sua lei.

Com efeito, as características do Regulamento são portanto: caráter geral; obrigatoriedade para os seus destinatários em todos os seus elementos (resultado, meios de o alcançar e forma de o fazer); e finalmente, aplicabilidade direta na ordem interna dos Estados-membros da União Europeia. Fausto de Quadros⁴ ensina que o Regulamento se impõe, através de todas as suas disposições e em todos os seus elementos, a todos os órgãos e instituições da União Europeia, aos Estados-membros

³ PIMENTEL, Alexandre; Cardoso, Mateus. A Regulação do Direito ao Esquecimento na Lei do Marco Civil da Internet e a Problemática da Responsabilidade Civil dos Provedores. *In: Revista da AJURIS* – v. 42 – n. 137 – Março, 2015, pp. 51.

⁴ QUADROS, Fausto de. **Direito da União Europeia**. Coimbra : Almedina, 2004, p. 355.

e aos particulares. E ainda, que ele é diretamente aplicável na ordem interna dos Estados, é dizer, o Regulamento não precisa de qualquer medida nacional de recepção que o “nacionalize”.

Diferente dos Regulamentos, as Diretivas por sua vez, têm as seguintes características: têm como destinatários apenas os Estados-membros; obriga os Estados apenas quanto ao resultado que visa alcançar; deixa a cargo dos Estados, liberdade de escolha quanto à forma e aos meios de alcançar os resultados previstos por ela⁵. Ou seja, diante de uma Diretiva da União Europeia, cada Estado-membro escolhe a forma de a “nacionalizar”, é dizer, de transpor as suas diretrizes para a legislação interna, ficando vinculado apenas aos resultados que devem ser alcançados, quanto aos meios de os alcançar, cada Estado é livre para escolher.

Conclusão

Diante de todo o exposto, podemos observar a interligação e indivisibilidade do tema dos direitos humanos. Com efeito, na mesma medida em que a sociedade evolui, novos problemas surgem, e a solução para esses novos problemas nem sempre resulta da maneira mais fácil.

Nesse tema em específico, observamos que a concretização de uma nova categoria de direitos, qual seja o direito a ser esquecido, pode implicar, se não for bem fundamentada, no retrocesso na proteção de outro direito/valor fundamental cujo conceito é intrínseco à própria ideia de democracia: o direito à livre expressão do pensamento. O problema é que, como observou Walter Ceneviva⁶, essas duas categorias de direitos possuem status de tutelas constitucionais e integram os chamados direitos fundamentais, porém os valores que revestem cada um desses dois grupos muitas vezes são opostos. Nesse sentido, a regulação internacional do ciberespaço, em vários os aspectos, sobretudo neste em específico, poderá significar de fato, menos proteção aos direitos fundamentais, uma vez que parece difícil avançarmos em um ponto sem retroceder em outro, pelo menos na conjuntura atual.

É fato inegável que a sociedade contemporânea encontra-se em um momento de transição. A preocupação massiva com a segurança diante do avanço do terrorismo é algo real o suficiente, a ponto de fazer com que as pessoas esqueçam certos valores, ou que os ponham em segundo plano. Em uma era de pós-verdade, a falta de informações e a pressa de tomar decisões diante desses graves desafios, faz com que os governantes muitas vezes caiam em erro na condução de políticas essenciais para a convivência da sociedade e o acesso à direitos humanos dos mais fundamentais.

Nesse sentido, Ulrick Bech desenvolve uma lógica de “distribuição de riqueza e distribuição de riscos”. Como o próprio explica, na “modernidade tardia” a produção social de riqueza é seguida sistematicamente pela produção social de riscos⁷. Isso quer dizer que há bônus e ônus no desenvolvimento de qualquer sociedade, quando ela se abre ao desenvolvimento econômico, social, político ou de qualquer outro aspecto, ela deve ter em mente que atrelado a esse desenvolvimento, encontramos alguns ônus, como o aumento da população e conseqüentemente, da violência por exemplo.

Com efeito, a forma como reagimos a esses desafios, diz muito sobre o sistema legal que pretendemos ter em resposta a eles. Regular o espaço virtual sob argumentos

⁵ Ibid., p. 358.

⁶ CENEVIVA, Walter. Informação e privacidade. XVIII Conferência Nacional dos Advogados: Cidadania, Ética e Estado. Salvador, 2002. Anais. Brasília: OAB, 2003. p. 1513.

⁷ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: Rumo a uma Outra Modernidade*. São Paulo : Editora 34, 2011, p. 23.

como o de que isso evitará abusos no tratamento de dados pessoais, conseqüentemente, mais privacidade aos cidadãos; ou o de que evitará a vigilância desnecessária sob pessoas que não apresentam risco à segurança comum; poderá, apesar de serem argumentos bem intencionados, servir a outros fins estranhos à democracia, como já dissemos.

A grande questão aqui é, portanto, identificar como tratar desses “efeitos colaterais latentes” da globalização, sem comprometer as fronteiras daquilo que é social e politicamente aceitável. Esse é um grande desafio atual, e nesse sentido o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, exerce um papel de suma importância, como podemos perceber recentemente em ocasião da sua 35ª. sessão.

Em conclusão, percebemos que estamos diante de direitos novos, situações novas, e é comum que a comunidade internacional precise de tempo para estabelecer e desenvolver alguns conceitos, e promover um debate sério e efetivo sobre temas sensíveis dos Direitos Humanos, através principalmente de seus procedimentos especiais, apresentando exemplos reais e casos concretos dos mais atuais, é um papel importante da competência do Conselho de Direitos Humanos e representa atualmente, a solução mais eficaz de ponderação de valores em conflito. Os Relatórios dos Relatores Especiais, as Resoluções do Conselho e os debates promovidos nesse sistema, podem ser portanto, meios eficazes e substitutivos de uma norma internacional que visaria regular uma matéria extremamente sensível, uma vez que como já demonstramos, uma Convenção nesse momento, não seria necessariamente sinônimo de maior proteção.

Referências Bibliográficas

- ADAMS, David M. *Philosophical Problems in the Law*. 5ª. ed. Boston : Wadsworth, 2013.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo : Malheiros Editores, 2006.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra : Almedina, 1987.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: Rumo a uma Outra Modernidade*. São Paulo : Editora 34, 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed. Coimbra : Almedina, 2003.
- _____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume I, 4ª. ed. Coimbra : Coimbra Editora, 2007.
- CENEVIVA, Walter. Informação e privacidade. *XVIII Conferência Nacional dos Advogados: Cidadania, Ética e Estado*. Salvador, 2002. Anais. Brasília: OAB.
- CHAFEE JR, Zechariah. *Free Speech in the United States*. Cambridge : Harvard University Press, 1941.
- DWORKIN, Ronald. The Right to Ridicule. *The New York Review of Books*. Disponível em: <http://www.nybooks.com/articles/2006/03/23/the-right-to-ridicule/> Publicado em 23/03/2006, Consultado em 26/04/2016.
- FEINBERG, Joel. Limits to the Free Expression of Opinion. *Philosophy of Law*. 6ª. edição. FEINBERG, Joel; COLEMAN, Jules (org.). Belmont : Wadsworth, 2000.
- HENRIQUES, Paulo Videira. Os Excessos de Linguagem na Imprensa. *Estudos de Direito da Comunicação*. Coimbra : FDUC editora, 2002, págs. 213 e seguintes.
- HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento*. Tradução de Luiz Repa, São Paulo : Editora 34, 2003.
- LAMEGO, José. “Sociedade Aberta” e Liberdade de Consciência: O Direito Fundamental de Liberdade de Consciência. Lisboa : AAFDL, 1985.

- LOPES, Edgar Taborda. Liberdade de Expressão e Tutela da Honra – Que Limites? *Revista da Faculdade de direito da Universidade de Lisboa*. Volume LV, n. 1 e 2. Páginas 189 à 213. Coimbra : Coimbra Editora, 2014.
- MACHADO, Jónatas. *Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra : Coimbra Editora, 2002.
- MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Lisboa : Edições 70, 2015.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais*. 9ª. ed. Coimbra : Coimbra Editora, 2012.
- PIMENTEL, Alexandre; Cardoso, Mateus. A Regulação do Direito ao Esquecimento na Lei do Marco Civil da Internet e a Problemática da Responsabilidade Civil dos Provedores. In: *Revista da AJURIS*. volume. 42, número 137 (Março), 2015, pp. 45 à 61.
- QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. Coimbra : Almedina, 2004
- UNITED NATIONS. Report of the Special Rapporteur to the General Assembly on the Contemporary Challenges to Freedom of Expression. Documento A/71/373, 2016. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/FreedomOpinion/Pages/Annual.aspx>, consultado em 28/06/2017.
- _____. Report of the Special Rapporteur to the Human Rights Council on the Role of Digital Access Providers. Documento A/HRC/35/22, 2017. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/FreedomOpinion/Pages/Annual.aspx>, consultado em 28/06/2017.
- _____. Report of the Special Rapporteur to the General Assembly on the Right to Privacy. Documento A/71/368, 2016. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Privacy/SR/Pages/AnnualReports.aspx>, consultado em 28/06/2017.
- _____. Report of the Special Rapporteur to the Human Rights Council on the Right to Privacy. Documento A/71/368, 2016. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Privacy/SR/Pages/AnnualReports.aspx>, consultado em 28/06/2017.
- WARBURTON, Nigel. *Liberdade de Expressão – Uma Breve Introdução*. Gradiva : Lisboa, 2015.
- WILLIAMS, Bernards. *Ethics and the Limits of Philosophy*. Londres : Routledge, 2006.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Filosofia do Direito*. Tradução de António Franco e António Francisco de Sousa. Lisboa : Quid Juris, 2010.

Aproximações teóricas ao conteúdo do mínimo existencial no ordenamento jurídico brasileiro

Thiago Santos Rocha¹

Universidad de Oviedo

INTRODUÇÃO

O mínimo existencial é argumento presente na jurisprudência brasileira para defesa do dever de o Estado garantir o atendimento a determinadas necessidades básicas do indivíduo. Todavia, não há clareza em seu conteúdo. Isto porque não se trata de um direito ou garantia especificamente previsto na Constituição da República de 1988 (CR/88) e nem mesmo na legislação infraconstitucional. Ademais, cabe à jurisprudência aplicá-lo nos casos concretos, e não teorizar de forma abstrata sobre o tema, por mais que às vezes o faça.

Assim, o escopo deste trabalho é, após revisão bibliográfica, verificar quais as concepções mais relevantes na doutrina sobre o conteúdo do mínimo existencial, bem como apontar aquelas que mais se mostram alinhadas à ordem constitucional brasileira.

A compreensão deste tema, envolvendo o atendimento às mais básicas necessidades dos indivíduos, assume especial relevância em um país no qual, após um longo período de queda, de 2003 a 2014, o percentual de população abaixo da linha de pobreza volta a subir.

Considerando a metodologia adotada pelo Banco Mundial para o Brasil a partir de relatório divulgado em outubro de 2017, o número de pessoas abaixo da linha de pobreza, ou seja, aquelas que vivem com menos US\$ 5,50, saltou de 20,4% (2014) para 22,1% (2015). Mesmo considerando a linha de pobreza até então adotada, de US\$ 1,90 por dia, houve um aumento de 3,7% para 4,3% no mesmo período.²

O empobrecimento da população, ao lado das constantes ameaças aos direitos sociais que se têm apresentado por meio de medidas do Poder Legislativo e do Poder Executivo,³ formam um cenário extremamente propício à judicialização de causas

¹ Mestrando em Direito e Ciência Jurídica – Especialidade de Direitos Fundamentais, pela 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.

² A nova classificação adotada pelo Banco Mundial não mais analisa todos os países a partir da mesma linha de pobreza, de US\$ 1,90 por dia, mas estabelece três linhas diferentes (US\$ 1,90, US\$ 3,20 e US\$ 5,50), de acordo com a renda média do país. Cf. THE WORLD BANK, **Country Poverty Brief - Brazil**, Poverty & Equity Data Portal, disponível em: <http://databank.worldbank.org/data/Views/Reports/ReportWidgetCustom.aspx?Report_Name=pov_cou_1_2017&Id=c028ff64&wd=430&ht=390&tb=y&dd=n&pr=n&export=y&xlbl=y&ybl=y&legend=y&isportal=y&inf=n&exptypes=Excel&country=BRA&series=SI.POV.UMIC,SI.POV.UMIC.NO>, acesso em: 9 nov. 2017.

³ Destaque-se a aprovação da Emenda Constitucional n. 95/2016, a partir de proposta da Presidência da República, que mantém fixo por vinte exercícios o valor de gastos públicos

que versem sobre o atendimento às condições materiais mínimas de dignidade dos cidadãos.

Neste contexto, a melhor compreensão do conteúdo do mínimo existencial é de grande valia para a análise crítica de muitas discussões jurídicas que já estão em pauta e tendem a se multiplicar.

1. BREVE FUNDAMENTAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Com algumas pequenas variações, a doutrina brasileira considera o mínimo existencial como o conjunto de prestações básicas necessárias a assegurar ao indivíduo as condições materiais mínimas para uma vida digna.

Analisando o tema dentro do ordenamento jurídico sob a égide da Constituição da República de 1988 (CR/88), verifica-se que o inciso III do artigo 1º de tal Carta fixa, entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana.

A moderna doutrina considera a dignidade da pessoa humana como um elemento normativo central, do qual emanam os direitos fundamentais, em uma estrutura na qual a Constituição é concebida não apenas como a norma maior do ordenamento jurídico, mas também como o centro de irradiação.⁴

Assim, não se faz necessário justificar a garantia das necessidades materiais básicas como instrumento para se atingir outros resultados, haja vista que já é elemento componente da própria dignidade da pessoa humana. Sob este prisma, Daniel Sarmiento destaca que o mínimo existencial deve ser assegurado mesmo àqueles indivíduos vulneráveis que, por diversas condições intrínsecas, não sejam capazes de exercer sua autonomia privada ou pública, tal como acontece com as pessoas que possuem limitações cognitivas.⁵

Não obstante, isto não significa negar a importância do mínimo existencial para que o indivíduo possa atingir outros fins, tais como um sistema igualitário de liberdades⁶ e o próprio regime democrático.⁷

federais, os quais incluem gastos com saúde e educação e que, a partir de 2018, serão apenas reajustados da inflação acumulada conforme o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA).

⁴ Cf. BARROSO, Luis Roberto, **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**, Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf>, p. 10. Olsen argumenta que, no sistema imposto pela CR/88, a Constituição não mais é o vértice da pirâmide normativa, tal como concebida por Kelsen, mas sim o centro de irradiação do sistema jurídico. Cf. OLSEN, Ana Carolina Lopes, **Direitos Fundamentais Sociais. Efetividade Frente à Reserva do Possível**, 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 176.

⁵ Conforme Daniel Sarmiento, o princípio da dignidade da pessoa humana é composto, *prima facie*, por cinco elementos, quais sejam, o valor intrínseco da pessoa, a igualdade, a autonomia, o mínimo existencial e o reconhecimento. Cf. SARMENTO, Daniel, **Dignidade da Pessoa Humana. Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**, Edição: 2ª. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 92 e 208.

⁶ Cf. RAWLS, John, **Liberalismo Político**, 2. ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 49–50. PEFFER, Rodney G, **Marxism, Morality, and Social Justice**, Princeton: Princeton University Press, 1990, p. 418. TORRES, Ricardo Lobo, **O direito ao mínimo existencial**, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 141.

⁷ HABERMAS, Jürgen, **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 159–160.

Analisando a Lei Fundamental Alemã que, ao contrário da CR/88, não possui um rol analítico de direitos fundamentais sociais, Robert Alexy afirma ser praticamente impossível determinar o conteúdo do mínimo existencial. Isto porque, de acordo com sua teoria dos direitos fundamentais como princípios, o mínimo existencial seria um direito subjetivo definitivo vinculante, mas relativo, e não absoluto, uma vez que resulta do sopesamento dos princípios da igualdade fática e da liberdade fática, de um lado, e dos princípios formais e materiais com eles colidentes, de outro. Ainda segundo Alexy, o princípio da dignidade da pessoa humana não oferece nenhum padrão racionalmente controlável, o que o leva a fundamentar o mínimo existencial a partir dos princípios da igualdade fática e da liberdade fática.⁸

O direito ao mínimo existencial não possui referência direta na CR/88 ou em texto legislativo. Todavia, dada a sua estreita relação com um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ao lado da abertura material prevista no § 2º do artigo 5º da CR/88,⁹ não parece equivocado afirmar que o direito ao mínimo existencial é um direito fundamental autônomo, ao lado dos demais direitos fundamentais.

Neste sentido, Figueiredo e Sarlet defendem inclusive que o mínimo existencial deve orientar a interpretação dos demais direitos sociais.¹⁰ Por sua vez, Bitencourt Neto reconhece a autonomia do mínimo existencial tratando-o como um direito sobre direitos, tendo por função a realização de dimensões de eficácia de outros direitos fundamentais, na condição de reserva última da dignidade humana.¹¹ O professor português Reis Novais, em uma análise plenamente aplicável à CR/88, não apresenta objeções ao reconhecimento de tal direito ao mínimo como autônomo, desde que não se retire dos demais direitos sociais o caráter jusfundamental.¹²

2. DIVERGÊNCIAS TERMINOLÓGICAS

Não é consensual na doutrina, e muito menos na jurisprudência, a nomenclatura jurídica mais adequada para ser referir ao conjunto de necessidades materiais básicas para a vida digna. É recorrente a utilização de expressões como "mínimo fisiológico", "mínimo vital", "mínimo social" e "mínimo existencial".

As denominações "mínimo vital" e "mínimo fisiológico", via de regra, são utilizadas como equivalentes para se referir às condições materiais necessárias à sobrevivência do indivíduo, relativas à vida e à saúde. Nesta perspectiva, não são consideradas as necessidades para sua inserção social.¹³

⁸ ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2ª. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 427-428; 502 e ss.

⁹ Art. 5º (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

¹⁰ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang, Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, *in*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.), **Direitos Fundamentais: Orçamento E "reserva Do Possível"**, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 25.

¹¹ BITENCOURT NETO, Eurico, **O direito ao mínimo para uma existência digna**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 173.

¹² NOVAIS, Jorge Reis, **Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**, 2a. ed. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 234.

¹³ Cf. *Ibid.*, p. 231.

Por sua vez “mínimo existencial” é denominação que levanta maiores discussões, uma vez que, em uma análise menos detida, dá margem a crer que envolve apenas a mera existência física do indivíduo, o que levaria a uma semântica equivalente a mínimo vital.

Entretanto, no Brasil, “mínimo existencial” é a expressão amplamente adotada tanto pela doutrina¹⁴ quanto pela jurisprudência,¹⁵ porém não como restrita ao aspecto da existência fisiológica. Além das necessidades para a existência enquanto ser vivo, tal terminologia é utilizada em sentido que também envolve as condições necessárias à sua existência como ser humano autônomo e socialmente inserido.

Como sinônimo desta concepção mais abrangente de “mínimo existencial”, a denominação “mínimo social” é bastante difundida na doutrina e na jurisprudência internacionais. Rawls refere-se ao conjunto de necessidades básicas que permitem a todos os cidadãos participar da vida política e social como mínimo social.¹⁶ Reis Novais utiliza a mesma denominação para se referir ao núcleo de cada direito social, nas constituições que expressamente os preveem, conceito do qual se aproximaria o de um “mínimo existencial sociocultural”, haja vista que ambos não se restringem à garantia de uma sobrevivência digna.¹⁷

Este trabalho adota a nomenclatura “mínimo existencial” como conjunto mínimo de necessidades básicas necessárias para garantir não apenas a existência fisiológica do indivíduo, mas também a sua inserção social na condição de sujeito agente autônomo. Mesmo sendo terminologia cuja primeira análise possa levar à confusão com um conceito demasiado restrito, a justificativa desta opção está na harmonização com a doutrina e a jurisprudência brasileiras, tornando mais simples a identificação do objeto de estudo do trabalho aos demais pesquisadores.

Embora seja relevante para a delimitação do tema, é de se destacar que a discussão em torno da nomenclatura assume caráter secundário frente à discussão em torno do conteúdo do mínimo, tratada nas páginas seguintes.

3. CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Ao tratar sobre o mínimo tributável, já nos idos de 1891, Rui Barbosa afirmou que o mínimo necessário à subsistência nas classes mais desfavorecidas, mesmo sendo uma incógnita muito variável e de difícil delimitação, pode ser analisado a partir de apreciações aproximativas pautadas pela satisfação de exigências de equidade.¹⁸

Conforme já mencionado, o conteúdo do mínimo existencial está diretamente vinculado ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido,

¹⁴ Dentre outros, cf. BARCELLOS, Ana Paula de, **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**, Rio de Janeiro: Renovar, 2011; SARMENTO, **Dignidade da Pessoa Humana. Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**, p.189 e ss; OLSEN, **Direitos Fundamentais Sociais. Efetividade Frente à Reserva do Possível**; FIGUEIREDO; SARLET, **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**.

¹⁵ Cf. ROCHA, Thiago Santos, **O mínimo existencial na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, in: PORTELA, Irene Maria; GONÇALVES, Rubén Miranda; VEIGA, Fábio da Silva (Orgs.), **Paradigmas do Direito Constitucional Atual**, Barcelos: Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, 2017, p. 313-323.

¹⁶ RAWLS, **Liberalismo Político**, p. 213.

¹⁷ NOVAIS, **Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**, p. 232.

¹⁸ BARBOSA, Rui, **Obras Completas de Rui Barbosa**, Rio de Janeiro: Fundação Rui Barbosa, 1991, p. 62.

envolve o atendimento às necessidades básicas essenciais à vida digna. Ou seja, o direito ao mínimo existencial visa garantir o respeito ao mínimo de cada direito fundamental necessário a uma vida social que permita ao indivíduo ter alternativas para desenvolver e realizar sua personalidade de acordo com a dignidade humana, e não apenas sobreviver acima da linha de pobreza extrema.¹⁹

Segundo Ana Paula de Barcellos, o mínimo existencial, sob o ordenamento da CR/88, possui composição determinada por quatro elementos, sendo três materiais (educação básica, saúde básica e assistência aos desamparados) e um instrumental (acesso à Justiça). Para esta autora, tais elementos constituem o núcleo da dignidade da pessoa humana, ao qual se reconhece positivamente eficácia jurídica, enquanto direito subjetivo reivindicável perante o Poder Judiciário. Educação básica e saúde formariam, assim, um momento inicial da dignidade, ao qual se acresce a assistência aos desamparados como um conjunto de pretensões que visa evitar a indignidade em termos absolutos, assegurando principalmente a alimentação, o vestuário e o abrigo. Por sua vez, o acesso à justiça seria o elemento instrumental necessário para garantir a eficácia dos demais.²⁰

Lobo Torres afirma que falta conteúdo específico ao mínimo existencial.²¹ Todavia, após diferenciar os dois status do mínimo existencial, afirma que, enquanto o status negativo (*status negativus*) equivale ao direito subjetivo protegido contra a ingerência do Estado, o status positivo (*status positivus libertatis*) do mínimo compõe-se por direito à seguridade social (saúde, previdência social e assistência social), direito à educação, direito à moradia e direito à assistência jurídica, a serem garantidos pelo serviço público.²²

Tendo em vista que o mínimo existencial está diretamente vinculado à dignidade da pessoa humana e esta, de sua parte, abarca condições e necessidades diferentes não apenas para indivíduos de diferentes sociedades, mas também variáveis entre indivíduos de uma mesma sociedade, não soa razoável estabelecer um rol taxativo de direitos que compõem o mínimo existencial.²³

Assim, a dignidade da pessoa humana possui parâmetro variável de acordo com aspectos sociais, históricos, econômicos e culturais. As condições necessárias para um indivíduo ter uma vida considerada digna no Brasil atual são diversas não

¹⁹ FIGUEIREDO; SARLET, Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, p. 22.

²⁰ BARCELLOS, **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**, p. 302 e ss.

²¹ TORRES, **O direito ao mínimo existencial**, p. 13.

²² *Ibid.*, p. 244. Torres realiza tal diferenciação a partir do pensamento de Jellinek, identificando ainda as prestações estatais ligadas ao *status positivus socialis*, equivalente aos direitos sociais que, de acordo com sua concepção, não compõem o mínimo existencial nem são direitos fundamentais. Também reconhece a importância da concepção de Peter Häberle sobre o *status activus processualis*, relativo aos processos de concretização dos direitos fundamentais. *Ibid.*, p. 179 e ss.

²³ Cf. SARMENTO, **Dignidade da Pessoa Humana. Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**, p. 214–215; SGARBOSSA, Luís Fernando, **Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos. Reserva do Possível**, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 307; FONTE, Felipe de Melo, **Políticas públicas e direitos fundamentais**, 2ª. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 215–216; FIGUEIREDO; SARLET, Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, p. 26. Figueiredo e Sarlet afirmam que mesmo a tentativa do Poder Legislativo de fixar e padronizar valores para satisfazer o mínimo existencial, sem considerar as exigências concretas, seria vedada.

apenas das atualmente necessárias para um cidadão na Finlândia, mas também não são as mesmas quando comparadas às de um cidadão brasileiro cem anos atrás.

Consequentemente, o conteúdo do mínimo existencial varia de acordo com os mesmos fatores que afetam a concepção da dignidade da pessoa humana em cada situação concreta. Por mais que seja intuitivo afirmar que as necessidades básicas de um indivíduo envolvem alimentação, saúde, moradia, acesso à justiça, saneamento básico, educação, dentre outros, o nível das necessidades de cada um destes aspectos que pode ser considerado como básico oscila de acordo com o contexto no qual o indivíduo se encontre.

Reis Novais critica a tentativa de se fixar um conteúdo absoluto para o mínimo e defende que, em países com dificuldades econômicas, isto poderia resultar em uma concepção minimalista, juridicamente irrelevante, ou a um padrão alto ao ponto de ser praticamente inviável.²⁴

Segundo Bitencourt Neto, ainda que a delimitação do mínimo existencial dependa do contexto histórico no qual o sujeito está inserido, a CR/88 aponta como seus componentes as necessidades básicas com alimentação, moradia, ensino fundamental, saúde básica, vestuário e acesso à justiça.²⁵

Luís Fernando Sgarbossa afirma que a indeterminação do conteúdo do mínimo existencial, ao mesmo tempo que possui o mérito de permitir a adaptação histórica, é sempre relativa, uma vez que é superável no caso concreto.²⁶

Já Melo Fonte apresenta interessante formulação que, ao mesmo tempo que reconhece a impossibilidade de estabelecer um conteúdo fixo e abstrato do mínimo existencial, defende haver um campo de certeza positiva.

Melo Fonte afirma que o mínimo existencial visa proteger as políticas públicas constitucionais essenciais, ou seja, aquelas cujo objetivo reside na manutenção do patamar mínimo de vida digna. Justamente por isto, possui caráter contramajoritário, ou seja, não está à disposição da discricionariedade do Poder Legislativo ou do Poder Executivo.²⁷

Assim, ainda segundo Melo Fonte, no que se refere aos direitos prestacionais (*status positivus libertatis*), o mínimo existencial corresponde a direito subjetivo público às prestações mínimas para a preservação da liberdade e do núcleo essencial e intangível da dignidade da pessoa humana, o qual envolve três elementos, quais sejam, a subsistência do ser humano, a capacidade de autodeterminação e a capacidade de participação nas decisões políticas. Sob esta perspectiva, referido autor reconhece que, embora não seja possível estabelecer abstratamente limites fixos ao mínimo existencial, há uma zona de certeza positiva sobre o núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana que permite chegar ao seu conteúdo *prima facie*.²⁸

O primeiro elemento do conteúdo *prima facie* do mínimo existencial seria direito às prestações necessárias à manutenção da vida, ou seja, o direito ao mínimo

²⁴ NOVAIS, **Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**, p. 252.

²⁵ BITENCOURT NETO, **O direito ao mínimo para uma existência digna**, p. 117 e ss.

²⁶ SGARBOSSA, **Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos. Reserva do Possível**, p. 309–310.

²⁷ FONTE, **Políticas públicas e direitos fundamentais**, p. 207 e ss.

²⁸ *Ibid.*

vital. Tal direito, com suporte normativo nos artigos 5º, caput²⁹, e 196³⁰ da CR/88, envolveria o direito à alimentação regular e à saúde na medida do necessário para a manutenção fisiológica.³¹

O segundo elemento seria o direito a não ser submetido a tratamento desumano ou degradante. Sob este ângulo, o mínimo existencial envolve um conjunto de medidas de amparo aos indigentes e de proteção da integridade psicofísica dos indivíduos, tendo como base normativa o inciso III do artigo 5º³² da CR/88.³³

Já o terceiro elemento estaria relacionado ao direito à educação básica, entendido como direito às prestações relacionadas ao desenvolvimento da personalidade humana. Este componente do mínimo existencial, com fundamento nos artigos 205³⁴ e seguintes da CR/88, seria importante para garantir a autonomia privada do indivíduo, bem como torna-lo apto ao pleno exercício da cidadania.³⁵

O quarto elemento, de caráter instrumental em relação aos demais, seria o acesso à justiça, com base normativa nos incisos XXXV³⁶ e LXXIV³⁷ da CR/88, e entendido não apenas como a disponibilização de aparatos e instrumentos necessários para efetivação dos demais componentes do mínimo existencial, mas também como o desenvolvimento das capacidades culturais dos cidadãos.³⁸

Como bem destaca Daniel Sarmiento, a definição do direito ao mínimo existencial no caso concreto deve considerar um conteúdo universalizável, ou seja, envolver prestação passível de ser estendida a todos aqueles que se encontrem, objetiva e subjetivamente, na mesma situação jurídica.³⁹

Melo fonte entende que, a possibilidade de universalização, ao lado do nível de tributação da sociedade, são os elementos capazes de, no caso concreto, orientar a definição do conteúdo do mínimo existencial a partir do juízo de ponderação. Destaque-se que os limites impostos pelo nível de tributação da sociedade não se confundem com a reserva do possível, sendo mais amplos que esta e envolvendo a análise do esforço legítimo da sociedade em favor da coisa pública e não excluindo

²⁹ 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 (...).

³⁰ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

³¹ FONTE, **Políticas públicas e direitos fundamentais**, p. 216–218.

³² Art. 5º (...) III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

³³ FONTE, **Políticas públicas e direitos fundamentais**, p. 218–219.

³⁴ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

³⁵ FONTE, **Políticas públicas e direitos fundamentais**, p. 219–221.

³⁶ Art. 5º (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

³⁷ Art. 5º (...) LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

³⁸ FONTE, **Políticas públicas e direitos fundamentais**, p. 221–222.

³⁹ SARMENTO, **Dignidade da Pessoa Humana. Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**, p. 216. No mesmo sentido, cf. FONTE, **Políticas públicas e direitos fundamentais**, p. 223.

nem mesmo a possibilidade de controle judicial do próprio orçamento para a garantia dos direitos componentes do mínimo existencial.⁴⁰

Neste sentido, a delimitação do mínimo é, simultaneamente, absoluta e relativa. Absoluta no sentido de que suas exigências não cedem perante quaisquer outros valores. Relativa, pois depende do caráter histórico onde está inserida, condicionada pelo nível de desenvolvimento econômico e pela própria ideia de justiça vigente na sociedade.⁴¹

Frequentemente a referência internacional ao conteúdo abstrato do mínimo existencial o identifica com a primeira parte do artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)⁴², de 1948, segundo a qual:

Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

No entanto, esta delimitação de conteúdo pode ser insuficiente em determinadas situações concretas. O artigo 25 da DUDH dirige-se aos chamados direitos sociais, não contemplando aqueles direitos tradicionalmente classificados como de liberdade. Como acima exposto, há situações que demandam medidas prestacionais para assegurar garantias básicas no que atine a direitos de liberdade como, por exemplo, o tratamento não degradante a reclusos no sistema penitenciário e o acesso à justiça. Isto justifica a defesa do mínimo existencial como conteúdo mínimo de todos os direitos fundamentais, e não apenas de direitos sociais, necessários a assegurar o núcleo da dignidade da pessoa humana.⁴³

Importante frisar que parte da doutrina brasileira entende, a partir da tese da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que o mínimo existencial seria também direito oponível no âmbito da relação entre particulares.⁴⁴

⁴⁰ FONTE, **Políticas públicas e direitos fundamentais**, p. 223 a 228.

⁴¹ NOVAIS, **Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**, p. 394. Em sentido contrário, negando caráter absoluto à dignidade da pessoa humana e afirmando que ela, embora prevaleça em quase todas as situações, pode ceder perante outros valores, cf. SARMENTO, **Dignidade da Pessoa Humana. Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**, p. 98 e 226.

⁴² Não é demais lembrar que o conceito de direitos fundamentais não se confunde com o de direitos humanos, uma vez que estes fazem parte do direito internacional e, se não previstos ou decorrentes da Constituição, carecem de fundamentalidade formal ou material, respectivamente. Cf. FIGUEIREDO; SARLET, Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, p. 18.

⁴³ Jorge Reis Novais afirma não haver, em ordenamentos constitucionais como os atualmente vigentes em Portugal e Brasil, argumentos dogmáticos suficientes para diferenciação entre direitos sociais e direitos de liberdade, devendo todos os direitos fundamentais ter igual tratamento. NOVAIS, **Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**, p. 299 e ss.

⁴⁴ Neste sentido, cf. FIGUEIREDO; SARLET, Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, p. 38; SARMENTO, **Dignidade da Pessoa Humana. Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**, p. 222; BITENCOURT NETO, **O direito ao mínimo para uma existência digna**, p. 134 e ss; Contra a publicização do direito privado, que fundamenta a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, cf. TIMM, Luciano Benetti, Qual a

Segundo a jurisprudência do STF, com pequenas variações, o mínimo existencial seria equivalente ao núcleo composto por parcelas de direitos fundamentais necessário à vida de acordo com a dignidade da pessoa humana. Este núcleo não necessariamente se identifica com aquilo que parte da doutrina denomina conteúdo essencial do direito fundamental.

Neste sentido, a garantia do mínimo existencial é apontada nas decisões do STF como fundamento para assegurar diversos direitos, como direito à saúde (art. 5º, caput, art. 6º, art. 196, art. 197), direito à educação infantil (art. 208, IV, da CR/88), direito do idoso (art. 230, § 2º), direito ao benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente (art. 203, V), direito dos trabalhadores (art. 6º e art. 7º), direito dos necessitados de acesso a orientação jurídica integral e assistência judiciária gratuita (art. 5º, LXXIV e art. 134), direito ao meio ambiente (art. 5º, caput) e direito dos custodiados do sistema prisional (art. 5º, XLIX).⁴⁵

Verifica-se que a jurisprudência do STF corrobora a ideia de que o mínimo existencial protege não apenas os direitos sociais, mas também os direitos de liberdade. Tal posição fica clara nas referidas decisões que tratam de questões relacionadas ao acesso à justiça, bem como nas que se referem aos direitos de integridade dos custodiados do sistema prisional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A garantia das necessidades básicas mínimas ao indivíduo, de modo a permitir não apenas sobreviver, mas inserir-se autonomamente na vida social, possui relação direta com a dignidade da pessoa humana, erigida à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito pela CR/88. Ademais, possui caráter instrumental na garantia da liberdade material e do correto funcionamento do regime democrático.

O mais complexo problema em torno estudo do mínimo existencial no ordenamento jurídico brasileiro está não em sua fundamentação ou definição, e muito menos na nomenclatura utilizada, mas sim na delimitação de seu conteúdo.

O direito ao mínimo existencial é um verdadeiro direito fundamental de garantia, um direito subjetivo público que visa proteger direitos fundamentais tanto sociais quanto de liberdade, na medida do necessário a assegurar o núcleo da dignidade da pessoa humana.

Assim, embora a delimitação concreta do mínimo existencial esteja vinculada às condições históricas e pessoais do indivíduo, apresenta-se possível apontar o seu conteúdo primário, formado pelas prestações que visam garantir a subsistência do ser humano, a sua capacidade de autodeterminação e a sua capacidade de participação nas decisões políticas.

No caso concreto, a delimitação do mínimo existencial deve considerar fatores a possibilidade de universalização e o nível de tributação da sociedade, de modo a não romper com o princípio da isonomia ao atribuir a determinado indivíduo a garantia de condições que não se poderiam estender a todos os cidadãos na mesma situação jurídica.

maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?, *in*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.), **Direitos Fundamentais: Orçamento E "reserva Do Possível"**, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 58.

⁴⁵ Cf. ROCHA, O mínimo existencial na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª. São Paulo: Malheiros, 2017.
- BARBOSA, Rui. **Obras Completas de Rui Barbosa**. Rio de Janeiro: Fundação Rui Barbosa, 1991. (Relatório do Ministro da Fazenda, Tomo III, 1891). Disponível em: <<http://www.casaruibarbosa.gov.br/rbonline/obrasCompletas.htm>>. Acesso em: 19 ago. 2017.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf>.
- BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: Orçamento E "reserva Do Possível"**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 13-50.
- FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2ª. São Paulo: Saraiva, 2015.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. 2a. ed. Lisboa: AAFDL, 2017. Disponível em: <http://www.almedina.net/catalog/product_info.php?products_id=36650>.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais. Efetividade Frente à Reserva do Possível**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012.
- PEFFER, Rodney G. **Marxism, Morality, and Social Justice**. Princeton: Princeton University Press, 1990.
- RAWLS, John. **Liberalismo Político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.
- ROCHA, Thiago Santos. O mínimo existencial na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In*: PORTELA, Irene Maria; GONÇALVES, Rubén Miranda; VEIGA, Fábio da Silva (Orgs.). **Paradigmas do Direito Constitucional Atual**. Barcelos: Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, 2017, p. 313-323.
- SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana. Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. Edição: 2ª. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos. Reserva do Possível**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2010.

THE WORLD BANK. **Country Poverty Brief - Brazil**. Poverty & Equity Data Portal. Disponível em: <http://databank.worldbank.org/data/Views/Reports/ReportWidgetCustom.aspx?Report_Name=pov_cou_1_2017&Id=c028ff64&wd=430&ht=390&tb=y&dd=n&pr=n&export=y&xlbl=y&ylbl=y&legend=y&isportal=y&inf=n&exptype=s=Excel&country=BRA&series=SI.POV.UMIC,SI.POV.UMIC.NO>. Acesso em: 9 nov. 2017.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: Orçamento E "reserva Do Possível"**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 51-62.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Aspectos centrais da teoria do diálogo das fontes e sua aplicação como instrumento para superação das antinomias

Jaqueline Aparecida Fernandes Sousa¹

Renato de Souza Nunes²

Universidade Federal de Uberlândia

INTRODUÇÃO

Novos tempos demandam novas percepções. José Eduardo Faria³ mencionava a crise pela qual atravessava o pensamento jurídico já na década de 90, que guardava alguma semelhança com a que se viu o pensamento econômico na década de 20; ou seja, está em cheque a “exaustão paradigmática” de seus modelos teóricos, tamanho o abalo advindo das novas transformações, sobretudo, a globalização.

Nesse contexto de aparente desordem, de grande complexidade das relações, o Direito não pode contar apenas com conceitos sedimentados, bem delimitados no tempo espaço. Isso porque a liquidez dos tempos está dia a dia a reinventar os institutos e ressignificar o conteúdo das normas que compõe o ordenamento jurídico.

A teoria de Norberto Bobbio acerca da coerência explica que será incoerente aquele ordenamento que possuir antinomias. Em busca dessa coerência, o autor elabora critérios para solução de normas opostas, bem como estabelece parâmetros para solução de antinomias de segundo grau, que ocorre quando os próprios critérios usados para solucionar normas antagônicas entram em conflito.

É paradoxal pensar que num ambiente marcado por diversidade de pensamento, pluralidade e complexidade não ocorra a existência de normas conflitantes. Diante disso, Claudia Lima Marques, apoiada na teoria de Erik Jayme, introduz no país várias reflexões acerca da utilização dessa teoria, não para eliminar normas conflitantes, mas para tornar sua coexistência possível.

Assim, o objetivo desse trabalho é averiguar a incompatibilidade da teoria de Norberto Bobbio (sobre a resolução de antinomias) com os tempos atuais que demandam flexibilidade e diálogo em suas várias dimensões, acompanhando a dinâmica do pensamento hodierno.

Como resultado dessa incompatibilidade a teoria do diálogo das fontes aparece como alternativa possível para a compreensão do ordenamento jurídico como um todo. Nesse sentido, a justificativa do presente trabalho repousa na

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU, Minas Gerais/Brasil, bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. Graduada em Direito pela UFU. E-mail: jaquelinesousadir@hotmail.com.

² Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU, Minas Gerais/Brasil. Especialista em Direito Civil e Direito Penal. Professor universitário na UNIPAM-Centro Universitário de Patos de Minas e UNICERP - Centro universitário do Cerrado-Patrocínio/MG. E-mail: renattonunes@hotmail.com

³ FARIA, José Eduardo. O Direito na economia globalizada, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 2.

relevância do tema, sendo mais que necessário pensar novos paradigmas para superação dos problemas atuais.

Como exemplo a ilustrar a utilização da teoria do diálogo das fontes, Claudia Lima Marques apresenta o conflito (aparente) entre os artigos 429 do Código Civil e os artigos 30 e 35 do Código de Defesa do Consumidor, demonstrando ser plenamente possível a coexistência das normas, por meio do que convencionou-se chamar diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade em antinomias.

1- Das antinomias: diálogo sobre a coerência do ordenamento jurídico em Norberto Bobbio.

Numa primeira definição, Norberto Bobbio compreende a antinomia como aquela situação em que coexistem duas normas, das quais uma proíbe e a outra permite, ou uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite. Todavia, destaca o autor que essa definição não é completa⁴. Duas são as circunstâncias necessárias para que possa ocorrer a antinomia.

A primeira condição é a de que duas normas precisam pertencer ao mesmo ordenamento. Há aqui uma menção à clássica discussão acerca da compatibilidade de normas entre um ordenamento positivo com as de direito natural, ou seja, dois ordenamentos distintos⁵. Aldemiro Dantas⁶ utiliza como exemplo o artigo 1583 do Código Civil francês que dispõe acerca do contrato de compra e venda, sendo que o comprador se torna proprietário com o simples acordo entre as partes. Todavia, nosso direito pátrio dispõe que só se adquire a propriedade mediante a tradição. Nesse sentido, percebe-se que há incompatibilidade de tais disposições, mas não é possível falar em antinomia jurídica, já que ambas as normas pertencem a ordenamentos distintos. Já a segunda condição requer que as duas normas tenham o mesmo âmbito de validade, sendo quatro os possíveis âmbitos de validade de uma norma para Bobbio: temporal, espacial, pessoal e material⁷.

Feitas tais distinções, o conceito de antinomia jurídica pode ser definido como o cenário em que se verifica duas normas incompatíveis, concernentes ao mesmo ordenamento e cujo âmbito de validade é o mesmo.⁸ Para Bobbio, antinomia e

⁴ BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Trad. Maria Celeste C. J. Santos – Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 10ª edição, 1999, p. 86.

⁵ *Idem*, p. 87.

⁶ DANTAS, Aldemiro, MALFATTI, Alexandre David. et al.(coord.) Lacunas do ordenamento jurídico. – Barueri, SP: Manole, 2005, p. 24.

⁷ *Idem*, p. 87 e 88. Seguindo Bobbio, os âmbitos de validade podem ser assim considerados: a) validade temporal: “É proibido fumar das cinco às sete” não é incompatível com: “É permitido fumar das sete às nove.” b) validade espacial: “É proibido fumar na sala de cinema” não é incompatível com “É permitido fumar na sala de espera.” c) validade pessoal: “É proibido, aos menores de 18 anos, fumar” não é incompatível com “É permitido aos adultos fumar”. d) validade material: “É proibido fumar charutos” não é incompatível com “É permitido fumar cigarros”.

⁸ Bobbio distingue as antinomias em três tipos diferentes: 1) Se as duas normas incompatíveis têm igual âmbito de validade, a antinomia pode-se chamar *total-total*: em nenhum caso uma das duas normas pode ser aplicada sem entrar em conflito com a outra. Exemplo: “É proibido, aos adultos, fumar das cinco às sete na sala de cinema” e “É permitido, aos adultos, fumar das cinco às sete na sala de cinema”. 2) Se as duas normas incompatíveis têm âmbito de validade *em parte igual e em parte diferente*, a antinomia subsiste somente para a parte comum, e pode chamar-se *parcial-parcial*: cada uma das normas tem um campo de aplicação em conflito com a outra, e um campo de aplicação no qual o conflito não existe. Exemplo: “É proibido, aos adultos, fumar cachimbo e charuto das cinco às sete na sala de cinema” e “É permitido, aos adultos, fumar charuto e cigarro das cinco às sete na sala de cinema.” 3) Se,

injustiça se assemelham de forma que ambas dão lugar a uma situação que demanda correção, “mas a razão pela qual se corrige a antinomia é diferente daquela pela qual se corrige a injustiça. A antinomia produz incerteza, a injustiça produz desigualdade, e, portanto, a correção obedece nos dois casos à diferentes valores, lá ao valor da ordem, aqui ao valor da igualdade”.⁹

Não sendo admitidas as antinomias, surgem alguns critérios para sua “solução”.¹⁰ Dentro do âmbito das antinomias próprias, Bobbio elenca outra distinção: as antinomias solúveis e as antinomias insolúveis.¹¹ Às antinomias solúveis dá-se o nome de aparentes; ao passo que as insolúveis de reais. Nas antinomias reais o intérprete é deixado à mercê, seja pela falta de critério ou por conflito entre os critérios apresentados. Três são as regras utilizadas para a solução das antinomias, a saber: a) critério cronológico; b) critério hierárquico; c) critério da especialidade.

O critério cronológico é aquele que ocorre quando entre duas normas incompatíveis permanece a norma posterior. O critério hierárquico, ainda na conceituação de Bobbio, é aquele em que diante de duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior¹². Finalmente, o critério de especialidade é aquele em que, de duas normas incompatíveis, uma geral e outra especial, prevalece a última.¹³

Uma questão central surge quando há conflito entre os critérios. Segundo Bobbio¹⁴, não se pode recorrer a dois critérios ao mesmo tempo devido a sua incompatibilidade. Aqui o autor fala em uma incompatibilidade de segundo grau, não mais sobre o conflito de normas, mas entre os critérios elencados para a solução da incompatibilidade destas.

A problemática da teoria de Bobbio é perceptível quando entre os critérios hierárquico e de especialidade não é possível se chegar a uma conclusão, pois, para o mestre italiano, o agravamento do conflito “deriva do fato de que estão em jogo dois valores fundamentais de todo o ordenamento jurídico, o do respeito da ordem, que exige o respeito da hierarquia e, portanto, do critério da superioridade e, o da justiça, que exige a adaptação gradual do direito às necessidades sociais e, portanto, respeito do critério da especialidade”¹⁵.

de duas normas incompatíveis, uma tem um âmbito de validade igual ao da outra, porém mais restrito, ou, em outras palavras, se o seu âmbito de validade é, na íntegra, igual a uma parte da outra, a antinomia é total por parte da primeira norma com respeito à segunda, e somente parcial por parte da segunda com respeito à primeira, e pode-se chamar total-parcial. p. 89.

⁹ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 91.

¹⁰ A “solução” é a terminologia utilizada por Norberto Bobbio. *Op. cit.*, p. 91.

¹¹ Bobbio, Norberto. *Op. cit.*, p. 92. Bobbio afirma que “duas são as razões pelas quais nem todas as antinomias são solúveis. 1) há casos de antinomias nos quais não se pode aplicar nenhuma das regras pensadas para a solução das antinomias; 2) há casos em que se podem aplicar ao mesmo tempo duas ou mais regras em conflito entre si.”

¹² Segundo Bobbio, uma das consequências da hierarquia normativa é justamente esta: as normas superiores podem revogar as inferiores, mas as inferiores não podem revogar as superiores. A inferioridade de uma norma em relação a outra consiste na menor força de seu poder normativo; essa menor força se manifesta justamente na incapacidade de estabelecer uma regulamentação que esteja em oposição à regulamentação de uma norma hierarquicamente superior. *Op. cit.*, p. 93.

¹³ Ainda segundo Bobbio a razão desse critério não é obscura: lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória). *Op. cit.*, p. 97.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 107.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 109. Segundo Bobbio os conflitos entre critérios podem se dar da seguinte forma: 1) Conflito entre o critério hierárquico e o cronológico; 2) Conflito entre

Claudia Lima Marques lança uma crítica pungente à teoria de Norberto Bobbio tendo em vista que a hierarquia entre os critérios de soluções de antinomias é obscura, "baseando-se em presunções, presunções não absolutas que não dispensam o esforço casuístico do intérprete"¹⁶. A jurista afirma, ainda, que não encontrando soluções claras, sugere-se a utilização da Constituição como terceira fonte que, como vetor do sistema poderá oferecer valores a serem pontuados pelo intérprete. O que se procura nessa teoria, então, segundo a autora, é alcançar uma interpretação "conforme à Constituição" das normas antagônicas para ser possível vislumbrar a norma preponderante e solucionar a antinomia.

Não é a pretensão deste trabalho esgotar as vias técnicas para a solução de antinomias. Isso porque, como será abordado em tópico posterior, quando se vislumbra o ordenamento jurídico pela Teoria do diálogo das fontes é possível passar a conceber as normas de forma complementar e harmônica. Importa agora analisar o dever de coerência o qual encontra suporte na teoria de Norberto Bobbio, para então passar a levantar os fundamentos de nossa discordância.

Para Bobbio¹⁷, coerência não é requisito de validade, mas sempre atua como condição de justiça do ordenamento. Para o autor, resta evidente que diante de duas normas incompatíveis, mas válidas, é possível que ocorra a aplicação de uma ou outra a depender daqueles que serão responsáveis por sua aplicação, sendo violadas duas condições imprescindíveis dos ordenamentos jurídicos: a exigência da certeza e a exigência da justiça. A primeira corresponde aos ideais de paz ou da ordem e a última, corresponde ao valor da justiça¹⁸.

No mesmo sentido acredita Aldemiro Dantas, para quem a mera regularidade formal da norma não é suficiente para comprovar sua validade, "sob pena de duas normas de conteúdos contraditórios serem válidas concomitantemente, afetando um dos mais caros valores do ordenamento jurídico, que é a certeza sobre as consequências decorrentes de determinada conduta"¹⁹. Nesse sentido, constatar a coerência requer avaliar os conteúdos das normas que compõe o ordenamento jurídico, para que seja confirmada a existência de duas normas mutuamente contraditórias e ambas com vigência. Ressalte-se que a coerência implica que não deve haver a existência de tais normas com mandamentos opostos.

o critério de especialidade e o cronológico; 3) Conflito entre o critério hierárquico e o de especialidade. No primeiro caso, o critério hierárquico prevalece sobre o cronológico, o que resulta na eliminação da norma inferior, ainda que posterior. No segundo caso, Bobbio propõe que o conflito entre critério de especialidade e critério cronológico deve ser resolvido em favor do primeiro, pois, "a lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente." O terceiro caso se dá entre uma norma superior-geral incompatível com uma norma inferior-especial. Bobbio considera que uma resposta segura é impossível, pois não há uma regra geral sedimentada. Todavia, entende que "teoricamente, deveria prevalecer o critério hierárquico: se se admitisse o princípio de que uma lei ordinária especial pode derogar os princípios constitucionais, que são normas generalíssimas, os princípios fundamentais de um ordenamento jurídico seriam destinados a se esvaziar rapidamente de qualquer conteúdo."

¹⁶ MARQUES, CLAUDIA LIMA. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. -6.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 642.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 113.

¹⁸ Para Bobbio, "onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e, portanto, ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como o igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria." *Op. cit.*, p. 113.

¹⁹ DANTAS, ALDEMIRO. *Op. cit.*, p. 20.

Aldemiro Dantas faz menção ao termo *sistema*, em que se utiliza quando o objetivo é fazer referência ao ordenamento jurídico, sobretudo, pelo método de interpretação sistemático, que consiste em considerar as normas como parte de um todo e não individualmente. Como exemplo, utiliza o Direito colombiano, cujo artigo 30 assim dispõe: "o conteúdo da lei servirá para ilustrar o sentido de cada uma de suas partes, de maneira que haja entre todas elas a devida correspondência e harmonia. As partes obscuras de uma lei podem ser ilustradas por meio de outras leis, particularmente se versam sobre o mesmo assunto" ²⁰.

Apesar de fazer menção à questão harmônica no ordenamento jurídico, numa primeira leitura do texto de Aldemiro Dantas, nos parece que não é a concepção por ele adotada²¹. Ele entende que não é possível coexistir normas incompatíveis e, portanto, uma delas terá de ser eliminada. Todavia, discordamos do autor no presente trabalho, no sentido de que utilizando dos escritos de Claudia Lima Marques no segundo capítulo, apostamos numa interpretação sistemática e harmônica do ordenamento jurídico.

Vimos, portanto, que a concepção de coerência contida em Norberto Bobbio e outros autores como Aldemiro Dantas, liga-se à noção de que no ordenamento jurídico não se deve admitir que duas normas contraditórias tenham vigência, devendo, assim, partir para a eliminação de uma delas.

Todavia, como se demonstrará no tópico a seguir, a teoria do diálogo das fontes tem possibilitado a coexistência de normas contraditórias, que passam a ter uma interpretação de acordo com a totalidade do ordenamento jurídico, numa perfeita simbiose entre as fontes no ordenamento, paradigma este que não só passa a ser utilizado nas relações consumeristas, mas também em outras searas como, por exemplo, o Direito do Trabalho, tema que foge ao escopo desse ensaio, mas ilustra bem a utilização da dita teoria.²²

2- A Teoria do Diálogo das Fontes: um novo paradigma

A jurista Cláudia Lima Marques foi responsável por trazer a teoria do diálogo das fontes para o ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido elaborada por seu orientador e jurista alemão Erik Jayme.

²⁰ DANTAS, ALDEMIRO. *Op. cit.*, p. 20.

²¹ DANTAS, ALDEMIRO. *Op. cit.*, p. 22. Aldemiro Dantas busca alguns conceitos acerca da acepção de sistema. Ele encontra um significado que utiliza no seu trabalho de forma que "a existência do sistema implica a inexistência de normas que o integrem e que sejam contraditórias entre si. Nele, pois, não podem coexistir normas cujos conteúdos sejam incompatíveis entre si. Se houver, necessariamente uma delas (ou até mesmo as duas) terá de ser eliminada. Esse sentido da palavra sistema é o que diz respeito, como se vê, à questão da coerência. Por outro lado, quando se afirma sobre a coerência, de modo nenhum significa que do conteúdo de uma norma deve-se poder deduzir o conteúdo das outras, como equivocadamente pretendeu Leibniz, sendo evidente que o conhecimento do conteúdo de uma delas está muito longe de permitir que seja, só por isso, conhecida a substância das demais."

²² RECURSO ORDINÁRIO. PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL. **DIÁLOGO DE FONTES. PREVALÊNCIA DA CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO E CONVIVÊNCIA COM O ACORDO COLETIVO DE TRABALHO.** Em um sistema de contratação dinâmica, as normas estabelecidas nos diversos níveis de negociação não se excluem a priori, incidindo as regras mais favoráveis vigentes, a teor do artigo 620 da CLT, pois, os resultados de uma negociação articulada (no nível da categoria, a CCT e da empresa, o ACT) não se excluem reciprocamente, apenas operam modalidades de derrogação imprópria (Mário Devealli). O pagamento das vantagens previstas no Acordo Coletivo de Trabalho pela empregadora que o subscreve não a isenta de cumprir as regras mais benéficas firmadas pela Convenção Coletiva de Trabalho aplicável à sua categoria econômica, sob pena de praticar dumping social e validar a prática de concorrência desleal com as demais empresas do setor. (Recurso Ordinário nº 00013242620105010065, Sétima Turma, Tribunal Regional do Trabalho, Relatora Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva, 22/05/2015).

Iniciamos o presente trabalho por intermédio da apresentação da Teoria de Norberto Bobbio, a qual diante do dever de coerência afirma que não é possível a coexistência de normas antagônicas. Todavia, o que se pretende nesse tópico é demonstrar a viabilidade de uma compreensão do ordenamento jurídico, de modo que as normas não se excluam, mas tenham entre si uma relação de complementariedade.

Necessário que se diga que a pós-modernidade²³ e o fenômeno da globalização²⁴ foram responsáveis por ressignificarem papéis e funções nas relações sociais, demandando um novo paradigma de compreensão do ordenamento jurídico, apostado na pluralidade de fontes.

Segundo Erik Jayme, quatro são os elementos e características da pós-modernidade no direito: o pluralismo, a comunicação, a narrativa e o retorno dos sentimentos (*le retour des sentiments*), considerado o *Leitmotiv* da pós-modernidade a valorização dos Direitos Humanos²⁵. Daqui infere-se uma lógica abrangente e plural apta a ensejar uma grande modificação no direito em sua totalidade, o que foi possível com a sua elaboração da teoria do diálogo das fontes.

Nessa perspectiva de modificação das relações políticas, econômicas e sociais²⁶ o direito assume uma nova compreensão e, assim, é o pluralismo, valor resultante da Constituição de 1988, o responsável por atribuir essa nova conotação ao direito privado, e que, conforme Erik Jayme, é a grande característica do direito pós-moderno.²⁷

Para Claudia Lima Marques o pluralismo se evidencia na variedade de fontes legislativas; está contida no pluralismo de sujeitos carentes de tutela e na diversidade de agentes ativos em uma mesma relação. Pluralismo é, ainda, "onde o diálogo legítima o consenso, onde os valores e princípios têm sempre uma dupla função, o *double coding*, e onde os valores são muitas vezes antinômicos"²⁸.

²³ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 24. Segundo os autores, "no século XX, após a Segunda Guerra Mundial- como acreditamos seguindo a lição de Erik Jayme- uma nova era da história, da sociedade e do Direito teria começado, a pós-modernidade." É também na pós-modernidade que aparecem as chamadas "normas narrativas" que se caracterizam como normas e conduta, mas que, segundo Claudia Lima e Bruno Miragem, "por narrarem objetivos têm clara força organizadora *in abstracto*. Porém, que necessitam ser concretizadas[...] Assim, temos o art. 4º do CDC, na sua norma que mais ilumina com seus princípios e objetivos de "política", a aplicação da lei tutelar dos consumidores..." p. 41.

²⁴ Segundo Bauman, "o espaço deixou de ser obstáculo, não há mais fronteiras naturais nem lugares óbvios a ocupar." BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as conseqüências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p.85.

²⁵ MARQUES, Claudia Lima, *op.cit.*, 2011, p. 169.

²⁶ MARQUES, Claudia Lima, *op.cit.*, 2011, p. 167, 168. Claudia Lima indaga se "seria esta a crise da era moderna e de seus ideais concretizados na Revolução Francesa, de liberdade, igualdade e fraternidade, que não se realizaram para todos, nem são hoje considerados realmente realizáveis- momento em que se desconfia da força e da suficiência do direito para servir de paradigma à organização das sociedades democráticas, atualmente em um capitalismo neoliberal bastante agressivo, com fortes efeitos perversos e de exclusão social."

²⁷ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno, *op. cit.*, p.105.

²⁸ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno, *op. cit.*, p. 170. O pluralismo, a pluralidade de métodos, de fontes, de sentimentos e de agente econômicos caracteriza e desafia o direito privado brasileiro atual. É o desafio proposto pelo aparecimento de novos sujeitos de direitos, que levam à distinção do campo de aplicação de uma norma subjetivamente, em vista do agente econômico envolvido [...] Da mesma forma, o reconhecimento e juridicização de novas situações de fato[...] desafiam as categorias jurídicas sobre as quais tradicionalmente apoiou-se a formação do direito privado no último século. Essa realidade ao enfrentada por normas da "década de 60-70" do século XX, presentes no novo Código Civil brasileiro aprovado no

É nessa relação de troca e complementariedade que se insere a teoria do Diálogo das Fontes. Segundo Claudia Lima Marques, o diálogo das fontes é "a aplicação simultânea, compatibilizadora, das normas em conflito, sob a luz da Constituição, com efeito útil para todas as leis envolvidas, mas com eficácia (brilhos) diferenciadas a cada uma das normas em colisão, de forma a atingir o efeito social (e constitucional) esperado."²⁹

Nesse sentido, caminha-se em oposição à lição de Norberto Bobbio. No tópico a seguir, serão discutidas a possibilidade de superação de antinomias pela teoria do diálogo das fontes bem como demonstrar a viabilidade de uma coexistência harmoniosa entre o Código Civil e o Código do Consumidor, de forma que este último deixa de ser visto como um microssistema isolado, estando apto a dialogar com o restante do ordenamento jurídico, sem que seja necessário falar em exclusão de uma norma em conflito com outra.

3- A resolução de antinomias por meio do diálogo das fontes.

Claudia Lima Marques nos ensina que a doutrina jurídica atual, em oposição à Bobbio, está mais centrada na procura da harmonia e compatibilização das normas do que de sua exclusão. Alerta a autora que a pluralidade dos novos tempos, a complexidade das relações não mais permite uma 'monossolução'.³⁰

A solução sistemática pós-moderna deve ser mais fluida, mais flexível, a permitir maior mobilidade e firmeza de distinções. Nesses tempos, a superação de paradigmas é substituída pela *convivência dos paradigmas*, a revogação expressa pela incerteza da revogação tácita indireta através da incorporação. Há, por fim, a convivência de leis com campos de aplicação diferentes, campos por vezes convergentes e, em geral, diferentes, em um mesmo sistema jurídico, que parece ser agora um sistema (para sempre) plural, fluido, mutável e complexo. Não deixa de ser um paradoxo que o 'sistema', o todo construído, seja agora plural.³¹

Segundo Claudia Lima, o que Erik Jayme propõe com sua teoria é a possibilidade de coexistência de uma solução ao lado da existente: a coordenação das fontes³². Uma coordenação cuja característica é a de ser flexível e útil, o que requer uma mudança de paradigma: "da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico (ou do monólogo de uma só norma possível

século XXI, exige a participação ativa do intérprete, de sua sabedoria, na identificação dessa complexidade normativa e de sua conexão necessária com os valores e normas constitucionais, que não substituem outras normas, mas condicionam e iluminam sua aplicação em vista da finalidade de proteção e efetivação dos direitos fundamentais.

²⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. -6.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 628.

³⁰ MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 694.

³¹ *Idem*

³² Segundo Claudia Lima Marques, "é o diálogo das fontes atual e necessário, a permitir a aplicação simultânea, coerente e ordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes. "Diálogo" porque há influências recíprocas, "diálogo" porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente [...] ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. Uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes)", p. 695, 696.

a comunicar a solução justa) à convivência dessas normas, ao diálogo das normas para alcançar a sua ratio, a finalidade "narrada" ou "comunicada" em ambas."³³

Veremos nas linhas a seguir a aplicabilidade da teoria do diálogo das fontes especialmente no que toca a relação Código Civil de 2002 e Código de Defesa do Consumidor, tendo por base as lições da autora Claudia Lima Marques inspiradas nos escritos de Erik Jayme.

Segundo Claudia Lima Marques, três são os tipos de diálogos plausíveis entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. O primeiro diálogo possível ocorre diante da aplicação simultânea de duas leis, sendo que uma pode servir de modelo conceitual a outra (*diálogo sistemático de coerência*), sobretudo, se for o caso de uma lei geral e a outra especial. Assim, afirma a autora, questões como nulidade, decadência, prescrição, conceitos não definidos no microsistema, tiveram suas definições atualizadas com a vigência do Código Civil de 2002.³⁴

Num segundo momento temos que na aplicação coordenada das duas leis, uma pode complementar a aplicação da outra, a depender de seu campo de aplicação diante do caso prático (*diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade* em antinomias aparentes ou reais), a indicar a aplicação complementar tanto das suas normas, quanto dos princípios.³⁵

No terceiro momento possível, dá-se o diálogo das influências recíprocas sistemáticas, o que ocorre diante de uma eventual redefinição do campo de aplicação de uma lei, "assim, por exemplo, as definições de consumidor *stricto sensu* e de consumidor equiparado podem sofrer influências finalísticas do Código Civil. Trata-se de um diálogo de *coordenação e adaptação sistemática*. Em suma, pode se falar em três diálogos: diálogo sistemático de coerência, diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade em antinomias e o diálogo de coordenação e adaptação sistemática.³⁶

Segundo Claudia Lima Marques, o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, surge da Constituição brasileira. É o artigo 5º em seu inciso XXXII³⁷ que contém a determinação de que o Estado promoverá a defesa do consumidor. Nesse sentido, também Erik Jayme busca na Constituição a resposta para as antinomias atuais, bem como para a heterogeneidade dos sistemas descodificados³⁸.

Nas linhas a seguir nos debruçamos na formulação da autora Claudia Lima Marques, de forma que se analisa o artigo 429 do Código Civil de 2002³⁹ que dispõe

³³ MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 694.

³⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 720.

³⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 719 e 720. Segundo a autora, "subsidiariamente, o sistema geral de responsabilidade civil sem culpa ou o sistema geral de decadência pode ser usado para regular aspectos de casos de consumo, se trazer normas mais favoráveis ao consumidor. Este diálogo é exatamente contraposto, ou no sentido contrário da revogação ou ab-rogação clássicas, em que uma lei era "superada" e "retirada" do sistema pela outra. Agora há escolha (pelo legislador – arts. 777, 721 e 732 do CC/2002; ou pelo juiz no caso concreto do *favor debilis*- art. 7º do CDC) daquela que vai complementar a *ratio* da outra..."

³⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 720.

³⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário oficial da União, Brasília: Senado, 1988.

MARQUES, Claudia Lima, *Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. In: Revista de Direito do Consumidor, n. 51, julho-setembro. São Paulo: Ed. RT, 2004, p.50 e 51.

³⁹ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 20 de jul. 2017.

acerca da "oferta ao público" sistema de tutela da confiança do consumidor e, nesse sentido, não revogável dos artigos 30 e 35⁴⁰ do Código de Defesa do Consumidor, como possibilidade do diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade, embora ocorra uma antinomia aparente.⁴¹

Para a autora trata-se de dois sistemas diferentes, um sistema geral para as relações entre iguais e um microsistema para as relações desequilibradas, todavia, apesar dos desígnios e do campo de aplicação diferentes, têm por base o mesmo princípio da confiança e, cuidam de temas similares:

Dessa forma, não haveria antinomia (conflito) real entre as normas, pois os campos de aplicação são diferentes, nem antinomia de princípios e, sim, "diálogo" (ou os reflexos) do art. 429 do CC/2002, que regula a chamada "oferta ao público", revogável excepcionalmente e quando assim o expressa, em relação com o sistema de oferta de consumo, que é vinculante, imperativo, protetivo da confiança despertada nos consumidores, público em geral, e não-revogável (sic), ex vi arts. 30 e 35 do CDC.⁴²

Todavia, a inquietação decorre de outra questão que é a de considerar se as expressões 'oferta' e 'proposta' podem ser consideradas sinônimos. Claudia Lima utiliza-se do pensamento de Cristina Pasqual para quem não é possível conceber ambas as expressões como sinônimos⁴³.

Sendo o Código Civil um diploma normativo geral e mais recente em relação ao Código de Defesa do Consumidor questiona-se se haveria um conflito entre a norma do artigo 429 do Código Civil e o sistema da oferta prevista nos artigos 30 e 35 do Código de Defesa do Consumidor.

Claudia Lima Marques utiliza-se do estudo de Antônio Herman Benjamin que utiliza de quatro ideias básicas para distinguir a oferta ao público do artigo 429 do Código Civil e a do artigo 35 do Código de Defesa do Consumidor que rege as ofertas de consumo, de forma a manter intacto o regime do CDC:

Segundo o artigo 429, "a oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos."

⁴⁰ BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em 20 de jul. de 2017. Art. 30. "Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado." O artigo 35, assim dispõe: "Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos."

⁴¹ MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 61.

⁴² MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 62.

⁴³ Segundo Claudia Lima Marques, "o argumento *a contrário* parece indicar que Cristina Pasqual está correta, pois se sinônimos fossem e se toda a oferta ao público, no sistema geral do Código Civil de 2002, fosse considerada "proposta contratual", desnecessário seria o novo artigo 429 do CC/2002. Note-se que esse artigo específico sobre a oferta ao público (ou a pessoas indeterminadas, presentes ou ausentes) não existia no sistema do CC/1916[...]. Diferentes seriam as expressões oferta (usada pelo CDC) e proposta, tanto que o próprio CC/2002 dedicar-lhe-ia um artigo para exatamente explicitar que, em alguns casos e- só nestes casos- do sistema geral, a oferta pode equivaler a uma proposta (contratual)..." p. 62.

Ontologicamente os regimes da oferta de consumo do CDC e da oferta ao público do CC/2002 divergem. O CC/2002 segue a teoria da vontade, enquanto o CDC segue a teoria da declaração, especificamente valorizando a confiança criada (art. 30 do CDC). Divergem também na divisão de riscos. O CC/2002 prevê a responsabilidade objetiva como exceção, enquanto no CDC é a regra. Em matéria de contratos, o CDC permite um controle de conteúdo dos contratos segundo a boa-fé muito maior do que o permitido no CC/2002. Diverge também o paradigma ético-social, que no CC/2002 é o das relações entre iguais e no CDC, por mandamento constitucional, é o da proteção do mais fraco, presumindo-se a vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I, do CDC). No CDC, a oferta de consumo nunca é revogável e só pode haver limitação de sua eficácia, enquanto no CC/2002, a revogabilidade é a regra (art. 428), sendo que o parágrafo único do art. 429 é uma exceção, ao limitar a possibilidade de revogação, se a 'proposta' foi ao público em geral (oferta). Logo, a proposta do CC/2002, além de ter de ser completa para vincular[...] vincula as partes e integra o contrato com muito menos força, do que a oferta de consumo dos arts. 30, 31, 33, 34 e 35 do CDC.⁴⁴

Percebe-se, assim, que os artigos 30 e 35 do Código de Defesa do Consumidor regulam a oferta de consumo preferencialmente, o que também restou assentado no Recurso Especial 363.939⁴⁵. Aqui, afirma Claudia Lima Marques, o diálogo é no sentido de subsidiariedade, de forma que primeiro se aplica o Código de Defesa do Consumidor, que regula a oferta de consumo de forma excepcional e, apenas no que for preciso, utiliza-se o Código Civil de 2002.⁴⁶

Finalmente, cumpre consignar que não há conflito real entre as leis mencionadas, tratando-se, antes, de antinomias aparentes entre os artigos 429 do Código Civil e os artigos 30 e 35 do Código de Defesa do Consumidor, que podem ser solucionadas diante da aplicação subsidiária do CDC e CC/2002. Nesse sentido, a noção de diálogo das fontes nos afasta da formulação proposta por Norberto Bobbio, não havendo que se falar na eliminação da norma conflitante. É assim que o diálogo das fontes possibilita a coexistência de normas dessa estirpe no ordenamento brasileiro, em especial, no âmbito do direito privado aqui analisado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁴⁴ MARQUES, Claudia Lima, *op. cit.*, p. 64.

⁴⁵ EMENTA- Consumidor. Recurso especial. Publicidade. Oferta. Princípio da vinculação. Obrigação do fornecedor. O CDC dispõe que toda informação ou publicidade, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, desde que suficientemente precisa e efetivamente conhecida pelos consumidores a que é destinada obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar, bem como integra o contrato que vier a ser celebrado. Constatado pelo eg. Tribunal a quo que o fornecedor, através de publicidade amplamente divulgada, garantiu a entrega de veículo objeto de contrato de compra e venda firmado entre o consumidor e uma de suas concessionárias, submete-se ao cumprimento da obrigação nos exatos termos da oferta apresentada. Diante da declaração de falência da concessionária a responsabilidade pela informação ou publicidade divulgada recai integralmente sobre a empresa fornecedora. (REsp 369.939, rela. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 04/06/2002.) Ver íntegra em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/jurisprudencia/juris_diversos/REsp363939_0.doc> Acesso em 20 de jul. 2017.

⁴⁶ MARQUES, Claudia Lima, *op. cit.*, p. 66.

A pós-modernidade trouxe elementos de significativas mudanças nas relações sociais. A hipercomplexidade dos novos tempos, a acentuação das diferenças pelo fenômeno da globalização foi responsável por essa percepção de desordem, a visão de que não há mais um centro e que, aos poucos, vai interferindo na perda da soberania estatal. É nesse cenário de incertezas que o Direito carece de novos paradigmas que utilizem as experiências dos anteriores e agreguem novos conhecimentos.

Tendo seu conteúdo (re)significado diante dessas transformações sociais, econômicas e políticas, o novo direito privado assume uma conotação solidária, marcado pelo pluralismo, o respeito às diferenças, a valorização dos Direitos Humanos e a simbiose entre público e privado, recebendo grande influência do constitucionalismo.

Nessa perspectiva de perda de um centro, cada vez mais fica difícil sedimentar as certezas, de modo que tudo é líquido, volátil, como diria Bauman. Assim, a teoria proposta por Norberto Bobbio de resolução das antinomias jurídicas parece não acompanhar a fluidez do cotidiano, de forma que a problemática das antinomias requer ser vista por novas lentes, flexíveis e dialógicas.

Diante dessa dificuldade em estabelecer novos paradigmas, a teoria do diálogo das fontes do mestre Erik Jayme, trazida ao Brasil por Claudia Lima Marques, surge como mola propulsora de um direito plural, atento às reivindicações de trocas, consentâneo com a pós-modernidade. Assim, diante do conflito entre normas ou entre critérios de solução de normas, uma possibilidade que se apresenta é visualizar o ordenamento como um todo, de forma que uma norma possa servir ao entendimento da outra, sem que seja necessária sua eliminação, já que a interpretação conforme a Constituição aponta um vetor a ser considerado pelo intérprete.

No campo pragmático foi possível aplicar a teoria do diálogo das fontes diante do conflito entre os artigos 429 do Código Civil e os artigos 30 e 35 do Código de Defesa do Consumidor na modalidade de aplicação coordenada e sistemática das legislações envolvidas.

O presente trabalho, mais do que respostas é, antes, uma reflexão acerca da necessidade de se (re)pensar novos paradigmas sempre que a dinâmica dos tempos assim demandar, estando o Direito apto a atender aos anseios e reivindicações daquele determinado momento.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- _____. **Globalização: as conseqüências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- _____. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos – Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 10ª edição, 1999.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário oficial da União, Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL, **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em 20 de jul. de 2017.

- BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 20 de jul. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 369.939**. Relatora: Ministra Fátima Nancy Andrighi.. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/jurisprudencia/juris_diversos/REsp363939_0.doc> Acesso em 20 jul. 2017.
- BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho. **RO n. 00013242620105010065**. Relatora: Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva. Disponível em: <<https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/190674988/recurso-ordinario-ro-13242620105010065-rj/inteiro-teor-190675068>> Acesso em: 21 jul. 2017.
- DANTAS, Aldemiro; MALFATTI, Alexandre David. (coord.) **Lacunas do ordenamento jurídico**. _ Barueri, SP: Manole, 2005.
- FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**, São Paulo: Malheiros, 2004.
- JAYME, Erick. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. **Revista dos Tribunais**, v. 759. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 1999. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43489>> Acesso em 21 jul. 2017.
- MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- _____. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. In: **Revista de Direito do Consumidor**, n. 51, julho-setembro. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- _____. O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: _____. **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- _____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**.-6.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012
- ROCHA, Guilherme Aparecido da; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A publicidade na dinâmica da pós-modernidade e seu impacto na função solidária da empresa. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.), **Revista de Direito do Consumidor**, ano 26, 110 mar./abr. 2017, p. 281-307.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- TEPEDINO, Gustavo. **Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento**. Rio de Janeiro: Padma, 2005.

A criminalização de movimentos sociais e a violência policial no Brasil: o caso das "jornadas de junho" de 2013 em Porto Alegre/RS

Lucas e Silva Batista Pilau⁷⁹⁵

Roberta da Silva Medina⁷⁹⁶

Universidade Católica do Rio Grande do Sul

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é resultado de pesquisa realizada junto à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), no Brasil. Seu objetivo consiste em analisar a violência praticada pela polícia durante as manifestações sociais conhecidas como "Jornadas de Junho", que tomaram o país em 2013. A disputa em torno do início de tais manifestações gira entre as cidades de Porto Alegre e São Paulo e seu estopim está vinculado ao aumento da passagem do transporte público em 20 centavos. Porém, em razão da violência policial e do crescente número de pessoas que passaram a aderir os protestos, após algumas semanas mais de cem cidades já haviam sido tomadas pela população, a qual, ao contrário do início, apresentava pautas bastante diversificadas.

Antes de adentrar especificamente na temática proposta, torna-se necessário frisar que a polícia brasileira, em sua estrutura atual, é dividida em dois ciclos: a polícia civil é responsável pelo processo investigativo, enquanto a polícia militar pela atividade ostensiva de combate ao crime. Além disso, e mais importante ainda, essas polícias guardam evidentes relações com a ditadura civil-militar (1964-1985) pela qual o país passou, tanto em termos de aparato legislativo (ZAVERRUCHA, 2010) quanto em sua constante operacionalidade, seja através da tortura (nos porões de delegacias da polícia civil) como no combate ao tráfico de drogas (através de uma polícia militarizada e treinada para combater o inimigo).

Dois exemplos são elucidativos de tais afirmações: recente pesquisa da *Conectas - Direitos Humanos* (atuante ONG no Brasil) demonstrou, através de relatos de vítimas de torturas praticadas pela polícia, a regularidade com que essa se utiliza de violência física junto aos mais vulneráveis sócio e economicamente (clientela recorrente do sistema penal brasileiro) (CONNECTAS DIREITOS HUMANOS, 2017). Além disso, os processos penais que envolvem a criminalização do traficante, previsto na Lei de Drogas (Lei n.º 11.343/06), terminam por serem definidos pela própria polícia: primeiro, ao não definir critérios claros em torno das figuras do usuário e do traficante, ao contrário, forjando uma *zona gris* (CARVALHO, 2014) ao estabelecer tipos penais parecidos (com alguns verbos nucleares idênticos), possibilita ao policial que realiza a abordagem escolher, definir, decidir quem é ou não traficante; segundo, posteriormente, os depoimentos dos policiais (aqueles

⁷⁹⁵ Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pesquisador e advogado. E-mail: lucas.pilau@hotmail.com.

⁷⁹⁶ Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). E-mail: robertamedina1995@gmail.com.

mesmos que realizaram a abordagem) serão chancelados pelos juízes ao tomar suas narrativas como verdadeiras (JESUS, 2016).

Ainda, os dados do 11º Anuário de Segurança Pública, recentemente publicados, são bastante reveladores: só em 2016 o Brasil registrou 4.224 mortes decorrentes de intervenções policiais – um crescimento de 25% em relação a 2015. O perfil é aquele já conhecido: homens (99,3%), jovens (81,8%) e negros (76,2%). Do outro lado, não é diferente. Se a militarização, ou mesmo hipermilitarização (BORDIN; MORAES, 2017), torna a polícia brasileira a que mais mata, é também o motivo para fazê-la ser a que mais morre: somente no ano de 2016, foram 437 policiais vítimas de homicídio. E o perfil do policial, ainda que com suas diferenças, não é tão distante de suas vítimas: 63,6% localizam-se na faixa etária de 30 a 49 anos, 56% são negros e 98% do sexo masculino (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2017).

Nesse sentido, retornando ao escrito, esclarece-se que esse vem dividido em três partes: em um primeiro momento, tenta-se, dentro de contornos limitados, dar forma ao que se compreendeu como “Jornadas de Junho” no Brasil, deixando-se claro que as perspectivas apresentadas ainda estão em disputa por estudiosos e comportam críticas. Em um segundo momento, analisa-se o relatório produzido pela Câmara de Vereadores da Cidade de Porto Alegre dias após as manifestações ocorridas no mês de junho de 2013, analisando seu conteúdo e os relatos ali contidos para apreender a violência com que a polícia militar tratou os manifestantes. Por fim, analisa-se o inquérito policial produzido pela polícia civil, demonstrando o processo discursivo de desumanização e criminalização dos segmentos que protestavam.

1 AS “JORNADAS DE JUNHO” NO BRASIL: O QUE FORAM?

Em meio à onda de manifestações globais que ocorreram por volta do ano de 2011 (Occupy Wall Street, 15M, Primavera Árabe, entre outros) as chamadas “Jornadas de Junho” de 2013 terminam por integrar o Brasil no contexto das revoltas mundiais. O encadeamento entre tais movimentos parece-se dar através do que é característico aos *novíssimos movimentos sociais*: organizados de forma horizontal e autônoma e com reivindicações diversificadas, passam a utilizar-se do binômio redes sociais/espço urbano como plataforma de construção política (CASTELLS, 2013). No entanto, o cenário nacional, como se esperava, demonstrou ter peculiaridades próprias.

Nos últimos treze anos (2003-2016), o Brasil contou com políticas advindas de um governo que se propunha de esquerda, através da ascensão de Luis Inácio Lula da Silva à presidência em 2003 pelo Partido dos Trabalhadores (PT), e que tentaram estabelecer um protótipo de Estado de bem-estar social, não sendo suficientes para conter as insatisfações gerais da população. Em verdade, tratou-se de um governo que buscou, em vários momentos, facilitar a ação do mercado, reforçando a “lógica neoliberal” (DARDOT; LAVAL, 2016). Uma das características da chegada do Partido dos Trabalhadores (PT) ao poder foi a heterogeneidade das forças contidas em seu bojo, que em 2003 deslocam as batalhas das ruas para os ministérios (PINTO NETO, 2017). Nesse sentido, essa reconfiguração do campo de batalha acaba por incorporar os antagonismos sociais para dentro da burocracia estatal (PINTO NETO, 2017), local onde se dará a nova disputa por poder e que culminará, posteriormente, na deposição da ex-presidenta Dilma Roussef em 2016⁷⁹⁷.

No campo da política criminal, há diversas críticas que poderiam ser lançadas: desde a promulgação de uma Lei de Drogas que reforçou o encarceramento em

⁷⁹⁷ Cfr. SOUZA, Jessé. **A radiografia do golpe: entenda como e por que você foi enganado**. Rio de Janeiro: LeYa, 2016.

massa, como já referido, à complacência com as Unidades Pacificadoras de Polícia nos morros do Rio de Janeiro para fins de “pacificação” das áreas vulneráveis (VALENTE, 2016). Mas para além desse campo também: de um lado, o governo realiza um progressivo abandono da política, distancia-se de movimentos sociais, realiza concessões em termos de direitos humanos, pratica uma política agressiva contra os índios e consolida um pacto com o agronegócio e os latifundiários; de outro, passa a assumir uma desenvolvimentista ao investir na “contabilidade criativa”, nos “supercampeões” através do BNDES e de isenções fiscais (PINTO NETO, 2017). Diante disso, uma ruptura da esquerda eclode e um campo autonomista começa a se configurar a partir de campanhas pela defesa dos direitos dos índios ou do meio ambiente – contra a construção da Usina de Belo Monte, as redes são tomadas pela hashtag #pareBeloMonte (PINTO NETO, 2017).

Esse ecossistema aos poucos vai conectar-se aos movimentos mundiais que demandavam mais democracia e alternativas diante das oligarquias políticas e econômicas mundiais, como a Primavera Árabe, o Occupy Wall Street, o 15-M e todos os outros espalhados pelo mundo inteiro e viralizados a partir da integração com as plataformas digitais, sobretudo Facebook, Twitter, Instagram e YouTube. E desse ecossistema, somado ao trabalho de maior fôlego dos próprios movimentos autonomistas que foram se gestando desde o ciclo da alterglobalização nos anos 90, nascerá o choque que irá derrubar toda a configuração de forças que se estabeleceu a partir da Nova República (PINTO NETO, 2017).

É neste cenário que as manifestações de 2013 emergem. Com a presença de uma divergência sobre onde teriam se iniciado as manifestações – em Porto Alegre ou em São Paulo – é sabido que o movimento teve como estopim o aumento de 20 centavos na passagem do transporte público, tendo sido convocado pelo conhecido “Movimento Passe Livre” – já que, no Brasil, uma “das maiores e mais disseminadas violências hoje está no sistema de transportes” (CAVA, 2013). Em um primeiro momento, diante de uma pauta unificada e clara, milhares de pessoas foram às ruas com o objetivo específico de reduzir o preço das passagens. Havia certa equivalência sobre como esses primeiros protestos ocorriam: convocados pelas redes sociais, os manifestantes percorriam e travavam vias públicas, o que, ao final, resultava em confrontos com a polícia militar (SINGER, 2013).

A cobertura da grande mídia acerca dos acontecimentos, que projetou para o grande público a atuação da polícia, que, como de praxe, através de sua substância *soberana* (AGAMBEN, 1996), promoveu cenas de “guerra” a céu aberto, atraindo a simpatia (ao verem estudantes e jornalistas recebendo balas de borracha e bombas de gás lacrimogêneo) de diferentes setores da sociedade que, por sua vez, passam a aderir aos protestos. É marcante, no segundo momento das “Jornadas de Junho”, a presença de grupos heterogêneos e a diversificação de pautas. Neste momento, destaca-se a relevância do chamado *novo precariado* para o eclodir das manifestações – a presença massiva de jovens-adultos altamente escolarizados, insatisfeitos socialmente e profissionalmente, na medida em que se submetem à subempregos para a garantia de sua sobrevivência (ALVES, 2013). Nesse sentido, Ruy Braga, em seu *A rebeldia do precariado: trabalho e neoliberalismo no Sul global*, argumenta que embora o Brasil tenha visto, na última década, avanços em torno da formalidade do emprego e de ganhos reais do salário mínimo, o modelo de desenvolvimento também se apoiou na elevação do número de acidentes de trabalho, no aumento da rotatividade, na elevação da taxa de terceirização e no aprofundamento da flexibilidade da jornada de trabalho. Em suma na mercantilização do trabalho (BRAGA, 2017).

O movimento, iniciado a fim de protestar por direitos, posteriormente abrangeu conservadorismos que, em sua maioria, reproduziam discursos e generalizações que podem ter sua origem na crise do campo moral, relacionando o velho jargão da *corrupção* somente à esfera política – mais precisamente, aos poderes executivo e legislativo. Em uma última etapa, o número de pessoas que ocupavam as ruas chegou a contabilizar uma média de um milhão e meio de participantes (GOHN, 2016). Neste rumo, as manifestações começam a se dividir, ocorrendo, portanto, a fragmentação em mobilizações parciais com pautas específicas (mais saúde e educação, não aprovação da PEC 37, redução de impostos, etc). Neste contexto, é significativa a composição social e as ideologias que se cruzaram nas ruas – em São Paulo, por exemplo, no dia 17 de junho, enquanto um grupo de jovens da periferia promovia uma espécie de passe livre meio do *pula catraca*, jovens de classe média reagiam com gritos de “sem vandalismo” (SINGER, 2013).

Durante todo o junho de 2013, onde há a confluência de diversos fatores que consolidariam as “Jornadas de Junho”, a violência policial não cessou, principalmente nas maiores cidades (São Paulo e Rio de Janeiro) onde dois jornalistas foram feridos gravemente, um deles tendo, inclusive, perdido a visão de um olho (ANISTIA INTERNACIONAL, 2014). Mas embora a classe que estava protestando não fosse acostumada com a violência praticada por uma instituição estruturalmente voltada para o combate de inimigos, as miras terminaram por se voltar ao comum, ao que já está sempre ali à espera: Rafael Braga, jovem e negro, catador de material para reciclagem, foi o único condenado em razão das manifestações de junho de 2013 no Brasil, por supostamente produzir um artefato explosivo (especificamente um *coquetel molotov*) com água sanitária e Pinho Sol. Rafael passou 05 (cinco) meses no Complexo Penitenciário de Japeri aguardando julgamento e, mesmo o laudo do esquadrão antibomba da polícia civil do Rio de Janeiro tendo atestado que Rafael carregava produtos de limpeza com ínfima possibilidade de funcionar como *coquetel molotov*, aquele foi condenado a pena de reclusão de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses.

Essa é uma, e talvez a pior, das histórias que compõe o mosaico de violências que a polícia brasileira, tanto civil quanto militar, protagonizou durante as manifestações sociais de 2013, conhecidas como “Jornadas de Junho”. No entanto, mais do que chocante, a história de Rafael Braga parece ser sintoma de algo que talvez já vem sendo alertado: em regiões marginalizadas, a polícia, principalmente a militar, age como se *soberana* fosse, ao arrepio de qualquer ordenamento. Em continuidade ao escrito, busca-se lançar luz primeiro sobre as narrativas de violações sofridas pela polícia militar, para depois se analisar o inquérito policial construído pela polícia civil, ambos contendo relatos das violências policiais praticadas na cidade de Porto Alegre/RS.

2 AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS AO SUL DO BRASIL: O CASO DE PORTO ALEGRE/RS

Em Porto Alegre, as violações foram tantas que instigaram o poder público, através da Comissão de Defesa do Consumidor, Direitos Humanos e Segurança Urbana da Assembleia Legislativa, a realizar uma audiência pública no dia 02 de julho de 2013, com mais de três horas de duração, onde restaram ouvidos 17 (dezesete) jovens (alguns menores de 18 anos) revelando violações de direitos por parte da Brigada Militar⁷⁹⁸. Tais violações vão desde a ausência de *banda* de identificação dos policiais, impossibilitando às vítimas indicarem seus agressores, até violências expressas em agressões físicas e verbais (CÂMARA MUNICIPAL, 2013). O relatório

⁷⁹⁸ Como é designada a polícia militar do Estado do Rio Grande do Sul.

estima, com base em notícias publicadas em jornais e portais enquanto as manifestações ocorriam, que nos atos realizados nos dias 13, 17, 20, 24 e 27 do mês de junho, cerca de 208 pessoas foram detidas pelas polícias, entre adultos e adolescentes (CÂMARA MUNICIPAL, 2013). Ainda que curtos, são emblemáticos pela contundência dois relatos do relatório sobre a atuação da Brigada Militar em Porto Alegre:

“A.M. - situação ocorrida em 17/06

Estava indo embora da manifestação, caminhando em direção ao Camelódromo pela Av. Borges de Medeiros. Ele e um grupo de amigos foram abordados por policiais e presos. Sofreu chutes e socos. Foi levado pelos policiais para a 9ª DPPA e, neste caminho, levou mais um soco no estômago. Ficou algemado até as 6h da manhã. No exame de corpo de delito, o brigadiano acompanhou. Todos os policiais estavam sem identificação” (CÂMARA MUNICIPAL, 2013).

“F.A. – situação ocorrida em 17/06

Estava participando pacificamente no protesto. Terminado, estava em uma fruteira na Salgado Filho com amigos, pois estavam com fome. Passou um grupo de brigadianos e os prendeu. Foram agredidos verbal e fisicamente com socos. Ouviu os policiais combinando o crime do qual iriam acusá-lo, além de dizerem que precisavam de “pedras e paus” para incriminar os manifestantes presos. Pagou fiança de R\$ 678,00, sob ameaça de ser levado ao Presídio Central, caso não o fizesse” (CÂMARA MUNICIPAL, 2013).

Ambos relatos são amplamente significativos pois demonstram que a intenção da polícia militar não era somente conter os protestos (reduzir riscos de violência), mas antes governar a situação por si própria (através da violência), inclusive agindo sobre pessoas que estavam fora do espectro abarcado pela manifestação. Além disso, de forma claramente ilegal, não portavam identificações junto a suas fardas, com receio de que pudessem ser identificados depois e a fim de garantir o anonimato. Sem contar os recorrentes relatos de que, no momento de realização do exame de corpo de delito junto ao Instituto Médico-Legal, os policiais acompanhavam os manifestantes presos a fim de produzirem certa pressão psicológica para que as agressões perpetradas não fossem relatadas aos médicos. Ou seja, tinham-se, em junho de 2013, uma Brigada Militar longe de algum controle estrito: tanto as prisões quanto a violência física estavam a cargo da *decisão* que a Brigada tomaria, colocando em xeque as fontes de prova coletadas na oportunidade.

Esse legado autoritário contido na relação da polícia com os manifestantes também teve seus reflexos nas abordagens da Copa do Mundo de 2014 em Porto Alegre. Em busca dos vestígios da copa, pesquisadores acompanharam de perto os movimentos da Brigada Militar na tarefa de suprimir toda a aleatoriedade de eventos que as manifestações sociais podem vir a produzir em seu bojo. Para tanto, ao contrário das “Jornadas de Junho”, a pesquisa constatou que o policiamento em Porto Alegre – e no resto do Brasil – preparou-se para novas investidas, só que na época com a novidade da vigilância em tempo real do cotidiano: duas semanas antes da Copa do Mundo, foi inaugurado o Centro Integrado de Comando e Controle de Porto Alegre, com um custo de R\$ 40 milhões, aprofundando assim lógica panóptica, uma vez que agências de socorro e segurança monitoram a cidade por meio das milhares de câmeras espalhadas (FRANÇA, MARQUES, VALLE *et al*, 2014). Embora a novidade

da vigilância seja constatada, a violência sobre aqueles que se manifestaram não diminuiu, deixando claro que a polícia – agora com o legado de violência da ditadura civil-militar aliado a vigilância dos manifestantes em tempo real – encontrava-se a serviço dos interesses de gestores públicos e dos investidores privados (FRANÇA, MARQUES, VALLE *et al*).

Por fim, os manifestantes que compareceram às Olimpíadas de 2016 também não ficaram de fora da violência estrutural que as forças de segurança apresentam. Em 27 de julho, em Angra dos Reis, no Rio de Janeiro, manifestantes tomaram as ruas contra o fechamento de um centro de saúde, sendo reprimidos pelo Batalhão de Choque que não economizou no uso de gás lacrimogêneo, balas de borracha e bombas de efeito moral. Em 05 de agosto, dia da cerimônia de abertura dos Jogos Olímpicos, foram realizadas manifestações contra os impactos negativos das Olimpíadas próximo ao Museu de Artes (MASP) de São Paulo, momento em que a polícia militar reprimiu o protesto, composto em sua maioria por adolescentes e estudantes do ensino médio, utilizando-se da técnica conhecida como “caldeirão de Hamburgo” (*kettling*), que consiste em cercar e encurralar os manifestantes por tempo prolongado sem autorizar que qualquer um deles saia do “caldeirão”. Nesse dia, cerca de cem pessoas foram detidas e polícia empregou também uso de cassetetes e bombas de gás lacrimogênio (ANISTIA INTERNACIONAL, 2014).

Assim é que pode ser percebida uma regularidade na história do país deparar-se com a violência policial no âmbito de manifestações sociais, sejam elas “velhas”, “novas” ou “novíssimas”, em Estados com feições ditatoriais ou democráticas. Os movimentos modificaram suas formas de organização, agora vinculados às redes sociais e, como visto, até mesmo seu desejo por institucionalização modificou-se. No entanto, as forças policiais, com toda memória e o aparato institucional herdado da ditadura civil-militar, continua a servir como dispositivo de repressão. A interrogação posta pela presente pesquisa trata de interseccionar os “novíssimos movimentos sociais” com o histórico de repressão das polícias militar e civil, a fim de questionar os meios que as polícias utilizaram para investigar e criminalizar aquelas manifestações realizadas em junho de 2013 na cidade de Porto Alegre/RS.

3 O NERVO EXPOSTO DO AUTORITARISMO: O PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO DE MANIFESTANTES NA CIDADE DE PORTO ALEGRE/RS

A compreensão do processo de criminalização dos movimentos sociais em Porto Alegre passa pela necessidade de colocar em visibilidade o *saber*⁷⁹⁹ produzido pela polícia no inquérito policial (POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2013) que investigou sete manifestantes considerados “lideranças” e que serão referidos, preservando suas identidades e evitando o reconhecimento imediato, como “L.B.M”, “J.V.M”, “M.P.G”, “R.B.B”, “G.V.D.C”, “A.C.S.N”, “G.S.S”. Em sua maioria, são jovens que supostamente mantinham contatos com outras manifestações, com partidos políticos e com a “Universidade Pública”. Dessa forma, serão analisados alguns elementos de conteúdo discurso presentes nos primeiros volumes do inquérito policial.

Embora outros crimes tenham sido investigados durante o inquérito policial, a denúncia do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul imputa quatro crimes aos manifestantes, os quais teriam ocorridos todos no dia 27 de junho de 2013 – terceira fase das “Jornadas Junho” – e consistiram, resumidamente, em quadrilha

⁷⁹⁹ Ao mesmo tempo em que a polícia está atrelada às formas de saber, ela mesma, a partir do século XIX, passará a ser central na formulação de novos saberes. A investigação policial, com a obrigatoriedade por parte de delegados, governadores de departamentos e funcionários da polícia de, quando realizado o envio de indivíduo para um lugar de detenção, formular um relatório sobre seu comportamento e suas motivações, irão produzir uma forte relação entre poder-saber. Ou seja, todos os agentes do poder passarão também a serem agentes de constituição de um saber (FOUCAULT, 2015, p. 213).

armada (artigo 288, parágrafo único, do Código Penal), dano qualificado por ser cometido contra o patrimônio público e com a utilização de violência ou grave ameaça (art. 163, parágrafo único, incisos I e III do Código Penal), exposição a perigo a vida e a integridade física de diversas pessoas mediante o arremesso de fogos de artifício e engenhos de substância análoga à dinamite (art. 251 do Código Penal) e furto qualificado pelo rompimento de obstáculo e concurso de pessoas (art. 155, § 4º, incisos I e IV).

A ocorrência de abertura do Inquérito Policial se dá, segundo a narrativa dos policiais, com a prisão em flagrante de G.S.S, quando esse, ao se afastar do grande grupo e se deslocar entre a Praça Conde de Porto Alegre e a Avenida João Pessoa, no centro de Porto Alegre, é preso e conduzido a uma linha contenção que a Brigada Militar formava durante as manifestações. A ocorrência policial que registra a prisão de G.S.S já demonstra intimidade com a herança ditatorial e a linguagem construída pela mídia em torno dos manifestantes. Ao registrar os crimes de furto qualificado e dano qualificado, refere a autoridade policial:

Que condutor estava fazendo o monitoramento para a identificação de lideranças que teriam ascendência sobre o grupo de *vândalos* infiltrados entre os manifestantes. Que durante o monitoramento identificou o indivíduo G.S.S como líder de cerca de 10 a 12 *vândalos* no mínimo, tendo visto o indiciado praticado junto com seu bando crimes de dano contra o patrimônio privado, dano contra o patrimônio público, furto qualificado e lesão corporal. Que após a prática desses crimes o condutor viu que o indicado ficou isolado do bando, momento em que o condutor conseguiu detê-lo e levá-lo até uma linha de contenção da Brigada Militar. Que o indicado recebeu voz de prisão e foi apresentado neste órgão a Autoridade Policial (POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2013).

Como proposto no primeiro capítulo, a história do país demonstra não ser por acaso que a polícia, em um instrumento de investigação estatal, chame aqueles que estavam participando de manifestações sociais de *vândalos*. Ao contrário, esse era um instrumento largamente utilizado durante a ditadura civil-militar para suspender as garantias dos inimigos políticos chamando-os de *comunistas, socialistas, guerrilheiros, terroristas*. Prática que se estende dos manifestantes em Porto Alegre aos executados pela polícia do Rio de Janeiro e posteriormente desqualificados como *traficantes* (ZACCONE, 2015). Hoje, com a reconstrução das narrativas daqueles que foram reprimidos na ditadura, podemos observar que o Estado era o que, sem controle algum, praticava as maiores barbáries. Trata-se de negar a vítima (SYKES, MATZA, 1957), técnica neutralizadora bastante palatável, ao rotulá-la como elemento nocivo a sociedade. Mais do que isso, para que essa neutralização se dê com força, é preciso demonstrar que as práticas daquele indivíduo rotulado são recorrentes, desqualificando-o – o que ocorre no Inquérito Policial objeto de estudo quando fotos de manifestações antigas, por vezes sem datas nem fonte, são juntadas a fim de comprovar o comparecimento recorrente dos investigados em mobilizações sociais (POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2013).

Na época das "Jornadas de Junho", a cobertura dos três veículos de comunicação com larga circulação em Porto Alegre – Zero Hora, Sul21 e Diário Gaúcho – expressavam diferentes visões quanto aos protestos do dia 13 de junho de 2013 (GEORJÃO, 2016), pouco antes dos fatos que constroem a narrativa da peça policial analisada. Um dos pontos que merece ser referido é que enquanto parte da mídia centrava a publicidade em torno da ação de manifestantes (com quebra de bancos, lixeiras, etc.), qualificando-os como *vândalos*, outros veículos (tidos como emergentes ao utilizar novas tecnologias de informação, como o Mídia Ninja)

construíam suas narrativas em torno da cobertura crítica às ações policiais (entendidas como violentas) (GEORJÃO, 2016). Ou seja, parte da linguagem policial parece se conectar – ou mesmo se retroalimentar – com o discurso fixado pela mídia tradicional durante as “Jornadas de Junho”, ao chamar os manifestantes de *vândalos*.

O conteúdo da representação do Delegado de polícia pela prisão preventiva e quebra de sigilo dos imputados é também bastante significativo. Tratando do início ao fim todos como “*vândalos*” (“*encapuzados*”, por vezes), o representante da Polícia Civil reproduz, na busca de uma decisão judicial que o permitisse ter sob seu poder (por meio da prisão) os investigados e informações até então sigilosas, a apuração da vida pregressa de G.S.S, apontando que esse “é um indivíduo ligado a movimentos anarquistas, conhecidos como “ANARCOPUNKS, ANARCOFOBIA e FEDERAÇÃO ANARQUISTA GAÚCHA”. Além disso, em momento posterior, o policial militar que teria sido vítima de lesões corporais, já ampliando o recorte do relato e não mais focando-se somente em G.S.S, inclui outros investigados como R.B.B, G.V.D.C, L.B.M, J.V.M e M.P.G e observa que o “o grupo específico que protagonizava as agressões eram dos ‘punks’ e outros indivíduos com roupas preta (sic) que carregavam bandeiras negras com o ‘A’ do anarquismo estampado” (POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2013). Além disso, “por conversas com seus colegas”, o policial sabia que “há um grupo específico que frequentam as manifestações dispostos aos vandalismos, depredações, saques e confrontos com a brigada militar. Sabe que esses grupos intitulam-se “ANARCOPUNKS e “ANARQUISTAS”” (POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL). Ainda, sobre o relato do policial que esteve presente nas manifestações, chama a atenção a seguinte frase: “Antes da apresentação nos locais de patrulhamento, informou que teve uma palestra no 9º BPM, onde foram transmitidas informações quanto ao modo de operação desses grupos” e ao que parece, nessa palestra afirmaram “ser um grupo criminoso organizado, cada indivíduo possuindo uma tarefa específica para o fim de delinquir” (POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL).

A herança que a ditadura civil-militar e a constituição de sua violência sobre presos políticos e perseguidos legou às polícias brasileiras (civil e militar) emergem nas formas discursivas analisadas: existe uma produção de *saber* em torno daqueles que se manifestam e essa produção faz com que a polícia (civil ou militar) adentre na arena política que as ruas oferecem procurando os inimigos (também políticos) que deve neutralizar. Embora a Doutrina de Segurança Nacional que tomou a América Latina na década de 60 – reforçada pela desastrosa Lei n.º 13.260/2016 sancionada recentemente pela ex-presidenta Dilma Rousseff – não tenha sido utilizada expressamente no inquérito policial investigado, nota-se que a ideia do *outro* como fonte de perigo e *inimigo social*, violador da ordem pública estatal continua expressamente vigente, constatado pelo discurso apresentado pelos policiais para justificar suas ações. Além disso, é preciso pontuar que a polícia, ao perseguir e criminalizar os jovens imputados nessa investigação (e, posteriormente, no processo judicial que segue seu curso), criminalizam também suas ideias, a qual possuem inclinações de esquerda e, diretamente, contra a forma que o Estado se propõe a funcionar atualmente. Nesse sentido, não se pode deixar de considerar que esses discursos servem para criar um ambiente que possibilite torná-los inimigos dos valores neoliberais alçados a interesse público – alteridades que, enfim, se veem negadas (SOUZA, 2016).

Ademais, no intuito de vincular o manifestante G.V.D.C ao grupo, o relatório do delegado de polícia aponta que “verificou-se que este faz parte do DCE da UFRGS, juntamente com o investigado M.P.G”. Afinal, o vínculo de um indivíduo junto a uma organização de estudantes pode colocar em xeque suas pretensões quando do comparecimento em uma manifestação social – ainda mais com o conteúdo e a amplitude que se deram as “Jornadas de Junho” de 2013? Parece persistir na mentalidade institucional da polícia o perigo que representavam os estudantes na época da ditadura civil-militar e que desembocava na investigação e infiltração da

polícia sobre as reuniões da União Nacional dos Estudantes. No geral, o inquérito policial apresenta ainda fotos das manifestações que tomaram o país em 2013, dos imputados participando de outras manifestações e da manifestação que teria redundado na investigação e, também, fotos de manifestações aleatórias ocorridas em Porto Alegre naquele ano, por vezes sem data e sem qualquer fonte.

Então, a insistência de uma *governabilidade punitiva* (AMARAL, 2015) na recepção de movimentos sociais em nossa sociedade pareceu ainda encontrar seu lugar intocado. Mesmo a heterogeneidade do público e características *novíssimas* que as "Jornadas de Junho" representaram não impediram que a esse fenômeno a resposta fosse a mesma: criminalização de ideias, de pessoas e constituição de um inimigo central para justificar a violência policial, traços inconfundíveis das forças policiais que operaram durante a ditadura civil-militar. Essa construção se mostrou e tem se mostrado (no andamento da pesquisa) visível no discurso que os policiais articulam durante a investigação. Se, como disse Michel Foucault, o discurso não é somente aquilo que manifesta ou oculta o desejo e nem só simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas antes aquilo "porque, pelo que se luta, o poder do qual nos queremos apoderar" (FOUCAULT, 2013), o discurso em torno das bandeiras levantadas nas manifestações – principalmente nas "Jornadas de Junho" – é algo a ser disputado, para que, no futuro, compreenda-se o suspiro democrático que possui o confronto de ideias, de visões de mundo e de novas (e velhas) formas de manifestação advindas da população, mormente que só tem a acrescentar algo a cada vez mais achocolhada democracia brasileira. Parece não haver tempo a perder, então, em disputar e questionar o modo como a polícia se coloca frente aos manifestantes, criminalizando-os desde sua lógica *soberana* (AGAMBEN, 1996) de decisão sobre quem irá ou quem não irá ser visto como inimigo do Estado, seja na abordagem ou seja no momento de dar uma identidade a eles junto a peça policial que irá dar base a um penoso processo judicial de criminalização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foram as "Jornadas de Junho" que, dentro do modelo atual de polícia que o Brasil suporta, trouxeram à tona, pelo menos desde a redemocratização do país, a violência estrutural (e muito mais intensa) que aquela instituição pratica em áreas vulneráveis rotineiramente. A pretende pesquisa surge, então, para tentar demonstrar o discurso construído pela polícia civil sobre aqueles que protestavam na cidade de Porto Alegre em 2013, traçando um paralelo e demonstrando haver uma linha, sutil e quase invisível, entre a polícia que se tem hoje e aquela que atuava durante os anos de ditadura civil-militar pelos quais o Brasil passou.

Em um primeiro momento, delineou-se o que se compreende das chamadas "Jornadas de Junho" e quais foram os ecos que reverberaram das ruas ocupadas durante esse acontecimento – como visto, discursivamente homogêneas no início e, posteriormente, heterogêneas a ponto de suportar pautas completamente contrárias. Após, em um segundo momento, analisou-se o relatório emitido durante os acontecimentos (no mês de julho de 2013) pela Câmara Municipal de Porto Alegre acerca da violência policial, mormente aquela retratada sobre estudantes. Buscou-se tornar evidente, através dos relatos das vítimas, que a atuação da polícia militar extrapolou as barreiras legais e violou direitos fundamentais de manifestantes (e de outros que sequer se manifestavam). Por fim, a última parte analisa o inquérito policial produzido pela Polícia Civil do Rio Grande do Sul (RS) com o intuito de significar os discursos produzidos durante a investigação policial.

Assim, os resultados parciais da presente pesquisa dão conta de demonstrar, até então, que as polícias brasileiras, tanto civil quanto militar, escapam à ordem legal e atropelam, sistematicamente, durante e depois dos protestos, os direitos dos manifestantes, como se operassem em um regime eminentemente autoritário. Como um *aviso de incêndio*, em que já se passou o tempo de alguém apertar o alarme

central, a pesquisa continuará se debruçando sobre a violência policial desde um cunho político-criminológico, a fim de que se continue a tratar do assunto sem perder de vistas as violências cotidianas e sistemáticas que oprimem, encarcerando e matando *vidas nuas* (AGAMBEN, 2002). É o que realmente parece ser necessário afirmar em tempos de pós-democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua**. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.
- _____. **Mezzi senza fine: Note sulla política**. Torino: Bollati Boringhieri, 1996.
- ALVES, Giovani. O que é o precariado? **Blog da Boitempo**. Publicado em 22/07/2013. Acesso em 10 de novembro de 2017. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2013/07/22/o-que-e-o-precariado/>.
- AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da prova e Cultura Punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2015.
- ANISTIA INTERNACIONAL. **"Eles usam uma estratégia de medo": proteção do direito ao protesto no Brasil**. Rio de Janeiro, Anistia Internacional, 2014.
- BORDIN, Marcelo; MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de. A ideia de nação e a hipermilitarização: aspectos sociológicos e políticos. **Revista NEP-UFPR** (Núcleo de Estudos Paranaenses), Curitiba, v. 3, n. 3, 2017, p. 284-294.
- BRAGA, Ruy. **A rebeldia do precariado: trabalho e neoliberalismo no Sul global**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2017.
- CÂMARA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE. **Dossiê Manifestações em Porto Alegre: violações de Direitos Humanos por parte da Brigada Militar**. Comissão de Defesa do Consumidor, Direitos Humanos e Segurança Urbana. 2013.
- CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na Era da Internet**. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2013.
- CAVA, Bruno. **A multidão foi ao deserto: as manifestações no Brasil em 2013** (junho – outubro). São Paulo: Annablume, 2013.
- CONNECTAS DIREITOS HUMANOS. **Tortura blindada: como as instituições do sistema de justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia**. 1ª edição. São Paulo, 2017.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. São Paulo: Boitempo, 2016.
- FERNANDES, Eduardo Georjão. **Campos de batalha jornalística: os enquadramentos construídos por Zero Hora, Diário Gaúcho e Sul21 na luta pela (i)legitimidade do ciclo de manifestações de 2013**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Porto Alegre, 2016.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, **11º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**, 2017.
- FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso – Aula inaugural no Collège de France**, pronunciada em 02 de dezembro de 1970. Tradução Laura Fraga de Almeida Sampaio – 23ed. – São Paulo: Edições Loyola, 2013.
- _____. **A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972-1973)**. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.
- FRANÇA, Leandro Ayres (Coord). **Vestígios da Copa**. Curitiba: IEA Sociedade, 2014.
- GOHN, Maria da Glória Marcondes. Manifestações de protesto nas ruas no Brasil a partir de 2013: novíssimos sujeitos em cena. **Revista Diálogo Educ.**, Curitiba, v. 16, n. 47, p. 125-146, jan./abr., 2016.
- JESUS, Maria Gorete Marques de. **"O que está no mundo não está nos autos": a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas**.

- Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Departamento de Sociologia. São Paulo, 2016.
- MATZA, David; SYKES, Gresham. Techniques of Neutralization: a theory of Delinquency. **American Sociological Review**, volume 22, 1957.
- PINTO NETO, Moysés. Identidade de Esquerda ou Pragmatismo Radical?. **Cadernos IHUideias**. Ano 15, n.º 259, vol. 15, 2017.
- POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Inquérito Policial: (Processo Crime n.º 001/2.13.0045013-2)**. Data de abertura: 28 de junho de 2013, 2013.
- Singer, André. (2013). Brasil, junho de 2013, classes e ideologias cruzadas. **Novos Estudos - CEBRAP**, (97), 23-40.
- SOUZA, Jessé. **A radiografia do golpe: entenda como e por que você foi enganado**. Rio de Janeiro: LeYa, 2016.
- SOUZA, Ricardo Timm de. **Ética como fundamento II: pequeno tratado de ética radical**. Caxias do Sul, EDUCS, 2016.
- VALENTE, Júlia Leite. UPPS: governo militarizado e a ideia de pacificação. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016.
- ZACCONE, Orlando. **Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- ZAVERUCHA, Jorge. Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição Brasileira de 1988. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Orgs.). **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010.

Proteção de Dados Pessoais no Regulamento (UE) 2016/679: Anglicismos e Direito

Karenina Carvalho Tito¹

Universidade de Coimbra

1 – Anglicismos

Os dados pessoais – *v.g.*, nome, orientação sexual, domicílio, localização, perfil cultural, origem étnica ou racial, crenças filosóficas, religiosas e políticas – podem ter o dom da ubiquidade. E a responsabilidade não será exclusivamente de quem os providencia. O Regulamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016², relativo à proteção e tratamento de dados pessoais, promoveu um novo e reformado conjunto de *termos e conceitos* com enorme importância para o desenvolvimento da matéria. É uma “nova” linguagem decorrente da influência das tecnologias de informação e comunicação e do próprio tratamento de dados pessoais realizado à escala global, particularmente na internet. O grande desafio para um português ou para um espanhol na Europa é agora ambientar-se com o significado desses termos e conceitos, proferidos sobretudo em língua inglesa: *privacy by design, privacy by default, accountability, privacy impact assessments, data protection officer, profiling, anonymization e pseudonymization*.

Neste enunciado, interessa desde já interligar o significado das expressões com o próprio Regulamento Comunitário, procurando simplificar e clarificar uma linguagem que se torna cada vez mais complexa e inacessível. Ora, vejamos:

I - *privacy by design*

Os responsáveis pelo tratamento dos dados – *v.g.*, hospitais, laboratórios farmacêuticos ou instituições de crédito – devem adotar medidas e orientações internas que respeitem a proteção de dados *desde a sua concepção*³. Ou seja, na criação dos serviços e produtos com pressupostos de processamento de dados, terá que ser considerado o direito subjetivo à proteção de dados pessoais. A isto corresponde a “*privacy by design*” ou, em português, “*privacidade desde a concepção*”.

*Nesse sentido, o artigo 25.º do Regulamento (UE) 2016/679 prevê expressamente, no momento de definição dos meios de tratamento e no momento do próprio tratamento, medidas técnicas e organizativas destinadas a aplicar com eficácia os princípios da protecção de dados, assegurando a protecção dos direitos das pessoas em causa*⁴.

Por exemplo, as etiquetas que incorporem microchips e armazenem informações pessoais devem conter comandos de interrupção e utilizar criptografia, quer dizer,

¹ Advogada

Mestre em Ciências Jurídico-Empresariais/Menção em Direito Empresarial e
Doutoranda em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

² Somente aplicável a partir de 25 de maio de 2018, conforme previsto no artigo 99.º, n.º2 do mesmo.

³ Cfr. (78) dos considerandos do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Abril de 2016

⁴ Definição de “*privacy by design*” que já constava na *Recomendação da Comissão Europeia de 10 de outubro de 2014 (2014/724/EU), n.º2, al. d)*.

linguagem codificada⁵. Mas, pelo contrário, um exemplo notório que poderá violar as boas práticas de um serviço com princípios de *privacy by design*, está presente na política de privacidade de empresas como a PayPal, com potencial para livremente partilhar (com mais de 600 entidades terceiras) os dados pessoais fornecidos pelo utilizador⁶.

II – *privacy by default*

Privacy by default ou “privacidade por defeito” tem uma importante incidência na defesa dos direitos e liberdades das pessoas singulares relativamente ao tratamento dos seus dados pessoais. “Por defeito” não significa algo com uma conotação negativa, antes significa que só devem ser recolhidos os dados pessoais que forem necessários para cada finalidade específica do tratamento, isto é, limitados ao estritamente necessário, assim como significa que não devem ser conservados para além da duração mínima necessária⁷. É o que também decorre do disposto do já referido artigo 25.º do Regulamento (UE) 2016/679.

Na verdade, como já existe uma lógica de privacidade desde a concepção – devido à *privacy by design* –, as próprias configurações e exigências iniciais de privacidade estão *por defeito* e automaticamente presentes nos produtos ou serviços, em virtude da *privacy by default*. É essencialmente uma pré-configuração de proteção da privacidade.

Por exemplo, as empresas que administram os *websites* das redes sociais podem estabelecer uma pré-configuração mais protetora da privacidade dos utilizadores mais jovens⁸. É importante considerar que, de acordo com um inquérito realizado para a Comissão Europeia, “um quarto das crianças que utilizam sítios de redes sociais, como Facebook, Hyves, Tuenti, Nasza-Klasa SchuelerVZ, Hi5, Iwiw ou Myvip, afirma que o seu perfil foi definido como «público», o que significa que qualquer pessoa o pode ver; muitos destes perfis indicam o endereço e/ou o número de telefone.”.

III – *accountability*

Accountability não é mais do que *responsabilidade*. Para afastar qualquer tipo de responsabilidade, quem determina as finalidades e os meios de tratamento terá que demonstrar que uma eventual violação de dados pessoais não é suscetível de implicar um risco para os direitos e liberdades dos indivíduos⁹. Nesse caso, a informação pessoal só estará em segurança se for devidamente monitorizada e controlada de acordo com os próprios princípios relativos ao processamento dos dados pessoais¹⁰: “licitude, lealdade e transparência”; “limitação das finalidades”; “minimização dos dados”; “exactidão”; “limitação da conservação”; e “integridade e confidencialidade”.

Não é por acaso que o Regulamento (UE) 2016/679 tem previstos mecanismos de responsabilidade civil do responsável pelo tratamento (ou do subcontratante¹¹) pelos danos sofridos por qualquer pessoa, bem como condições gerais para a aplicação de coimas que podem ascender aos 20.000.000,00€ (vinte milhões) ou, no caso de uma empresa, até 4% do seu volume de negócios anual a nível mundial correspondente ao exercício financeiro anterior¹².

⁵ Cfr. Parecer da Autoridade Europeia para a Protecção de dados sobre a promoção da confiança na sociedade da informação através do reforço da protecção dos dados e da privacidade (2010/C 289/01), ponto 59.

⁶ Conforme a lista que a própria PayPal providencia ao cliente antes de consentir legalmente com a utilização do serviço.

⁷ Cfr. *Recomendação da Comissão Europeia de 10 de outubro de 2014 (2014/724/EU)*, n.º2, al. e)

⁸ Vide IP/11/479, Bruxelas, 18 de Abril de 2011.

⁹ Cfr. (85) dos considerandos do Regulamento (UE) 2016/679.

¹⁰ Cfr. artigo 5.º do Regulamento (UE) 2016/679.

¹¹ É comum que os dados sejam tratados por terceiros subcontratados.

¹² Cfr. artigos 82.º e 83.º do Regulamento (UE) 2016/679.

As organizações terão assim todo o interesse em implementar registos probatórios do cumprimento das normas comunitárias, isto é, registos das atividades de tratamento com todas as informações necessárias¹³.

Na verdade, é admissível referir três perspectivas de responsabilidade contratual¹⁴: a responsabilidade do responsável pelo tratamento; a responsabilidade do subcontratante; e a responsabilidade conjunta de dois ou mais responsáveis pelo tratamento.

Quanto à responsabilidade extracontratual, não está excluída a partir do momento em que é possível vislumbrar a exposição dos dados pessoais a terceiros que indevidamente ponham em causa os direitos de personalidade (reserva da vida privada e autodeterminação informativa) do respectivo titular.

IV – privacy impact assessments

Precisamente com vista a cumprir todas as orientações legais relacionadas com o tratamento de dados, de modo a não se sujeitarem a qualquer tipo de responsabilidade, as organizações devem realizar uma “avaliação de impacto” das operações de tratamento de dados para os direitos e liberdades das pessoas singulares. Deste modo, *antes de se iniciar o tratamento*, é avaliada a origem, a natureza, a particularidade, a gravidade e a probabilidade dos riscos inerentes à própria finalidade do tratamento¹⁵. Riscos que implicam não só reflexos econômicos e jurídicos, como também reflexos na reputação comercial das empresas.

Os devidos *privacy impact assessments* estão previstos como obrigatórios em determinados casos que importa considerar: *em caso de tratamento automatizado que avalie de forma completa os aspectos pessoais da pessoa singular e que produza efeitos jurídicos ou afete significativamente essas mesmas pessoas; nas operações de tratamento em grande escala relativamente a dados que revelem “categorias especiais de dados pessoais” – designadamente, “origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa”¹⁶ – ou nas operações que revelem dados pessoais relacionados com condenações penais ou outras determinadas infracções; e no caso de controle sistemático de zonas acessíveis ao público em grande escala¹⁷.*

Estas avaliações de impacto sobre a proteção de dados, obrigatórias ou não, podem implicar um princípio de colaboração com as autoridades de controle do Estado¹⁸. Em Portugal é a “Comissão Nacional de Proteção de Dados” e em Espanha é a “Agencia Española de protección de datos”.

V – data protection officer

Pergunta-se, então: quem tem competência técnica para realizar uma avaliação de impacto das operações de tratamento de dados? Quem identifica e avalia os riscos? O Regulamento (UE) 2016/679 prevê justamente a figura do “encarregado da proteção de dados” como alguém com o nível necessário de conhecimentos especializados e independência¹⁹.

¹³ Cfr. art. 30.º do Regulamento (UE) 2016/679

¹⁴ É o que decorre do Capítulo IV do Regulamento (UE) 2016/679

¹⁵ Cfr. (84) e (90) dos considerandos do Regulamento (UE) 2016/679

¹⁶ Cfr. art. 9.º do Regulamento (UE) 2016/679

¹⁷ Cfr. art. 34.º do Regulamento (UE) 2016/679

¹⁸ Cfr. art. 35.º do do Regulamento (UE) 2016/679

¹⁹ Cfr. (97) dos considerandos do Regulamento (UE) 2016/679

As suas funções, entre outras, passam por informar e aconselhar o responsável pelo tratamento e os próprios trabalhadores, fiscalizar a conformidade com as disposições legais de proteção de dados, controlar a realização da avaliação de impacto e, ainda, cooperar com a autoridade de controle²⁰.

Assim, para além dos códigos de conduta e dos procedimentos de certificação de conformidade²¹, o *data privacy officer* poderá ser mais um importante elemento para a adequada aplicação do Regulamento (UE) 2016/679.

VI – profiling

Os dados pessoais são muitas vezes tratados através de procedimentos matemáticos e estatísticos que introduzem imprecisões e efeitos discriminatórios contra os seus titulares, designadamente quanto à sua origem racial ou étnica, orientação sexual, filiação sindical, estado de saúde ou convicções políticas ou religiosas²². Ou seja, é possível que as organizações implementem formas automatizadas de processar a informação pessoal e de qualificar as pessoas com base nos seus dados pessoais. E todos sabemos como é importante para os *websites* e para a publicidade na internet o acesso ao *perfil* (“profiling”) do utilizador com o propósito de obter mais rendimentos ou vendas comerciais.

Em concreto, nos termos do Regulamento (UE) 2016/679, “definição de perfis” significa “qualquer forma de tratamento automatizado de dados que consista em utilizar esses dados pessoais para avaliar certos aspetos pessoais de uma pessoa singular, nomeadamente para analisar ou prever aspetos relacionados com o seu desempenho profissional, a sua situação económica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocações”²³

Por esta razão, o titular dos dados tem o direito de se opor ao tratamento dos dados pessoais que lhe digam respeito para os efeitos de uma “definição de perfis” relacionada com fins comerciais, estatísticos ou de investigação científica²⁴. Assim como tem direito a não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado²⁵.

O direito à oposição ao *profiling* por parte do titular dos dados é uma consequência natural da tal tendência para a ubiquidade da informação em espaços como a internet.

VII – anonymization e pseudonymization

Considerando o *direito a ser esquecido*²⁶, por vezes é ideal para o titular dos dados não ser identificado ou identificável. Assim, os dados pessoais seriam tornados de tal modo anónimos que seria impossível identificar o seu titular –equivalente a uma destruição total das cópias e reproduções desses mesmos dados. A isso corresponderia a “anonimização” ou *anonymization*.

Por outro lado, procurando substituir as referências pessoais, como o nome, o número de contribuinte ou a morada, por outras palavras ou códigos, enquanto representações encobertas dos dados originais, teríamos uma “pseudonimização” ou *pseudonymization*.

²⁰ Cfr. artigo 39.º do Regulamento (UE) 2016/679

²¹ Cfr. arts. 40.º e 42.º do Regulamento (UE) 2016/679

²² Cfr. §2 (71) dos considerandos do Regulamento (UE) 2016/679

²³ Art. 4.º, 4), do Regulamento (UE) 2016/679

²⁴ Cfr. art. 21.º do Regulamento (UE) 2016/679

²⁵ Cfr. art. 22.º do Regulamento (UE) 2016/679

²⁶ Cfr. art. 17.º do Regulamento (UE) 2016/679

Quer isto dizer que, não estando em causa a anonimização, os dados pessoais podem ser pseudonimizados através de medidas técnicas e organizativas que permitem atribuí-los ao respectivo titular²⁷. Com isto diminuem-se os riscos e aumentam-se as garantias para a pessoa singular.

2 – Direito

O indivíduo que fornece dados pessoais cujo conteúdo pode identificá-lo como *pessoa*, tem uma expectativa quanto ao seu tratamento e quanto à sua proteção. Essa expectativa está relacionada com uma esfera íntima e privada que, à luz das novas realidades tecnológicas, deverá ser tutelada no seu núcleo essencial. Por isso há na Europa uma preocupação política acrescida que procura implementar mecanismos de proteção necessários, adequados e proporcionais, como é o caso do Regulamento (UE) 2016/679.

A importância destes mecanismos começa por se manifestar no âmbito dos direitos de personalidade do indivíduo. Na verdade, os dados pessoais estão ou devem estar na livre disponibilidade do indivíduo, pelo que a sua divulgação carece de autorização e consentimento, enquanto formas de (auto)limitação voluntária²⁸. Isto também significa que o indivíduo tem a faculdade de dispor livremente da informação associada à sua esfera íntima e privada e de a converter ou não em informação pública ou de acesso público. A autodeterminação informativa é então um direito fundamental que assegura o direito de personalidade e o necessário desenvolvimento da personalidade do indivíduo²⁹.

O direito ao esquecimento, fundado justamente na ideia de autonomia do titular dos dados, é um primeiro reflexo desse direito à autodeterminação informativa. O direito à oposição ao *profiling* é um segundo. A *pseudonomização* dos dados pessoais é um terceiro. Mas há outros. O direito de portabilidade é mais um exemplo de que o titular dos dados tem a faculdade de transmitir as informações pessoais a outro responsável pelo tratamento sem impedimentos por parte de quem os recebeu primeiramente³⁰.

Tudo isto significa que há limites para a circulação da informação pessoal e há uma preocupação acrescida com a harmonização da transferência de dados pessoais na União Europeia. O que remete precisamente para um direito à reserva da vida privada à luz do intercâmbio de dados entre entidades públicas, empresas e pessoas singulares, no contexto das tecnologias de informação e comunicação, particularmente em espaços como a internet.

Para reforçar essa ideia, o fato de o Regulamento (UE) 2016/679 identificar e classificar o que entende serem “dados sensíveis” ou “categorias especiais de dados”, é um substancial avanço na tutela da reserva sobre a intimidade da vida privada dos indivíduos. Porque se referem a opiniões políticas, religiosas ou filosóficas, à origem étnica ou racial, à filiação sindical, aos dados genéticos ou biométricos, que permitem identificar com precisão os “contornos” de uma pessoa, da mesma forma que os dados relacionados com a saúde ou com a orientação sexual permitem, há uma tutela acrescida que acautela a dimensão mais pessoal da personalidade.

Percebe-se a razão pela qual a política da União Europeia, que se desdobra até à península ibérica, procura combater um sistema empresarial que muitas vezes aproveita

²⁷ Cfr. (26) dos considerandos e art. 4.º, 5), do Regulamento (UE) 2016/679.

²⁸ A regra é a do consentimento explícito, livre, específico e informado, conforme o disposto no artigo 7.º do Regulamento (UE) 2016/679.

²⁹ Veja-se Rabindranath Capelo de Sousa, *O direito geral da personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 356

³⁰ Cfr. art. 20.º do Regulamento (UE) 2016/679

os dados ou a informação tratada para obter lucros. É de fato assim porque os dados pessoais passaram a afigurar-se "patrimônio valioso" no mercado econômico³¹.

Por outro lado, é certo que o direito à autodeterminação informativa, o direito à reserva da vida privada e, no limite, o direito a ser esquecido, enquanto manifestações da personalidade, podem colidir com um eventual direito de liberdade de expressão ou com interesses de natureza pública.

Quanto à liberdade de expressão, entende Mafalda Miranda Barbosa que em certos casos deverá ser limitada para que a reserva da intimidade da vida privada e familiar (decorrentes da dignidade da pessoa humana) encontre uma forma de realização³².

Quanto aos interesses de natureza pública, é possível que prevaleçam ao direito de privacidade, nas precisas palavras de Pedro Pais de Vasconcelos: "*a ofensa é lícita quando o interesse público em jogo seja de tal modo ponderoso e a necessidade da ofensa seja de tal modo imperiosa que o exercício do direito à privacidade se torne abusivo, quando 'exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito'*"³³

Como é notório, estamos a falar não só de direitos civis como também de direitos constitucionais consagrados em Portugal e Espanha. A colisão de direitos é uma decorrência natural dos princípios da ponderação que implicam juízos de necessidade, proporcionalidade e adequação³⁴.

É ainda importante ter presente que, no âmbito da mais recente legislação da União Europeia, a tutela não se encontra exclusivamente na regulamentação da atividade das entidades que procedem ao tratamento dos dados pessoais pelas mais variadas finalidades, por exemplo, comerciais, científicas ou estatísticas. Basta considerar a Diretiva (UE) 2016/680, de 27 de Abril de 2016, "relativa 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 a Diretiva (UE) 2016/681, de 27 de Abril de 2016, "relativa à utilização dos dados dos registos de identificação dos passageiros (PNR) para efeitos de prevenção, deteção, investigação e repressão das infrações terroristas e da criminalidade grave".

3 – Notas conclusivas

Todos os termos e conceitos presentes no Regulamento (UE) 2016/679 não são necessariamente "novos", apenas foram reformados e reprimados para a dar corpo à mais recente protecção e tratamento de dados. Chamamos-lhe "anglicismos" exatamente porque fazem parte da linguagem comum em contexto das tecnologias de informação e comunicação, designadamente na internet. É normal que assim seja: a língua inglesa não deixa de ser um dos principais elos catalizadores do mundo tecnológico e empresarial. Sendo certo que poderíamos ter falado em privacidade desde a concepção, privacidade por defeito, responsabilidade, avaliação de impacto, encarregado da proteção de dados, definição de perfis, anonimização e pseudonimização. Mas não teriam o mesmo alcance, digamos, universal.

Porém, mais importante que a própria terminologia é o conteúdo dos conceitos para o titular dos dados pessoais. O direito de informação e de acesso, o direito a ser esquecido, o direito de portabilidade, o direito à oposição ao *profiling* e o direito à limitação

³¹ Cfr. Maria Leonor da Silva Teixeira, "A União Europeia e a Protecção de Dados Pessoais – Uma visão futurista", *Revista do Ministério Público*, 135 Julho, Setembro 2013, p. 98.

³² Assim, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa, *Litigiosidade Jurídico- Religiosa. Possibilidade de tutela civilística do sentimento religioso*, Cascais: Príncipia, 2015, p. 114.

³³ Cf. Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 80.

³⁴ Conforme o disposto no artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa.

do tratamento são exemplos de uma tutela reforçada no âmbito do Regulamento (UE) 2016/679. De outro modo, as obrigações impostas às entidades que procedem ao tratamento dos dados denotam o mesmo efeito: implementação de práticas de “privacy by design” e “privacy by default”, prestação de informação, obtenção do consentimento, registo das atividades, realização de “privacy impact assessments” e a designação de “data privacy officer”, são igualmente respeitáveis exemplos.

Justiça Restaurativa: é possível uma solução alternativa em busca dos direitos humanos e da paz social frente aos delitos criminais?

Caroline Buarque Leite de Oliveira*

Universidade Autónoma de Lisboa "Luis de Camões" (Portugal)

Introdução

É visível que em muitos países as sociedades cresceram desordenadamente. Sem que houve um planejamento por parte do país para garantir o chamado Estado Social e efetivar inúmeros direitos básicos à população. Não se quer dizer com isso, que apenas a população mais carente comete crime; porém há de destacar que essa população é sem dúvida a mais afetada no cerne da questão criminal.

No Brasil, não foi diferente. Desde o período colonial, guerras e conflitos permeavam o país. Os crimes não são fatos novos na orden interna nem internacional, porém, como um Código de Processo Penal que data de 1940, não há como se fala em Justiça frente à orden criminal, haja vista suas evoluções e transformações.

A pesar do nosso próprio sistema de Justiça Retributiva demonstrar que o funcionamento do proceso penal não cumpre seu papel com eficacia e eficiencia desejada, cada dia mais pessoas são presas e integradas aos números do sistema carcerário, abarrotado de "réus" que sequer foram condenadas em definitivo, conforme preconiza a Constituição Federal Brasileira em seu artigo 5º, inciso LVII¹ (principio da presunção de inocência).

Entede-se aquí, que o problema não está apenas num código que já "caducou" perante ao sistema social vigente, o problema também circunda uma questão maior: a falta da solução do conflito em sua origen; onde o proceso deixa a vítima sem voz e apenas pune culpados.

Enquanto em alguns países desenvueltos como Estados Unidos e Europa, aplica-se desde os anos 70 a chamada justiça restaurativa, o Brasil há pouco mais de dez anos vem tentando integrar tal sistema de justiça dentro de seu proceso penal clássico e já ultrapassado.

A falta de reintegração dos ex presos à sociedade, o aumento da população carcerária, a constante crescente do crime, a reincidencia cometida pelos criminosos, e o

* *Autora de Livro. Mestranda/Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa – UAL Advogada. Pós Graduada em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes – UCAM/RJ. Pós Graduada em Direito Constitucional pela Universidade UNIDERP-Anhanguera-MS. Mediadora Judicial e Extrajudicial de Conflitos por empresa autorizada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Conciliadora Voluntária da Seção Judiciária de Maceió da Justiça Federal de Alagoas. Membro Voluntário do Gespública – Programa de Qualidade do Governo Federal em parceira com a Fundação Nacional da Qualidade – FNQ. Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes – Maceió/AL. Especialista em Engenharia de Software pela Fundação Educacional Jayme de Altavila – FEJAL; Bacharela em Ciência da Computação pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL.*

¹ CRFB/88, Art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

silêncio da vítima, apenas demonstra que a necessidade de procurar-se métodos alternativos de solução de conflitos criminais.

Dessa forma, o presente trabalho, baseado em pesquisa bibliográfica de livros, revistas, *sites da internet*, artigos e notícias relevantes, através de uma metodologia dedutiva, delimitou-se em abordar um paralelo entre a justiça retributiva e a justiça restaurativa, assunto abordado no próximo capítulo. Seguindo-se então, do panorama da justiça retributiva no Brasil e, por fim, analisando os desafios de sua aplicação como método alternativo propulsor dos direitos humanos e incentivador da paz social.

I. Justiça retributiva vs. justiça restaurativa

A chamada justiça retributiva tem por base um sistema punitivo. Deixou o homem de fazer justiça com as próprias mãos e passou o Estado a assumir um papel de inquirir, julgar e aplicar as punições para àqueles que cometem os crimes. As punições variam de acordo com o crime ou delito cometido, sendo àqueles que cometem delitos de menor potencial ofensivo, atribuído uma pena mais branda.

Hodiernamente não há como deixar imperar o sistema punitivo penado por Kant e Hengel, pois tal sistema² não consegue recuperar o criminoso, mas tão somente puni-lo; e muitas vezes a vítima também não sente que a justiça foi realizada.

Em meio a um sistema que não recupera o criminoso, muitos questionamentos são feitos acerca da necessidade de aplicação ou não de penas. Nessa seara, destaca-se a justiça retributiva como forma intermediária de enxergamos os fenômenos que envolvem a sociedade e o crime³.

Urge a necessidade de adoção de um modelo que onde haja colaboração entre criminoso e vítima, um modelo em que a vítima possa ser ouvida, um modelo mais pautado em um tipo de mediação.

Por mais que esse novo modelo não seja tão célere, afinal, mediar vítima e criminoso é uma tarefa árdua e demorada, segue a tendência de ser futuramente um modelo mais adequado de justiça criminal, pois a vítima passa a ter voz, ganhando assim uma maior participação no processo penal, sem necessariamente excluir o modelo tradicional⁴.

II. Um panorama brasileiro da justiça restaurativa e sua aplicação no país.

Foi em 2016 que o Conselho Nacional de Justiça, através de diretrizes da Resolução 225/2016 aprovou a difusão e implementação da justiça restaurativa⁵ no Poder Judiciário.

² “[...] aparelho de espetáculo [...] para atender à demanda cotidiana de um aparelho de controle meio mergulhado na sobre que visa engrenar uma sobre a outra polícia e delinquência.” (FOUCAULT, 2004, p. 234.).

³ “A Justiça Restaurativa requer que troquemos não apenas nossas lentes, mas também nossas perguntas.” (ZERH, 2012, p.76).

⁴ “Por isso, a justiça restaurativa não é proposta como justiça alternativa, mas como uma forma de solução paralela, que deve conviver com a justiça tradicional, visto que ela somente é aplicável circunstâncias peculiares, nas quais exige a admissão do transgressor quanto a verdade dos fatos e a concordância de todos os interessados na solução do conflito.” (p. 427, apud, TRINDADE; BRANCHER, 2007).

⁵ “A partir de técnicas autocompositivas de solução de conflitos, a Justiça Restaurativa promove aproximação entre vítima, agressor, suas famílias, a comunidade, a sociedade e a Rede de Garantia de Direitos, e, a partir da escuta ativa e da compreensão das responsabilidades, busca-se a reparação dos danos advindos da transgressão e o atendimento das necessidades de todos os envolvidos, construindo-se novos caminhos de convivência, pautados pelo bem e pela paz.” (Fariell. Luiza. Aprovada a resolução para difundir a justiça restaurativa pelo Poder Judiciário. Agência CNJ de Notícias. [Em linha]. [Consult. 03 Nov. 2017]. Disponível em <

Promovendo a pacificação social através de uma metodologia que estimula o empoderamento das partes, a justiça restaurativa no Brasil deve ser implantada com prioridade pelos Tribunais do país.

Recentemente, em uma Carta publicada na XI Jornada Maria da Penha, o CNJ destacou a importância do uso da justiça restaurativa nas causas envolvendo violência doméstica.

A pesar de existir há mais de 10 anos no país, o Brasil ainda está caminhando para um cenário onde a metodologia seja implantada de maneira eficaz.

Certamente a própria Lei de Mediação e o Novo CPC que estimulam métodos autocompositivos de resolução de conflitos também servirão como mola propulsora para o uso desse método autocompositivo nas questões criminais.

III. Os desafios da justiça restaurativa em prol dos direitos humanos

Antes de entender a aplicação da Justiça Criminal, seja ela retributiva ou restaurativa, é preciso entender que o processo penal não tem como fim em si mesmo a punição.

Viver em sociedade requer que haja realmente um conjunto de leis que regulem o convívio social para que a ordem e a pacificação social possa ser mantida.

Entretanto, fazer "justiça" não é tão somente aplicar uma penalidade ao agente que cometeu um crime e colocá-lo num sistema carcerário abarrotado de pessoas. Prova disso é que a maioria dos que dali saem, voltam a cometer delitos.

O sistema prisional brasileiro virou uma escola para o aprendizado da prática de delitos, afinal, grande parte da população do cárcere sequer teve seu processo transitado em julgado, ou pior, ainda que fosse julgado e condenado, já teria cumprido o tempo de pena que lhe seria atribuído.

Por mais difícil que seja falar de direitos humanos quando tratamos de criminosos, é preciso entender que os direitos humanos estão para todos, sendo aplicado na medida de sua igualdade ou desigualdade.

A própria Organização das Nações Unidas – ONU, através da Resolução 2002/12, recomenda a implementação de um sistema de justiça criminal restaurativa, e o Brasil como país signatário de seus Pactos e Tratados que versam sobre direitos humanos deve cumprir, afinal, lembremos que quando incorporados ao ordenamento jurídico pátrio, possuem força de emenda constitucional.

IV. Conclusão

De fato a justiça restaurativa no Brasil ainda está longe de ser aplicada com a efetividade esperada para a qual ela foi criada.

Trazer de volta a dignidade tanto da vítima quanto do criminoso faz parte da busca pela paz social e da construção de um modelo de justiça criminal mais humanizado.

Uma técnica alternativa e autocompositiva que permite a escuta ativa e o empoderamento das partes é sem sombra de dúvidas um grande começo para que vejamos por outro ângulo como se fazer justiça.

A aplicação desse tipo de justiça criminal a todo tipo de crime, a exemplo dos dolosos contra a vida, ainda é controversa, especialmente porque o Brasil está num começo do entendimento desse novo fenômeno social.

Por fim, não enxergamos a justiça restaurativa como a salvação para os diversos conflitos existentes no âmbito do processo penal brasileira, mas há que destacarmos sua impotência como complemento da justiça tradicional, e ainda, como uma metodologia que proporciona uma humanização no processo penal, permitindo assim, uma maior dignidade tanto para criminoso, quanto para vítima.

Referências bibliográficas

1. Fontes documentais

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Aprovada a resolução para difundir a justiça restaurativa pelo Poder Judiciário.** Agência CNJ de Notícias. [Em linha]. [Consult. 03 Nov. 2017]. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82457-aprovada-resolucao-para-difundir-a-justica-restaurativa-no-poder-judiciario-2>>

ONU, RESOLUÇÃO 2002/12. Ementa: Reportando-se à sua Resolução 1999/26, de 28 de julho de 1999, intitulada "**Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na Justiça Criminal**", na qual o Conselho requisitou à Comissão de Prevenção do Crime e de Justiça Criminal que considere a desejável formulação de padrões das Nações Unidas no campo da mediação e da justiça restaurativa. Tradução livre por Renato Sócrates Gomes Pinto. [Em linha]. [Consult. 04 Nov. 2017]. Disponível em: <<http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0>>

2. Livros

AZEVEDO, André Gomma (Org.). **Manual de Mediação Judicial. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento - PNUD, 2009**

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal.** São Paulo: Edicamp, 2001.
FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir.** Nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhe. 28. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004. Malheiros, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e execução penal.** 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROBALO, Teresa Lancry de Gouveia de Albuquerque e Sousa. **Justiça restaurativa: Um caminho para a humanização do direito.** Curitiba: Juruá, 2012.

SPENGLER, Fabiana Marion - **Mediação de conflitos: da teoria à prática.** 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa.** Tradução por Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2012.

3. Legislação

BRASIL. **Constituição Federal da República.** [Em linha]. [Consult. 10 Nov. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3689 de 3 de outubro de 1941.** [Em linha]. [Consult. 10 Nov. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2848 de 07 de dezembro de 1940**. [Em linha]. [Consult. 10 Nov. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm

BRASIL, **Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015**. [Em linha]. [Consult. 11 Out. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2015-2018/2015/Lei/L13140.htm

Resíduos Urbanos: o reflexo do desenvolvimento

Laís da Silva Brum¹

Universidade de Lisboa.

I. INTRODUÇÃO

A quantidade de resíduos produzidos e depositados diretamente no meio ambiente sem qualquer distinção e controle impulsionou o surgimento de uma problemática inicialmente com dimensões locais, mas que com o passar dos tempos atingiu um nível global, que veio a refletir diretamente na vida e no desenvolvimento das sociedades.

Os desafios relacionados aos resíduos sólidos são cada vez mais amplos e complexos, pois eles refletem as complexidades e proporções assumidas pelas "novas sociedades", isso significa que o lixo produzido atualmente não corresponde mais ao lixo produzido a décadas atrás e este no futuro já não corresponderá aos presentes. Em muitos países a geração de resíduos sólidos, acaba ultrapassando a taxa de crescimento populacional, refletindo o cenário atual de grande aceleração no ritmo de produção e de consumo.

A destinação dos resíduos sólidos é um dos mais sérios problemas ambientais- em especial aqueles classificados como do tipo urbano - e alguns fatores de desenvolvimento e crescimento econômico acabaram contribuindo diretamente para que os problemas fossem agravados. Esta categoria de resíduo é fruto do processo de urbanização - impulsionado inicialmente sem qualquer espécie de planejamento e controle que gerou graves consequências para o equilíbrio social e ambiental das cidades -; da industrialização e avanços tecnológicos - que foram se propagando afim de acompanhar enfreáveis "anseios superficiais" das sociedades-; e do consumo excessivo, caracterizando a era do "descartável".

Neste passo, torna-se necessário lançar um olhar mais questionador sobre esta problemática e seus contornos, que tanto tem ocasionado transformações no cenários das atuais sociedades.

II. AS ASPIRAÇÕES DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E A CONSEQUENTE TRANSFORMAÇÃO DO MEIO AMBIENTE

A avidez por descobertas e o instinto "criador" sempre impulsionaram a espécie humana a não se frear por limites, fossem eles naturais ou até mesmo físicos deste modo, desde a antiguidade o homem interage com o meio ambiente para satisfazer suas necessidades e se expandir demograficamente.

Partindo da ideia de que toda ação leva a uma consequência, inúmeras são as direções e as proporções que a expansão da espécie humana ocasionou pelo planeta terra. A partir da exploração de recursos naturais necessários à sua sobrevivência pode evoluir, elevar a espécie, avançar barreiras e ir descobrindo, criando e aprimorando maneiras de satisfazer seus anseios. Como consequência, a partir de determinado momento é possível

¹ Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. É Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogada.

se evidenciar os primeiros sinais de degradação dos bens ambientais em que passaram a ter acesso.

A urbanização é um dos fenômenos que retrata o caminhar de toda esta expansão e talvez, um dos processos mais impactantes sobre o meio ambiente; em muitos lugares deu-se de forma heterogênea e desequilibrada, os grandes centros passaram a ter um crescimento significativo após a migração do campo para a cidade.

Esta expansão demográfica, em evidência no final do século XVIII e início do século XIX, despontou também um incremento exponencial à industrialização e aos avanços tecnológicos; que foram se propagando afim de acompanhar os anseios dos novos espaços que se ocupavam. Por conta de tais progressos, para além dos benefícios em mesma ou maior proporção passam a ser evidenciados inúmeros problemas, muitos deles ligados diretamente as questões ambientais.

Os processos de urbanização e industrialização acabaram se interligando. Assim como, a industrialização tornou-se elo de ligação entre as relações sociedade e meio ambiente. Os progressos e mudanças conferidos pela industrialização conceberam o crescimento exponencial das cidades e estas tornam-se um "espaço imã", que passa a atrair cada vez mais aqueles que buscam a constante satisfação de suas necessidades.²

Neste passo, a partir dos anos 80, começou a se identificar indícios de uma profunda transformação na sociedade que contribuíram para a idealização do conceito "sociedade de risco", teorizada por Ulrich Beck. Marcando um movimento teórico, em a *Sociedade de Risco*, o sociólogo alemão defende que houve uma ruptura dentro da modernidade que a afastou da sociedade industrial clássica e fez surgir algo diferente: a sociedade industrial do risco.

A sociedade industrial, caracterizada pela produção e distribuição de bens, deu lugar a uma sociedade de risco, na qual a distribuição dos riscos não corresponde mais às diferenças sociais, económicas e geográficas da típica primeira modernidade. Agora, os riscos ecológicos, químicos, nucleares e genéticos, de elevada gravidade e por vezes irreversíveis para a saúde humana e para o ambiente, são produzidos industrialmente, externalizados economicamente, individualizados juridicamente, legitimados cientificamente e minimizados politicamente.³

Diante disso, podemos afirmar que o conceito concebido por Ulrich Beck se depara diretamente com o de globalização. A globalização é responsável por inúmeras mudanças que impactam diretamente a sociedade. Tratar de globalização remete a um conjunto de transformações sejam elas sociais, políticas, económicas, culturais e ambientais que se fazem sentir e atingir a nível global.

A sociedade na sua forma globalizada é marcada por inúmeros avanços tecnológicos, científicos, pela expansão comercial e da produção.⁴ Por sua vez, a partir desta concepção, percebe-se que tudo passa a percorrer em torno do mercado; e o

²A autora Maria Encarnação, neste sentido, destaca: "a manifestação da urbanização por meio da industrialização não deve ser tomada apenas pelo elevado deslocamento da população para as cidades, mas, sobretudo, porque o "desenvolvimento do capitalismo industrial provocou fortes transformações nos moldes da urbanização no que se refere ao papel desempenhado pelas cidades, e na estrutura interna destas cidades." (SPOSITO, Maria Encarnação Beltrão. *Capitalismo e urbanização*. 10.ed. São Paulo: Contexto, 2000, p.50).

³MIRANDA, João/ coord. cient. *Direito dos Resíduos*. Disponível on-line: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa., Lisboa: ICJP-FDUL, 2014, p.261.

⁴Expõe Zygmunt Bauman, a globalização é "um processo irremediável e irreversível, algo que afeta a todos na mesma medida e da mesma maneira. É um misto de felicidade e infelicidade alheia. A globalização tanto divide como une; divide enquanto une." (BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p.8)

consumo como resultado fim torna-se inerente as novas sociedades industrializadas, impondo estilos de vida, atribuindo valores e comportamentos ligados ao consumo de bens e serviços, de tal forma que a sedimentação e aceitação destes valores ocorrem de forma globalizada, o transformando em instrumento de participação, socialização e inserção social.

Neste passo, a fim de contextualizar mais uma vez um momento de transformação da sociedade, ou seja, a transformação da sociedade industrial em uma sociedade de consumo, é que se passa a utilizar o termo *sociedade de consumo*. A expressão refere-se à importância que o consumo tem recebido na construção das relações sociais, numa tentativa de entender as transformações que vêm ocorrendo nas sociedades. O nível e o estilo de consumo adotado, tornar-se a principal fonte de identidade cultural, de participação na vida coletiva, de aceitação em um grupo e de distinção com os demais. Nesse processo, transformam-se em mercadorias os serviços públicos, as relações sociais, a natureza, o tempo e o próprio corpo humano.⁵

Deste modo, a relação sociedades em desenvolvimento e satisfação de seus anseios a qualquer custo, tem inevitavelmente posto o meio ambiente em desvantagem. Os processos de urbanização somados a industrialização, ao avanço tecnológico e ao consumo, cada vez mais, tornaram-se dependentes e interligados, acabando por atingir e alterar significativamente a forma do ser humano se relacionar com a natureza.

As produções em grande escala exigiram maior pressão sobre os recursos naturais, ante a necessidade de serem atendidas as crescentes demandas sociais de consumo e de mercado.

Todo este desenvolvimento tecnológico e científico da humanidade, veio gradativamente se intensificando e pode ser sentido mais intensamente nos últimos anos, impactando as sociedades também de forma bastante positiva, sendo inúmeros os avanços, as descobertas e as melhorias na vida das pessoas. Entretanto, esta busca incessante pela satisfação humana de maneira desmedida, acabou dissociando todo este desenvolvimento de propósitos harmônicos, dentre eles o ser humano e o meio ambiente.

Neste sentido, a sociedade atual apesar de todos os problemas em evidência, em especial aqueles que atingem o meio ambiente, não deve abrir mão do crescimento e do desenvolvimento, pelo contrário, estes devem ser alcançados firmados em novos pilares, por meio da redefinição das suas formas e uso com a satisfação das necessidades fundamentais de toda a pessoa humana, com vistas à igualdade social e a diminuição da pobreza, evitando o crescimento desenfreado, pela desigualdade social e pela produção de efeitos negativos sobre o ambiente.

O complexo de problemas que envolvem o encontro das pessoas com o meio ambiente, a questão urbana, o direito à moradia, os padrões de produção, o consumo em excesso e a descartabilidade em igual ou maior proporção, não consistem na escolha entre desenvolvimento, crescimento econômica ou meio ambiente, mas sim, em tentar compatibilizar estas questões, através da redefinição de padrões de uso de recursos e do maior engajamento e conscientização entre todos aqueles que são responsáveis pela preservação e solidariedade com as presentes e futuras gerações.

Em suma, o descompasso entre desenvolvimento e uso de recursos naturais atrelado as ameaças paralelas que o meio ambiente vai sofrendo - tanto pelo modo de vida adotado pelas novas sociedades e do homem convertido em consumidor, quanto pelas situações de carência das sociedades; que já não conseguem sobreviver sem o novo,

⁵CORTEZ, ATC., & ORTIGOZA, SAG., orgs. *Da produção ao consumo: impactos socioambientais no espaço urbano [online]*. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009. 146 p. ISBN 978-85-7983-007-5p. 36. Disponível em: <<http://static.scielo.org/scielobooks/n9brm/pdf/ortigoza-9788579830075.pdf> >. Acesso em: 21 jul. 2017.

imposto como essencial- deve ser reavaliado, afim de se promover estratégias que visem harmonizar as novas sociedades à objetivos ambientais, socioeconômicos e de desenvolvimento.

III. RESÍDUOS URBANOS: UM VELHO/NOVO PROBLEMA

Ao lado de todas as mudanças e transformações ocorridas na sociedade, ao longo dos anos, sempre vimos acompanhar dois processos: o desenvolvimento e o retrocesso. Contrários, contraditórios, mas infelizmente conexos, desde que a busca por um bem-estar absoluto, vem se disseminando pelas novas gerações. E como reflexo direto passamos a ter um maior agravamento das questões ambientais.

A sociedade de consumo tem deixado pelo caminho suas sobras e seus desperdícios. Os novos hábitos adotados pelas sociedades, em especial aquelas que se encontram nos espaços urbanos, são responsáveis por grande parte das alterações ambientais. A cultura exagerada pelo consumo de bens e serviços e a obsolescência programada destes tem ocasionado um novo impasse no espaço urbano, especialmente pelas montanhas de lixo produzidas diariamente por seus habitantes.

Os bens e objetos que incorporam o dia-a-dia e a "vida confortável" das sociedades, são hoje os responsáveis por toneladas de lixos depositadas diariamente no meio ambiente. Embora, o tema tenha ganhado maior destaque nos últimos anos, a problemática em torno dos resíduos há décadas já é causa de preocupações e, vem sendo discutida e incluída nas pautas de conferências nacionais e internacionais, programas de estado e encontros intergovernamentais.

A agenda 21, compromisso global para o desenvolvimento sustentável, assinado por 179 países, e que resultou da conferência das Nações Unidas sobre o meio Ambiente e o Desenvolvimento - também conhecida como Rio 92 -, dedicou um capítulo exclusivo para o tema dos resíduos, estabelecendo os quatro principais objetivos para o manejo adequado dos resíduos: redução na geração de resíduos, aumento na reutilização e na reciclagem, adequada destinação dos resíduos no meio ambiente e ampliação do alcance dos serviços de resíduos sólidos.

Contudo, há quem defenda que a temática dos resíduos pareça estar subjugada num flagrante caso de injustiça ambiental, quando comparada com outros temas, à exemplo das mudanças climáticas, do aquecimento global, efeito estufa, que parecem despertar maior interesse das nações, propiciando uma maior rede de discussão e de governança global devidamente institucionalizada para discussão de suas causas e efeitos.⁶

Embora, hoje em dia a temática tenha assumido grandes proporções e preocupações. O fato é que a produção de resíduos acompanha, desde sempre, a civilização humana. Desde que a modernidade se tornou industrial, tecnológica e urbana se deixou de confundir os resíduos com o metabolismo de uma espécie humana perfeitamente integrada aos ciclos naturais.⁷

⁶ Neste sentido, a Autora Alexandra Aragão questiona: "Qual a relevância de um ramo do direito aparentemente tão periférico e pouco necessário como o direito dos objetos que são produzidos sem intenção? Com efeito, não possuindo a dignidade de um Direito das Águas, nem o caráter apocalíptico do Direito das Alterações Climáticas, o Direito dos Resíduos não deixa de ser um dos domínios nucleares do Direito do Ambiente." (ARAGÃO, Alexandra. *Direito Administrativo dos resíduos*. in: Tratado de direito administrativo especial. Coimbra, 2009, vol. 1, p.11).

⁷ MIRANDA, João/ coord. cient. *Direito dos Resíduos*. Disponível on-line: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.- Lisboa: ICJP-FDUL, 2014, p.259.

Os processos de urbanização e industrialização do setor produtivo deram a problemática novos contornos. A concentração populacional em centros urbanos, os processos industriais gerando produtos em velocidade cada vez maior, o consumo em excesso, a descartabilidade em igual proporção e a periculosidade dos novos resíduos tornaram-se o mais comum entrave dos espaços urbanos e dos gestores públicos.⁸

Tudo que foi “varrido para debaixo do tapete” ficou visível, convertendo-se numa fonte de preocupações e num desafio tanto para as administrações públicas quanto para os cidadãos que não podem mais adiar a solução deste problema.

Mesmo nas mais simples atividades humanas algum tipo de lixo sempre é produzido, segundo Denise Setsuko Okada ao abordar a questão, destaca que a problemática entorno do tema envolve duas pontas, na ponta final encontra-se a realidade dos resíduos e possíveis soluções e, na ponta inicial, a geração dos resíduos. A problemática, independente das pontas do problema, engloba todos os direitos fundamentais da pessoa humana relacionados ao seu bem-estar e a uma vida digna, bem como dizem respeito ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; à saúde, habitação, lazer, segurança, trabalho; às cidades sustentáveis.⁹

Deste modo, falar sobre lixo e resíduo implica em pensar na sua geração, eles são gerados a todo o tempo. E é o lixo gerado pela sociedade urbana que tem se tornado cada vez mais problemático. A cidade como espaço de transformação, é responsável pela grande montanha de resíduos gerados diariamente e a taxa de geração de resíduos urbanos acaba se relacionando principalmente aos hábitos de consumo de cada cultura, onde se nota uma correlação estreita entre a produção de lixo e o poder econômico de uma dada população.

Sendo assim, seja direta ou indiretamente todos acabam sendo agentes ativos e sujeitos passivos da degradação ambiental e, conseqüentemente, responsáveis pela manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, que possibilite uma vida com saúde, qualidade e dignidade.¹⁰ Mas afinal, o que seriam os resíduos? A definição do que são os resíduos não é única e pode sofrer variações de acordo com cada legislação e regulamentação sobre a temática. Entretanto, oportuno se faz destacar a diferença entre “lixo” e “resíduos”.

A terminologia “lixo” no conceito usual refere-se a tudo aquilo que é jogado fora, coisa ou coisas inúteis que não possuem mais valor, ou seja, aquilo que é considerado não aproveitável e indesejável. Nos anos que antecederam, o “lixo” produzido nos domicílios era composto basicamente por elementos orgânicos, totalmente diferente do que é produzido atualmente, composto de mistura heterogênea que contém além do material orgânico outros tipos de materiais como plástico, metais, vidros, pilhas, pneus etc.

Diante disso, com o passar do tempo, começa a se verificar que a conceituação usual atribuída a palavra “lixo” se apresenta discordante, uma vez que não necessariamente tudo aquilo que é descartado, não possui mais valor, pelo contrário,

⁸ É de se destacar que impossível torna-se desvincular toda a problemática dos resíduos sólidos ao desenvolvimento, crescimento econômico e a sociedade de consumo, uma vez que estes fatores nas suas devidas proporções foram dando a problemática novas dimensões.

⁹ OKADA, Denise Setsuko. *Resíduos – Consumo e pós-consumo*. IN: AHMED, Flávio; COUTINHO, Ronaldo. *Cidades Sustentáveis no Brasil e sua Tutela Jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Lumn Juris, 2009. p. 127.

¹⁰ EFING, Antônio Carlos; KALIL, Ana Paula Maciel Costa. *Política Nacional de Resíduos Sólidos: por uma nova racionalidade no consumo*. Revista Direito Ambiental e sociedade. São Paulo, v. 3, n. 2, 2013, p.32 - Destacam que “a crescente ameaça de um colapso ecológico, assim como a necessidade de se encontrarem soluções para a mitigação dos efeitos negativos gerados pela ação do homem sobre o meio ambiente, explicam um movimento crescente da sociedade na revisão de paradigmas e modelos de governança, cuja intervenção do Poder Público e da sociedade deverá ser feita em favor dos interesses comuns de preservação da vida no Planeta.”

podem ser submetidos a técnicas de tratamento e regressar à cadeia produtiva, na forma de um novo produto ou matéria-prima.

A desconstrução do conceito de lixo recorre a “óculos sociais” que prestam novos sentidos ao que era julgado como lixo. A cultura do lixo deve desaparecer para ceder lugar à cultura dos resíduos, matéria prima digna de reaproveitamento.¹¹

Nesse sentido, é que se começa a estabelecer certa diferenciação entre aquilo que embora descartado, ainda possa ser reaproveitado e aquilo que não é passível de qualquer tipo de técnica de tratamento. De modo que, em linhas gerais é possível determinar que os resíduos podem ser qualquer material restante de uma ação ou processo produtivo, aos quais, ainda se atribua valor comercial ou econômico, ou seja, aquilo que pode ser reutilizado depois de descartado. Enquanto, o lixo será compreendido como os resíduos que, depois de esgotadas todas as possibilidades de tratamento e recuperação por processos tecnológicos disponíveis e economicamente viáveis, não apresentem outra possibilidade que não a disposição final ambientalmente adequada.

A escala produtiva de resíduos em quantidades cada vez maiores e com composições artificiais cada vez mais diferenciadas, tóxicas e resistentes à degradação natural, faz com que as características de cada tipo de resíduo tornem-se tão complexas, quanto a complexidade da sociedade contemporânea.¹²

Os tipos de resíduos são por demais abrangentes, sendo necessário a criação de categorias para sua identificação e especificação, afim de atribuir o adequado tratamento, gestão e disposição final, “a classificação de uma matéria como resíduo é dinâmica e está em constante evolução de acordo com as tecnologias disponíveis”.¹³ Deste modo, os resíduos acabam diferenciando-se entre si geralmente quanto a sua origem e periculosidade, os domésticos dos industriais, os hospitalares dos agrossilvopastoris, os de construção dos de transporte, os radioativos dos inflamáveis e assim por adiante.

Dentro do conjunto de cada descarte a definição do tipo de resíduo expõe uma identidade a cada um. Trata-se, de uma identificação “genética” do lixo, que garante uma minimização do agravamento dos problemas, ocasionados pela falta de um gerenciamento adequado que desenvolva e aprimore a compilação dos resíduos em categorias centradas na sua identificação, a fim de elaborar estratégias que visem o seu maior aproveitamento.

Assim, importa dizer que, diante de tamanha complexidade e dos inúmeros tipos de resíduos existentes, o gerenciamento dos resíduos classificados como urbano apresentam-se, *particularmente difíceis de gerir*, em função da sua heterogeneidade de composição, que varia muito de acordo com o local de produção, os hábitos e cultura dos cidadãos, e principalmente por *resultarem sobretudo de atividades não econômicas e, de fontes muito variadas*, que colocam, de forma mais aguda, o problema da remoção e encaminhamento dos resíduos para destinos finais adequados.¹⁴

¹¹ DIAS, Genebaldo Freire. *Antropoceno: iniciação a temática ambiental*. São Paulo: Graia, 2002, p. 75.

¹² Neste mesmo sentido, o autor Jurandyr L Sanches Ross destaca que o lixo gerado pela sociedade urbana tem se tornado cada dia mais problemático, pois a população aumenta e gera volumes de lixo cada vez maiores, que somada com a evolução técnica e o processo crescente de desenvolvimento industrial geram, cada vez mais, outros tipos de lixo, que por si só a natureza não consegue destruir, como os plásticos e vidros, que não são biodegradáveis. (ROSS, Jurandyr L Sanches. *Geografia do Brasil*. 5º ed. rev. ampl. -São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005. p.218).

¹³ LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Resíduos e Responsabilidade pós- consumo*. 2ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012.p.211.

¹⁴ No mesmo sentido Celso Antonio Pacheco Fiorillo destaca que “O lixo urbano atinge de forma mediata e imediata os valores relacionados com a saúde, habitação, lazer, segurança, direito ao trabalho e tantos outros componentes de uma vida saudável e com qualidade. Além de atingir o meio ambiente urbano, verificamos que o lixo é um fenômeno que agride também o próprio meio

A geração de resíduos, em proporções cada vez maiores, no meio ambiente tornou-se alarmante, visto que os prejuízos e riscos são muito preocupantes, além dos danos ambientais desconhecidos, os quais não se podem medir, nem mesmo quantificar as consequências que acarretam.

Por muito tempo, tinha-se a ideia de que o problema dos Resíduos Urbanos se resolvia apenas com o colocar para fora de casa e com as etapas de coleta pelos responsáveis e sua disposição final, geralmente em lugares inapropriados, enterrados ou queimados, sem qualquer controle ambiental e de saúde pública. Entretanto, o acúmulo de lixo nestes locais, começaram a evidenciar o início de uma série de problemas e não o seu fim, como se pensava.

Atualmente, uma das principais problemáticas em torno dos Resíduos Urbanos, em especial nos países desenvolvidos, é aquela que se relaciona com a sua destinação e, em contrapartida, com as consequências dessa destinação, que em sua grande maioria é de forma inadequada, nos chamados lixões.¹⁵

Infelizmente, os lixões ainda são uma das formas de destinação de resíduos no mundo, e estão presentes na maioria dos países em desenvolvimento. Ambientalmente, os lixões agravam a poluição do ar, do solo e das águas e ainda provocam poluição visual. Atingem diretamente a saúde pública, uma vez que, o grande acúmulo de lixo nestes locais acaba atraindo animais proliferadores de doenças e epidemias. Associado a esta situação temos também, o total descontrole quanto aos tipos de resíduos depositados nestes locais, verificando-se por exemplo a presença de resíduos originários de atividades industriais e dos serviços de saúde, principalmente dos hospitalares.

Com o aumento da urbanização e o crescimento populacional pelo mundo, pelo menos outras centenas de milhões de pessoas terão seus resíduos enviados para lixões, principalmente nos países de baixa renda. Se a situação seguir o cenário atual, os lixões serão responsáveis por 8 a 10% das emissões antropogênicas de gases de efeito estufa até 2025.¹⁶

Desta forma, tanto as toneladas de resíduos urbanos gerados diariamente, quanto a sua incorreta destinação, correspondem a um problema que atinge as nações a nível global. Torna-se, cada vez mais evidente e necessário que as administrações locais, - responsáveis por esta tarefa - busquem soluções, modelos, técnicas e boas práticas para além de seus limites territoriais, e façam as adaptações necessárias a partir da realidade de seu território. Para isso, uma estratégia específica de comunicação local precisa refletir o contexto e as características de cada lugar e grupo de atores envolvidos.

A todo o instante somos lembrados de que vivemos na era da globalização e da conectividade; e é a partir deste referencial que devemos pautar a busca por melhorias, tanto do meio ambiente, quanto da forma das sociedades se relacionarem.

IV- Conclusão

O crescimento populacional, os avanços industriais e tecnológicos, o desenvolvimento e o crescimento econômico são fatores que estão inquestionavelmente

ambiente natural (agressão de solo, da água, do ar), bem como o cultural, desconfigurando valores estéticos do espaço urbano." (FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito ambiental brasileiro. 14ªed. São Paulo: Saraiva, 2013.p. 393).

¹⁵ O Lixão, é compreendido como o local no qual ocorre disposição indiscriminada de resíduos sólidos no solo, com nenhuma ou, no máximo, algumas medidas bem limitadas de controle das operações e proteção do ambiente do entorno.

¹⁶ABRELPE. Associação Brasileira das Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais. *Roteiro para fechamento de lixões*. Disponível em: <www.abrelpe.org.br>. Acesso em: 5.nov.2017.

atrelados as sociedades. Nas últimas décadas, em especial, tais fatores contribuíram significativamente para o aumento na geração dos resíduos sólidos urbanos.

O gerenciamento eficaz deste tipo de resíduo tornou-se cada vez mais difícil, embora antigo, o problema na atualidade ganhe novos contornos dada a sua natureza, periculosidade, resistência de decomposição, toxicidade entre outros aspectos, que seguem acompanhando a complexidade das atuais sociedades.

A incorreta destinação dos resíduos sólidos urbanos é outro fator de extrema preocupação, na sua grande maioria são encaminhados a lugares inapropriados e sem qualquer tipo de controle.

Os chamados lixões potencializam a problemática dos resíduos, entretanto, encerrar um lixão não é uma tarefa simples, tampouco fácil. Em alguns casos, a única opção viável é adequar um lixão existente para criar uma operação de aterro controlada e um ambiente menos arriscado.

O fechamento de um lixão requer um sistema alternativo de gestão de resíduos com planejamento adequado, capacidade institucional e administrativa, recursos financeiros, apoio social e, finalmente, consenso político. Contudo, estas condições são ainda mais difíceis de se encontrar em locais onde os lixões são a forma predominante de disposição de resíduos e na administração local há falta de governança sobre esse assunto.

Diante das questões aqui levantadas verifica-se que as transformações e avanços são inerentes as novas sociedades e isso é algo impossível de frear, até por que não se pode generalizar todas estas mudanças como maléficas. Entretanto, o atual estágio da problemática dos resíduos urbanos acaba refletindo muito destas transformações.

Contudo, é de se perceber que o atual estágio da problemática clama para além de legislações que estabeleçam metas, diretrizes e instrumentos, de uma maior conscientização por todos aqueles responsáveis pela geração de resíduos. É necessário investir em planos de gestão de resíduos urbanos, em limpeza pública, em coleta seletiva, na logística reversa, na educação ambiental, na disposição adequada dos resíduos e é claro na lógica compartilhada, onde cada sujeito gerador de resíduo atue nos limites das suas responsabilidades, mas nunca independente em relação aos demais sujeitos. Isto tudo significa saúde, qualidade de vida e um meio ambiente equilibrado, um direito e dever de todos de preservar para as presentes e futuras gerações.

Referências

- ABRELPE. Associação Brasileira das Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais. *Roteiro para fechamento de lixões*. Disponível em: <www.abrelpe.org.br>. Acesso em: 5.nov.2017.
- ARAGÃO, Alexandra. Direito Administrativo dos resíduos. in: Tratado de direito administrativo especial. Coimbra, 2009, vol. 1.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- CORTEZ, ATC., & ORTIGOZA, SAG., orgs. *Da produção ao consumo: impactos socioambientais no espaço urbano [online]*. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009. 146 p. ISBN 978-85-7983-007-5p. 36. Disponível em: <<http://static.scielo.org/scielobooks/n9brm/pdf/ortigoza-9788579830075.pdf> >. Acesso em: 21 jul. 2017.
- DIAS, Genebaldo Freire. *Antropoceno: iniciação a temática ambiental*. São Paulo: Graia, 2002.
- EFING, Antônio Carlos; KALIL, Ana Paula Maciel Costa. *Política Nacional de Resíduos Sólidos: por uma nova racionalidade no consumo*. Revista Direito Ambiental e sociedade. São Paulo, v. 3, n. 2, 2013.

- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito ambiental brasileiro. 14^aed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Resíduos e Responsabilidade pós- consumo*. 2ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012.p.211.
- MIRANDA, João/ coord. cient. *Direito dos Resíduos*. Disponível on-line: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa., Lisboa: ICJP-FDUL, 2014.
- OKADA, Denise Setsuko. *Resíduos – Consumo e pós-consumo*. IN: AHMED, Flávio; COUTINHO, Ronaldo. *Cidades Sustentáveis no Brasil e sua Tutela Jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Lumn Juris, 2009. p. 127.
- ROSS, Jurandyr L Sanches. *Geografia do Brasil*. 5^o ed. rev. ampl. -São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005.
- SPOSITO, Maria Encarnação Beltrão. *Capitalismo e urbanização*. 10.ed. São Paulo: Contexto, 2000.

O sistema agroflorestal como alternativa para redução de danos causados pela pecuária – Uma análise sob a luz do princípio poluidor/pagador e da legislação ambiental brasileira

Charize de Oliveira Hortmann¹

Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Diego Alavarsa Cascales²

Uninter do Paraná

INTRODUÇÃO

A preocupação com o meio ambiente tem se tornado um tema bastante presente nas mais diversas esferas do conhecimento, tal panorama se dá pelo fato de que é consenso que os danos ambientais, causados principalmente pelo modo de vida consumista atual, chegaram a níveis estratosféricos, sendo de suma importância a busca de alternativas para que tais danos sejam reparados, ou pelo menos mitigados.

As pesquisas realizadas neste trabalho visam proceder a realização de um estudo breve sobre a viabilidade e utilidade dos sistemas agroflorestais³ como solução para reparar os impactos causados pela pecuária, diante da realidade legislativa brasileira.

A análise partirá da observação pertinente do princípio do poluidor pagador, no caso o preceito que embasa a ideia de mitigação dos danos potenciais ou já causados, e também de acordo com a lei de proteção ao meio ambiente, que prevê o pagamento e a compensação por atividades potencialmente poluidoras.

Neste escopo, observa-se, mediante análise de dados que a criação de gado de corte é uma das atividades que mais poluem no Brasil e na América latina, sendo causadora de desmatamento, queimadas, prejudicando o meio ambiente de diversas formas, tanto pelos dejetos oriundos da indústria pecuária, quanto em razão dos agrotóxicos utilizados para fertilizar a soja, principal alimento do gado, e ainda através do metano expelido pelos ruminantes, por todos estes motivos é notório que existe a necessidade de mitigação dos danos causados.

Diante deste panorama, experiências realizadas com o sistema agroflorestal tem se mostrado promissoras, tanto de forma prática recuperando ecossistemas

¹ Advogada, Pós Graduada em Filosofia e Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade do Minho.

² Administrador, graduando em Direito, Pós-graduado em Gestão Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, pela Uninter do Paraná.

³ Os sistemas agroflorestais (SAFs) são consórcios de culturas agrícolas com espécies arbóreas que podem ser utilizados para restaurar florestas e recuperar áreas degradadas. (EMBRAPA, Soluções Tecnológicas, 2004. Disponível em: <<https://www.embrapa.br/busca-de-solucoes-tecnologicas/-/produto-servico/112/sistemas-agroflorestais-safs>>. Acesso em: 14/11/2017),

devastados, quanto por se enquadrarem de forma completa ao que se espera da efetivação do princípio poluidor pagador, e ainda pela adequação ao que suscita a legislação brasileira (Lei 9.985/2000).

Portanto através de pesquisa bibliográfica e análise de dados, iremos examinar o princípio do poluidor pagador e seus dispositivos correspondentes na Lei brasileira, demonstrando de que forma tal princípio deve ser interpretado na atualidade. Posteriormente serão elencados os efetivos prejuízos ambientais e sociais trazidos pela atividade pecuária e por fim iremos traçar breves explicações acerca do modelo de compensação ambiental baseado nos sistemas agroflorestais, buscando a demonstração acerca da viabilidade de que sejam implementados tais sistemas de compensação nas áreas em que foram causados danos oriundos da atividade pecuária, observando as prerrogativas legais, os benefícios sociais e os princípios norteadores do Direito Ambiental.

1. PRINCÍPIO DO POLUIDOR PAGADOR

O Direito ao Meio ambiente equilibrado está além de ser uma conquista individual, ou de um determinado grupo, ele abrange a todos os humanos e também as outras espécies, tanto os que habitam este planeta, quanto os que ainda irão habitar, pois os danos causados no presente afetam independentemente de vontade as futuras gerações.

Tal prerrogativa é essencial para que se garanta o direito à vida, sendo ainda garantia fundamental consagrada pela declaração de Estocolmo (1972), em seu Princípio n.º 1, como observamos:

[...] O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio, cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras. [...]⁴

O dispositivo também encontra correspondente na Constituição Federal Brasileira, conforme preceitua o artigo 225:

[...] Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações [...]⁵

Por certo a preservação deveria ser o caminho mais saudável e vantajoso para que se alcance o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. Afinal a proteção ao meio ambiente é a base para a efetivação dos demais direitos, tendo em vista que se encontra na base da maioria dos problemas enfrentados pelas sociedades modernas, possuindo uma conexão inegável com questões como a desigualdade social, a saúde, e as condições de trabalho perante todos os povos do globo.

⁴ NAÇÕES UNIDAS. *Declaração da Conferência ONU no Ambiente Humano*. Estocolmo, jun. 1972. Disponível em: <www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/arquivos/estocolmo.doc>. Acesso em: 15/11/2017.

⁵ *Constituição Federal da República Federativa do Brasil 1988*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF: 5 de out. 1988.

Entretanto em razão da forma irresponsável de viver do homem moderno, da expansão industrial e principalmente pelo sistema de vida capitalista que privilegia o excesso de consumo, impactos ambientais negativos acabam sendo inevitáveis, sendo que os danos ambientais chegaram a tal ponto que tais impactos não poderiam mais ocorrer sem que houvesse ao menos a tentativa de reparação dos prejuízos causados.

Para que a degradação não continuasse a ocorrer de maneira indiscriminada, sem nenhum tipo de medida compensatória foi cunhado pelo Direito ambiental o princípio chamado Poluidor Pagador.

Tal princípio consiste basicamente em uma forma de mitigar os danos acarretados por atividades potencialmente poluidoras, fazendo com que através de arbitramentos pecuniários ou boas práticas de recuperação ambiental as empresas arquem com os malefícios causados por suas atividades econômicas.

Na legislação brasileira o princípio do poluidor pagador tem como fundamento a Constituição que em no §2º do artigo 225, preconiza: "Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei" ⁶.

E ainda a Lei de proteção ao meio ambiente, (Lei n.º 6.938/81) que prevê no seu 4º, VII: "A imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, e ao usuário, de contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos" ⁷.

Logo em que foi criado, o princípio do poluidor pagador, em razão de não possuir legislação técnica complementar, visava de forma quase que absoluta o pagamento de valores em dinheiro como suposta compensação de danos ambientais, tal prerrogativa abriu espaço para debates no sentido de que este princípio poderia ser enquadrado como uma espécie de permissão legal para poluir.

Diante deste panorama vieram normativas e decretos com o fito de normatizar as formas de recuperação de áreas degradadas, pois na prática acabou ficando claro que apenas a prestação pecuniária não bastava, principalmente por ser muito difícil mensurar o valor monetário de um bem ambiental, portanto a ótica moderna sobre tal princípio é de que o mesmo deve servir como fundamento para que os poluidores tomem medidas práticas efetivas quanto aos danos causados.

O foco da Lei 9.985/2000 e os decretos normativos posteriores, não é apenas que o poluidor pague determinada quantia e prossiga poluindo, mas sim reparar o que foi degradado de forma eficaz, buscando a efetiva reparação do dano, pois tendo em vista que o ambiente é um direito coletivo, lesões a este patrimônio se refletem na sociedade das mais diversas formas, desde a maneira primária, poluindo visivelmente e destruindo biomas que servem como sustento para outras esferas da população, até os danos reflexos, pois um ambiente degradado acaba por influenciar negativamente a vida de toda a coletividade. De acordo com o relatório da OMS "Herdando um Mundo Sustentável: Atlas sobre a Saúde das Crianças e o Meio Ambiente" ⁸ os riscos ambientais – como poluição do ar, água não tratada, falta de

⁶ *Constituição Federal da República Federativa do Brasil 1988*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF: 5 de out. 1988.

⁷ Lei nº 9.985. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF: 31 de Ago. 1981.

⁸ NAÇÕES UNIDAS. *Poluição e falta de saneamento matam 1,7 milhão de crianças por ano, diz OMS*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/poluicao-e-falta-de-saneamento-matam-17-milhao-de-criancas-por-ano-diz-oms/>>. Acesso em: 15/11/2017.

saneamento e higiene inadequada – matam 1,7 milhão de crianças entre zero a cinco anos todos os anos, sendo clara a relação entre um ambiente insalubre e os direitos fundamentais a dignidade, a saúde e principalmente a vida.

A compensação ambiental é a ferramenta para que se coloque em prática o princípio do Poluidor/Pagador, sendo disciplinada no Brasil pela lei 9.985/2000, na qual o órgão de licenciamento determina e mensura os empreendimentos com significativo impacto ambiental através de estudos e relatórios. As atividades que se enquadrem como poluidoras ou que acarretem impactos de ordem ambiental, possuem a obrigatoriedade de implantar ou manter Unidades de Conservação, dentro dos moldes legais, preferencialmente na região diretamente afetada, visando restaurar os ecossistemas prejudicados.

Neste aspecto observamos que as grandes criações de gado e outros animais de corte tem se mostrado como atividades altamente impactantes e maléficas para o ambiente, não só no Brasil como no panorama mundial, trazendo a necessidade de que sejam buscadas alternativas para que tais danos sejam mitigados, dentro do que preconiza a legislação de proteção ao Meio ambiente.

2. O PAPEL DA PECUÁRIA NA DEGRADAÇÃO AMBIENTAL

Diversos estudos e pesquisas recentes tem demonstrado que a atividade pecuária é uma das mais prejudiciais ao ambiente, pois afeta de maneira negativa praticamente todas as ordens de recursos naturais, trazendo ainda prejuízos de ordem social.

No panorama global a respeito dos gastos de água da pecuária, de acordo com Gary Francione são necessários 100 mil litros de água doce para que se produza um quilo de carne bovina, o que confere a pecuária o gasto de 90% da água potável do mundo⁹ quando contabilizamos toda a cadeia de produção.

A troca de proteína animal pelo plantio de vegetais para alimentação humana, traria níveis gigantescos de economia de água potável. O relatório da ONU "*water a shared responsibility 2006*", informa que para produzirmos um quilo de batatas consumimos cerca de 160 litros de água, já para a produção da mesma quantidade de carne bovina são gastos 15.977 litros¹⁰.

Em relação ao solo, através da necessidade de monoculturas para a alimentação de animais e o conseqüente empobrecimento dos terrenos, o uso de fertilizantes e agrotóxicos no Brasil por área plantada cresceu 122% kg/ha entre 2000 e 2012¹¹.

Já sobre o ar os efeitos também são alarmantes, segundo Francione¹², 30% do metano produzido no mundo, advém dos gases emitidos por bovinos destinados

⁹ FRANCIONE, Gary. *Introdução aos Direitos Animais*. Tradução Regina Rheda, 1ª ed., Campinas: UNICAMP, 2015, p. 66.

¹⁰ NAÇÕES UNIDAS. *Water: a shared responsibility*. The United Nations World Water Development Report 2, 2006. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001444/144409E.pdf>>. Acesso em: 14/11/2017.

¹¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Indicadores de Desenvolvimento Sustentável - Brasil 2015*. Rio de Janeiro, n. 10, ISBN 978-85-240-4347-5, 2015, p. 32-59. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94254.pdf>>. Acesso em: 14/11/2017

¹² FRANCIONE, Gary. *Introdução aos Direitos Animais*. Tradução Regina Rheda, 1ª ed., Campinas: UNICAMP, 2015, p. 66.

à pecuária, estes números são superiores aos gases poluentes emitidos por todos os meios de transporte do planeta.

Além disto, os índices de desmatamento têm aumentado a cada dia, no Brasil diante das estimativas feitas em 2013 pelo IBGE¹³ 15% Amazônia Legal, 85,5% Mata Atlântica, 54,2% Pampa, 49,1% Cerrado, 46,6% Caatinga e 15,4% Pantanal já foram desmatados, para dar lugar a monoculturas para alimentar animais e para dar lugar à criação de gado.

Ressalte-se ainda que atualmente em razão das mudanças climáticas, a atividade pecuária também vem sendo responsável por queimadas sem precedentes, em razão dos pecuaristas colocarem fogo em suas propriedades para refazer o solo buscando melhor qualidade do pasto, como as ocorridas Chapada dos Veadeiros, em Outubro de 2017¹⁴ que destruiu 22% do parque nacional, afetando de maneira direta o bioma do Cerrado.

No Brasil a atividade pecuária é responsável por 21% do PIB¹⁵, e para isso são abatidos por dia 86.400 bovinos, 86.400 suínos, e 15.552.000 aves por dia¹⁶, o que traz imensos prejuízos tanto de ordem ética em razão das condições de vida degradantes dos animais de abate, quanto através da poluição direta de todas as áreas do meio ambiente natural.

Conforme observamos é notório o caráter poluidor e degradante de tal atividade, tanto do solo através dos dejetos e dos agrotóxicos utilizados para as plantações de soja (principal alimento do gado), quanto da água, do ar pelo Metano, além de desmatar e atualmente colaborar com a ocorrência de queimadas.

De acordo com a ONU, no relatório produzido pela UNEP¹⁷, o melhor para o planeta seria que toda a população se tornasse vegetariana, pois somente desta maneira, poderíamos reverter os impactos já causados pela atividade pecuária e evitar os que ainda estão por vir, pois existe uma forte tendência de aumento populacional, sendo insustentável a continuidade do consumo de proteína animal nos moldes em que vemos hoje.

Entretanto, tal perspectiva não é realista, primeiro porque uma grande parcela de indivíduos não está preocupada com as causas ambientais, tampouco com os animais abatidos, e simplesmente não quer deixar de comer carne, pois Conforme

¹³ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Indicadores de Desenvolvimento Sustentável* - Brasil 2015. Rio de Janeiro, n. 10, ISBN 978-85-240-4347-5, 2015, p. 56-59. Disponível em:

<<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94254.pdf>>. Acesso em: 14/11/2017

¹⁴ RODRIGUES, Sabrina. Brigadistas lutam para manter controlado incêndio na Chapada dos Veadeiros. *Oeco*, 16 out. 2017. Disponível em: <<http://www.oeco.org.br/blogs/salada-verde/brigadistas-lutam-para-manter-controlado-incendio-na-chapada-dos-veadeiros/>>. Acesso em: 17/11/2017.

¹⁵ CNA. Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil. *Agropecuária brasileira sustenta o PIB do País, mas ainda enfrenta desafios*. Brasília, Jul. 2015. Disponível em: <<http://www.cnabrazil.org.br/noticias/agropecuaria-brasileira-sustenta-o-pib-do-pais-mas-ainda-enfrenta-desafios>>. Acesso em: 15/11/2017.

¹⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Abate de animais, produção de leite, couro e ovos*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/agropecuaria/producaoagropecuaria/abate-leite-couro-ovos_201502_1.shtm>. Acesso em: 15/11/2017.

¹⁷ UNEP United Nations Environment Programme. *Food System and Natural Resources Report*, The International Resource Panel (IRP), 2016, p. 124, Disponível em: <www.resourcepanel.org/file/395/download?token=JqcqyisH>. Acesso em: 15/11/2017.

Peter Singer¹⁸ “a raça humana age de acordo com uma mentalidade especista, privilegiando nossos interesses de maneira a escravizar, explorar e tolher direitos das demais espécies.” Ao passo que para outras tantas pessoas, em especial as que vivem em situação de miserabilidade, ainda não existe a ideia de soberania alimentar, sendo necessário compor a alimentação de acordo com o que está disponível, sem poder de escolha.

Diante deste cenário, é necessário que sejam mitigados os danos produzidos pela atividade pecuária de forma com que possamos melhorar as perspectivas de degradação ambiental no futuro, tendo em vista que o direito ao meio ambiente equilibrado também deve ser um direito fundamental garantido das próximas gerações, alcançando a finalidade proposta pelo princípio do poluidor pagador.

Importante salientar que a este respeito deve haver uma noção geral de responsabilização, pois através da pecuária, os poluidores diretos são os pecuaristas, entretanto os indiretos são os consumidores, portanto em que pese existirem críticas ao princípio poluidor pagador no sentido de que tal prerrogativa, ao estabelecer somente a prestação pecuniária correspondente aos danos causados, estaria apenas transmitindo os custos da atividade poluente ao destinatário final, devemos ter em mente que a responsabilidade também é de quem consome tais produtos, sendo justo o dever de reparação recaia tanto sobre o produtor quanto sobre o consumidor.

Entretanto diante da possibilidade legal para que se preste a reparação de forma estritamente pecuniária, compartilhamos da opinião dos críticos ao princípio poluidor pagador de que tal implemento não é eficaz. Pois muitas vezes, o dinheiro pago não é redirecionado especificamente para a recuperação das áreas degradadas o que acaba sendo infrutífero, sendo que a utilização de tal princípio não pode ser vista de forma alguma como uma espécie de autorização para poluir, sob pena de que se desvirtue o objetivo sustentável buscado pela ideia de compensação ambiental.

Para que seja atingido o objetivo do princípio do poluidor pagador de forma plena, e ainda para que seja possível o enquadramento das medidas de compensação no panorama legal de proteção ambiental, as ações de preservação ambiental devem ser feitas na prática, visando preferencialmente a recuperação do bioma correspondente a área afetada pelos danos, buscando não apenas valorar os bens naturais que forma degradados, mas acima de tudo viabilizar formas de recuperação que sejam sustentáveis e socialmente viáveis.

Através do programa de sistemas agroflorestais, tais objetivos podem ser mais facilmente atingidos, em especial no tocante aos danos causados pela atividade pecuária, pois podem ser implantados diretamente na propriedade poluidora, através da destinação de parte da propriedade para uma unidade de conservação, nos moldes da lei, por serem compatíveis com a criação de espécies de aves, bovinos, suínos e caprinos, trazendo uma série de benefícios não apenas para o proprietário da área mas também para toda a coletividade, conforme iremos observar a seguir, durante a análise das vantagens ambientais e legais de tal sistema de recuperação.

3. O SISTEMA AGROFLORESTAL COMO MEDIDA DE COMPENSAÇÃO

¹⁸ SINGER, Peter. *Libertação animal: O clássico definitivo sobre o movimento pelos direitos dos animais*. Tradução Marly Winckler e Marcelo Brandão Cipolla. 1ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

A introdução de medidas de compensação ambiental foi necessária pela primeira vez, no Brasil, na busca de reparação pelos danos causados devido à construção de grandes usinas hidrelétricas na década de setenta.

Entretanto após a criação de alguns decretos e o apoio das medidas de Compensação ambiental em princípios gerais, de forma estritamente ligada à reparação pecuniária, fora criada uma legislação detalhada e específica para definir os padrões nos quais a reparação de biomas deveria ser procedida.

Nesse panorama, houve o advento da lei 9.985 de 2000, e posteriormente a Lei 12.651 de 2012, instituindo o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e estabelecendo critérios para a criação, implantação e gestão das unidades de conservação. Conferindo ainda ao órgão emissor da licença ambiental no caso o IBAMA. (Instituto brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis) a responsabilidade e metodologia, para calcular o valor correspondente ao impacto ambiental causado pela atividade danosa.

A Lei n. 12.651 de 25 de maio de 2012, art. 26 § 3º, visando normatizar a forma em que a compensação ambiental deve ser colocada em prática, informa que os danos causados devem ser reparados preferencialmente na mesma região em que foram causados, "No caso de reposição florestal, deverão ser priorizados projetos que contemplem a utilização de espécies nativas do mesmo bioma onde ocorreu a supressão"¹⁹. Por exemplo, ao se cortar um Cajuazeiro (*Anacardium Giganteum*) na Amazônia, não há de se mitigar o impacto negativo plantando um eucalipto no sul do país, pois são espécies com funções completamente diferentes, em biomas distintos.

Entretanto, diante da falta de uma normatização ainda mais específica, bem como em razão de que muitas vezes não existe, por parte dos poluidores que são quem deve cumprir as medidas de compensação, a preocupação genuína com o Meio ambiente, observamos uma tendência na atualidade para que sejam realizados procedimentos de reparação através de reflorestamentos homogêneos, como os de pinus e eucalipto. Tal prática, pode a princípio parecer vantajosa, porém esse tipo de floresta restritiva é uma das principais causas da redução de biodiversidade em escala global²⁰. Além disto, conforme já mencionado não adianta degradar o bioma de determinada região, e proceder os projetos de restauração em outra.

Caso a medida de compensação não ocorra dentro do ecossistema que devastou, pouco irá adiantar, portanto para que haja de fato a recuperação do bioma deteriorado há de ser realizado um trabalho eficaz, dentro do que preconiza a legislação e a análise moderna do princípio poluidor/pagador, imputando ao empresário ou proprietário de terras que desmata e polui a obrigação de restaurar os bens naturais que degradou, e somente quando tal possibilidade realmente for inexistente se aplicar a sanção pecuniária.

Neste sentido podemos aferir que o uso de sistemas agroflorestais para a compensação ambiental se diferenciam das demais formas de recuperação por fazer

¹⁹ Lei nº 12.651. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF: 15 de mai. 2012.

²⁰ RICHARDSON, David. *Forestry trees as invasive aliens*. Conservation Biology, Cambridge, v.12, n.1, p. 18-26, 1998.

uso de forma altamente sustentável do solo sendo capaz de restaurar terras degradadas reequilibrando os ecossistemas²¹.

A redescoberta recente de técnicas ancestrais, oriundas dos indígenas americanos que misturam o plantio de espécies florestais (árvores), com o plantio de espécies típicas da agricultura (alimentos), ou com a criação de animais, é o que nominamos de Agrofloresta na atualidade. Tal sistema também possui outras características técnicas, como por exemplo, o manejo diferenciado de poda, deixando no solo a matéria orgânica das plantas que já foram cortadas, evitando assim a necessidade de insumos artificiais e agrotóxicos, e a combinação de espécies simbióticas que ajudam umas as outras tanto em termos de umidificação do solo, quanto de proteção dos raios solares intensos, criando um ambiente propício para o desenvolvimento de diversas espécies de plantas e animais de maneira sustentável.

Por estas razões, na esfera ambiental o sistema agroflorestal cumpre o papel de reparador melhor do que praticamente todas as alternativas utilizadas atualmente, estando dentro do que se espera na legislação de compensação ambiental brasileira, trazendo ainda diversas vantagens de cunho social.

De acordo com a lei 9.985 de 2000 e o Sistema Nacional de Unidades de Conservação em seu artigo 36 confere ao órgão emissor da licença ambiental a decisão sobre a destinação dos recursos para a criação de Unidades de Conservação, em todo território nacional, sendo que tais unidades dividem-se em dois tipos: Unidades de Proteção Integral, restritiva a qualquer tipo de atividade econômica e Unidades de Uso Sustentável, que neste caso possibilita a utilização da área para atividades econômicas desde que respeitados os preceitos de sustentabilidade.

As unidades de uso sustentável se dividem em sete categorias: Área de Proteção Ambiental, Área de Relevante Interesse Ecológico, Floresta Nacional, Reserva Extrativista, Floresta Nacional, Reserva de Fauna, Reserva de Desenvolvimento Sustentável e Reserva Particular do Patrimônio Natural²².

Os sistemas agroflorestais, são compatíveis com todas as categorias existentes de unidades de conservação, na modalidade uso sustentável determinadas pela lei, sendo, portanto a alternativa mais viável e benéfica para que sejam reparados os danos oriundos da atividade pecuária, que atualmente é uma das mais poluidoras do Brasil, como vimos anteriormente. Além disto, tal sistemática seria recomendável por ser compatível com a criação de animais, relativizando a necessidade de desmatamento e queimadas para abertura novas áreas de criação e pasto.

Â execução de sistemas agroflorestais como medida de compensação aos danos da pecuária, possui a possibilidade de recuperar o próprio bioma degradado, podendo ser colocada em prática dentro das áreas devastadas, destinando parte da propriedade rural para que seja criada uma unidade de conservação, ou ainda tornando áreas essencialmente devolutas em unidades produtivas e integradas com o ecossistema, beneficiando pequenos produtores rurais.

²¹ SCHROTH, G.; FONSECA, G. A. B.; HARVEY, C. A., GASCON, C., VASCONCELOS H. L., IZAC, A. M. N. *Agroforestry and Biodiversity Conservation in Tropical Landscapes*. Washington: Island Press, 2004. p. 1-12. Disponível em: <[http://library.uniteddiversity.coop/Permaculture/Agroforestry/Agroforestry_and Biodiversity_Conservation_in_Tropical_Landscapes.pdf](http://library.uniteddiversity.coop/Permaculture/Agroforestry/Agroforestry_and_Biodiversity_Conservation_in_Tropical_Landscapes.pdf)>. Acesso em: 14/11/2017.

²² MMA - MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Unidades de Conservação**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/areas-protegidas/unidades-de-conservacao>>. Acesso em: 15/11/2017

Um ótimo exemplo de implantação de sistema agroflorestal no Brasil ocorre na fazenda Olhos D'Água, na Bahia, pertencente ao pesquisador suíço Ernst Götsch. De acordo com os dados apresentados na Agenda Götsch (2017), através do uso de sistemas agroflorestais foi possível a recuperação de quatrocentos e dez hectares de solo degradado, recuperando ainda catorze nascentes de rios, que haviam sido devastados por práticas de monocultura.

O implemento de tais sistemas também pode ser fonte geradora de renda para pequenos produtores rurais envolvidos no processo, sendo ainda escopo para que se atinja a soberania alimentar diversificando o cultivo de alimentos, privilegiando as culturas múltiplas em detrimento das culturas únicas, que notadamente também é um dos aspectos causadores de desequilíbrio ambiental e social tendo em vista que milhares de km quadrados de terras que poderiam estar servindo para a diversificação da alimentação humana, são utilizadas para o plantio de soja que irá alimentar o gado, fator este que colabora tanto para o desequilíbrio ambiental, quanto para que se aumentem os índices de pobreza.

De maneira ampla, existe uma relação tênue entre o desequilíbrio ambiental e as baixas condições de vida, neste sentido podemos mencionar o estudo realizado pelo instituto Pure Earth (2017) demonstrando que as doze cidades mais poluídas do mundo se localizam em países subdesenvolvidos ou emergentes, nos quais boa parte da população vive abaixo da linha de pobreza, sendo que a melhora do ambiente coletivo, acaba por efetivar mudanças positivas de maneira reflexa no bem estar de toda a sociedade.

De acordo com estudo realizado pela ONG Cooperafloresta, após a adoção de sistema agroflorestal pelos proprietários rurais do Vale do Ribeira- Brasil houve um aumento médio de 77% na renda anual dos pequenos produtores envolvidos na atividade²³, o que confere aos sistemas agroflorestais a prerrogativa de também serem excelentes para o desenvolvimento das comunidades como um todo.

Observamos portanto que o implemento de sistemas agroflorestais se harmonizam com os pressupostos da agricultura sustentável, mitigando os danos causados pela pecuária inclusive no que diz respeito ao abismo social causado por tal atividade, pois além de grande parte das pessoas que participam da cadeia produtiva pecuária na América Latina não ter acesso aos produtos oriundos de tal atividade por questões econômicas, de acordo com um estudo publicado pela universidade de Cornell²⁴ a maior parte dos grãos produzidos no mundo vai para alimentação de bovinos e suínos, prejudicando o acesso a estes alimentos pelas camadas sociais mais pobres

Existem ainda outras vantagens de cunho especificamente ambiental como o aumento das espécies de animais silvestres, pois a reintrodução dos habitats naturais tornam as condições favoráveis para que os animais se alimentem e façam a sua nidificação, atuando posteriormente como polinizadores e dispersores de sementes, integrados ao processo de reflorestamento.

Os sistemas agroflorestais, quando implantados com o objetivo de recuperar zonas degradadas se mostram altamente benéficos, pois aproveitam conhecimentos regionais, diminuem o uso de máquinas pesadas, adubos e agrotóxicos, potencializando as características naturais locais. Diante deste panorama é possível

²³ PEREZ-CASSARINO, Julian. *A Construção Social de Mecanismos Alternativos de Mercados no Âmbito da Rede Ecológica de Agroecologia*. Tese (Doutorado em Meio Ambiente e Desenvolvimento) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/27480>>. Acesso em: 16/11/2017.

²⁴ PIMENTEL, David. *Livestock Production: Energy Inputs and the Environment*. Canadian Society of Animal Science, Montreal, Quebec, 1997

aferir que tal sistemática de preservação pode e deve ser colocada em prática diante de áreas devastadas pela pecuária, pois atualmente se apresenta como a maneira mais eficaz para que seja atingida a finalidade de equilíbrio ambiental e de sustentabilidade, preconizada pelo princípio do poluidor pagador, além de estar adequada perante a Lei brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A transmissão de valores morais e éticos baseados em uma visão biocêntrica, também deve ser parte do compromisso de entrega de um mundo ecologicamente equilibrado para as futuras gerações.

Neste sentido é premente que o uso de animais para finalidades econômicas, exclusivamente benéficas para o homem, seja amplamente revisto sob pena de estarmos cometendo violações éticas sem precedentes diante do número de animais abatidos direta e indiretamente em virtude de nosso sistema de vida egoísta e capitalista, que além de matar outras espécies ainda degrada o Meio ambiente, abalando um direito fundamental que deveria ser garantido a todos.

No Brasil o agronegócio, especialmente o no tocante as exportações, é visto como prioridade, simplesmente por razões econômicas, sem que se pense nas consequências ambientais do excesso de produção de animais de corte e seus resultados danosos. Tal modelo de negócios não terá como se sustentar por muito tempo sem que sejam tomadas medidas, tanto no sentido de frear o consumo, quanto para a mitigação dos prejuízos ambientais causados.

Entretanto como mencionado, acabar com todas as práticas neste sentido de forma radical não seria viável, seja por razões culturais ou econômicas, portanto devemos ao menos buscar vias de reparação para os danos já causados e viabilizar tentativas de suavizar os impactos futuros.

Para tanto, propõe-se que seja dada maior atenção a utilização de sistemas agroflorestais buscando recuperação das áreas degradadas pela pecuária, ao invés de imputar aos poluidores uma sanção meramente pecuniária, como ocorre com frequência, pois tal sistemática de recuperação, além de viabilizar inúmeras vantagens de ordem ambiental e social, ainda atende o que é preconizado na legislação brasileira sobre unidades de conservação, trazendo a possibilidade de que o próprio bioma devastado seja recuperado.

As medidas de compensação ambiental, preconizadas pela legislação, são as ferramentas para que seja colocado em prática de maneira efetiva o princípio do poluidor/pagador, evitando a exploração intensiva do Meio Ambiente, pudemos observar que o implemento de sistemas agroflorestais como método de regeneração de ambientes deteriorados, atinge a praticamente todos os objetivos esperados em matéria de efetividade nas questões de sustentabilidade.

Neste sentido, embora a análise deste artigo não tenha esgotado as prerrogativas técnicas e legais do instituto, podemos aferir que a agrofloresta prima pela biodiversidade, recuperando solos degradados, gerando lucros para as comunidades rurais, trazendo benefícios aos ecossistemas e ainda atingindo a finalidade legal buscada pelas Unidades de Conservação, sendo portanto a melhor alternativa para que sejam mitigados os danos da pecuária diante da realidade brasileira, visando garantir o Direito fundamental ao Meio ambiente equilibrado, adequando-se aos princípios norteadores de Direitos Humanos.

Limites ao Direito à Busca da Felicidade: o caso da fosfoetilonamina sintética

Luciana Romano Morilas¹

Universidade de São Paulo

Laís Kondo Claus²

Universidade Mackenzie

1 Introdução

O direito à busca da felicidade no sistema jurídico brasileiro tem sido implementado ultimamente, por interpretação jurisprudencial, de modo a suprir a lacuna legislativa a respeito do tema. Trata-se de uma forma de efetivar direitos caros e necessários aos cidadãos, por meio da interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana, por um lado, e da implementação de políticas públicas que conferem direitos específicos aos jurisdicionados, por outro.

Este artigo analisa a implementação do direito à saúde, como uma forma de garantir a busca da felicidade, por meio de decisões jurisprudenciais de tribunais de segunda instância que determinam que o Poder Público entregue um medicamento de cura do câncer, de eficácia ainda não comprovada.

2 A felicidade na agenda mundial

A felicidade sempre teve grande relevância ao ser humano, porém adquiriu maior importância ao longo do século passado como índice para diversos indicadores de desenvolvimento. Dessa forma, no século passado iniciou-se um delineamento da felicidade como política pública de desenvolvimento. Em 1937, o americano, Simon Kuznets desenvolveu uma equação que demonstrava o desenvolvimento econômico de um país, o PIB (Produto Interno Bruto).

Simon Kuznets (1941), um dos primeiros arquitetos da equação, reconheceu as limitações de se concentrar em atividades de mercado e excluir a produção doméstica e uma ampla gama de outras atividades e ativos não-comerciais que têm valor produtivo ou satisfação do rendimento. Além disso, a necessidade de compreender melhor as fontes de crescimento econômico na era pós-guerra levaram ao desenvolvimento (muito por pesquisadores acadêmicos) de várias séries suplementares, como as contribuições de investimentos em capital humano e recursos naturais para o crescimento econômico.³(LANDEFELD; VILLONES, 2009, p. 2)

¹ Professora de Direito Aplicado a Negócios na Universidade de São Paulo

² Advogada e Acadêmica de Direito pela Universidade Mackenzie

³ Versão original: Simon Kuznets (1941), one of the early architects of the accounts, recognized the limitations of focusing on market activities and excluding household production and a broad range of other nonmarket activities and assets that have productive value or yield satisfaction. Further, the need to better understand the sources of economic growth in the postwar era led to the development (much of it by academic researchers) of various

Muito embora, o PIB fosse alvo de críticas até mesmo do seu criador, foi essencial para mapear o desenvolvimento econômico das nações e continua sendo utilizado até a atualidade. Por outro lado, em 1970, o Rei do Butão, Jigme Singye Wangchuck, questionou o PIB como indicador de desenvolvimento. Para ele, o bem estar de um povo não se mede apenas pela prosperidade econômica. A explicação para a diferença de bem-estar entre os países está mais na conjugação de liberdade política, fortes redes sociais e ausência de corrupção que na riqueza, que também faz parte do conjunto de fatores relevantes (UN, /s.d./).

Há vários estudos que apontam para as limitações do uso do PIB para se avaliar o bem-estar de um povo. Um estudo recente (GIANNETTI et al., 2015) comprova a ideia de que, apesar de sua simplicidade, o PIB não preenche adequadamente a tarefa de monitorar traços das sociedades modernas. Trata-se de um índice delineado para responder como cresce a economia e quanto da renda produzida é utilizada para consumo, investimento ou reservas.

Este estudo abrangente demonstra que se a humanidade está preocupada com uma sustentabilidade forte, então indicadores relacionados exclusivamente em termos monetários ou sociais são muito limitados. Porém, apesar de limitados a um modelo de sustentabilidade fraco ou médio, esses índices (verdes ou não) representam uma contrapartida ao PIB na aferição de progresso. (op. cit., p. 22-23)⁴.

A primeira geração de índices científicos de desenvolvimento social incluiu indicadores sociais aos inicialmente previstos no PIB, como o Índice de Progresso Social, criado em 1984 e que o completa com aspectos como despesas com o bem-estar, democracia e direitos das mulheres; o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), que complementa o PIB com variáveis como educação, expectativa de vida e indicadores de igualdade social; e o índice de Felicidade Interna Bruta (FIB) (VEENHOVEN, 2012).

De acordo com Layard (2011), a relações humanas, nomeadamente o quanto os habitantes de um país confiam uns nos outros, é o maior determinante da felicidade em uma sociedade. Com esse tipo de ideal em mente, em 1972, o Quarto Rei do Butão, Jigme Singye Wangchuck, com o apoio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), colocou a FIB em prática (URA, 2009). Em 1999, foi criado o Centro para Estudos do Butão, um instituto de pesquisa independente para estudar e desenvolver os cálculos da FIB. Assim, a ideia de que a felicidade também deveria ser uma preocupação do Estado começou a se consolidar através do conceito de indicador de desenvolvimento.

Em 2006, Adrian White, psicólogo da Universidade de Leicester, publicou o primeiro Mapa Mundial da Felicidade, em que o Butão ficou em 8º lugar, enquanto os EUA eram 23º. Outros grandes países com baixas classificações incluíram: 82º China, 125º Inglaterra, 167º Rússia.

Em janeiro de 2008, o presidente francês Nicolas Sarkozy anunciou um programa para mensurar a felicidade nacional. A criação da Comissão sobre a Medição do Desempenho Econômico e do Progresso Social (The Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress), que é presidida pelo

supplemental series, such as the contributions of investments in human capital and natural resources to economic growth.

⁴ This comprehensive review shows that if mankind is concerned with strong sustainability, then indicators measured only in monetary or social terms are quite limited. However, despite restricted to the weak or the medium sustainability model, these indexes (green or not) represent a momentous counterbalance to GDP in the measurement of progress.

vencedor do Prêmio Nobel de Economia, Joseph E. Stiglitz, tem como objetivo identificar os limites do PIB como indicador econômico e avaliador de progresso social. Outros países também contam com institutos para estudar a felicidade, como o México e o Reino Unido. É notável também o fato de o bem-estar global ter sido nomeado um dos 169 alvos na Agenda de 2030 da ONU. Após a inclusão da felicidade como um dos objetivos de desenvolvimento do milênio, muitos países começaram a colocar a felicidade da nação como pauta para estabelecer políticas públicas.

A Bloomberg (MISERY INDEX, 2016) criou um índice de miséria, compilando os dados de 63 economias, obtidos a partir dos dados de desemprego, conforme o Departamento do Trabalho dos Estados Unidos, e a taxa de inflação, conforme o Escritório de Estatística do Trabalho. Com relação ao Brasil, o índice passou de 15,8 em 2015, para 16,4 em 2016 e com previsão de ser 17,3 em 2017. O aumento nos valores significa piora significativa no índice de miséria do país. Demonstra-se, assim, a importância do incentivo a políticas públicas como instrumentos que promovem a felicidade de uma nação. No Brasil, o direito à busca da felicidade tem ganhado destaque, já tendo sido objeto de proposta de emenda constitucional, e atualmente, tem sido utilizado através da jurisprudência para garantir e implementar direitos fundamentais.

3 O direito à busca da felicidade no Brasil

O primeiro documento escrito que menciona a felicidade é a Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776, quando dispõe que a vida, liberdade e busca da felicidade são direitos inalienáveis:

Consideramos como evidentes estas verdades: que todos os homens são criados iguais, que são dotados por seu Criador de certos direitos inalienáveis; que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade (...)⁵(tradução livre)

No Brasil a felicidade aparece como proposta legislativa apenas no ano de 2010, quando o senador Cristovam Buarque apresentou a proposta de emenda constitucional de número 19 (PEC 19/2010) para incluir os direitos sociais dispostos no artigo 6º da Constituição Federal como pressupostos para a busca da felicidade. Nesse sentido, manifesta-se Maria Berenice Dias (2012, p. 103):

Sob a justificativa de que é preciso humanizar a Constituição, o Senador Cristovam Buarque apresentou a PEC 19/10 – a chamada **PEC da Felicidade**. Sustenta que os direitos deixaram de transmitir os sentimentos que deveriam representar, sendo necessário criar um novo paradigma na elaboração e na execução de políticas públicas. Afirma que o **direito de ser feliz** está atrelado aos direitos sociais e não ao subjetivismo de cada qual. Acredita o autor, que a ideia vai gerar amplo debate na sociedade, bem como atrair o interesse dos movimentos sociais. A proposta visa inserir a expressão **“essenciais à busca da felicidade”** no art. 6º da Constituição Federal: São direitos sociais, **essenciais à busca da felicidade**, educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Diz o autor que explicitar o **direito à busca da felicidade** na Constituição dará

⁵“We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness”.

conteúdo objetivo e resgatar a garantia dos direitos sociais.
(grifos das autoras)

Afirma a jurista que o direito à busca da felicidade, muito embora não esteja positivado na Constituição, já é considerado como direito fundamental. Logo adiante ainda afirma ainda que: "Talvez se possa dizer que a felicidade decorre do dever do Estado de promover o bem de todos e de garantir o respeito à dignidade" (op.cit., p. 103). Ainda que a proposta de emenda constitucional tenha sido arquivada em 2014, tornando mais distante a intenção de se positivizar a "busca da felicidade" enquanto um direito no ordenamento jurídico brasileiro, o direito à busca da felicidade tem permeado o ordenamento jurídico de outra forma: através da jurisprudência.

A mesma doutrinadora supracitada ainda afirma que é possível utilizar o direito à busca da felicidade para preencher lacunas legislativas, de modo que a presença desse direito na jurisprudência tem sido comprovadamente essencial para a efetivação de novos direitos, vez que nem sempre o direito evolui na mesma velocidade que a sociedade.

Nesse sentido, muito embora o direito à busca da felicidade não estar inserido explicitamente no texto constitucional, logo no artigo primeiro, o princípio da dignidade da pessoa humana aparece como fundamento da República brasileira. Ao lado da concepção política do instituto, vários autores, entendem que a busca da felicidade integra o conjunto principiológico da dignidade humana, como esclarecem Gagliano e Rodolfo Filho (2016, p. 71):

Ademais, por se tratar de cláusula geral, de natureza principiológica, a sua definição é missão das mais árduas, muito embora arrisquemo-nos em dizer que a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade.

De forma ainda mais contundente, Leal (2008, p. 15) entende que o direito à busca da felicidade se configura como um postulado universal.

O Supremo Tribunal Federal, observando o que consignado na Carta Norte Americana, e remetendo esse princípio à categoria de postulado universal, tem inserido, na sua jurisprudência, posições fundamentadas no princípio da busca da felicidade, mormente quando o tema cuida de direitos fundamentais. O princípio da busca da felicidade, portanto, surge como princípio constitucional implícito, atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana, importante vetor hermenêutico relativo a temas de direitos fundamentais.

Já está assentado na doutrina brasileira) que o princípio da dignidade da pessoa humana é um valor-fonte, que molda a interpretação do sistema constitucional:

Numa primeira perspectiva (não excludente das demais) a dignidade da pessoa humana, na acepção de Miguel Reale, consiste de uma espécie de valor-fonte, o que também foi objeto de reconhecimento pelo STF, alinhado com a tradição consagrada no direito constitucional contemporâneo, para quem a dignidade da pessoa humana constitui "verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo

expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. (SARLET et al., 2015, p. 257-258)

Sendo assim, o direito à busca de felicidade, enquanto consectário desse princípio, pode ser entendido como uma forma de restaurar a função ética e transformadora do direito. Diante da ausência do direito positivado, resta ao julgador, para cumprir com seu múnus essencial, garantir os direitos dos cidadãos concedendo-lhes importantes garantias por meio da estratégia mais comum à *common law* que ao direito romano, adotado no Brasil.

Para Hart (2001), é importante a existência de uma textura aberta do direito, pois em algumas situações haverá uma certa indeterminação da lei em relação à sua aplicação, ou seja, haverá algumas situações em que a lei não se aplicará de forma clara, principalmente, porque a sociedade evolui e nem sempre a legislação é renovada de modo a contemplar esta transmutação.

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem resolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso. (HART, 2001, p. 148)

Apesar de importantes os precedentes para a solução dos vazios legislativos é necessário ressaltar as diferenças essenciais entre o sistema brasileiro e o norte-americano. No caso do último, os precedentes seriam uma chave na solução desse tipo de problema. No Brasil, porém, é indispensável estabelecer um balizamento através do uso das regras gerais, com intuito de que não haja diversas interpretações sobre o assunto.

De qualquer modo, é por meio da interpretação jurisprudencial que o direito à busca da felicidade tem adentrado o ordenamento jurídico brasileiro, trazendo mais dignidade aos cidadãos, como restará assentado ao final deste trabalho.

4 O caso da fosfoetanolamina sintética

O direito à busca da felicidade tem sido utilizado de maneira muito cuidadosa pelos tribunais superiores brasileiros. O sistema brasileiro preconiza pelo duplo grau de jurisdição, com um Tribunal de segunda instância em cada um dos estados da federação (26 estados e mais o Distrito Federal). Porém, um controle de legalidade é feito pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e um controle de constitucionalidade é feito pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ambos em âmbito federal. Assim, as causas que ofendam às leis federais ou à Constituição podem ser revistas por esses Tribunais. Há, ainda a hipótese de competência originária no caso de controle de constitucionalidade de leis em abstrato.

Nos Tribunais Superiores brasileiros (STJ e STF), em pesquisa jurisprudencial realizada em setembro de 2017, foram encontrados 31 casos que mencionavam explicitamente o direito à busca da felicidade, todos eles restritos à seara do direito de família.

Para este trabalho, porém, o foco está nas decisões referentes ao Direito à Saúde, uma outra vertente em que pode ser aplicado o direito em estudo. Assim, uma pesquisa jurisprudencial realizada no Tribunal de Justiça do estado de São Paulo (o maior estado da federação), foram encontrados 56 acórdãos que o mencionam todos

relacionados ao caso da fosfoetanolamina sintética. Desses acórdãos, 53 eram da cidade de São Carlos (local de produção do medicamento), 1 da cidade de Cabreúva, 1 da cidade de São Paulo e 1 da cidade de Barretos. Ademais, do total de 56 acórdãos, 48 foram relatados pelo desembargador Marrey Uint, 6 casos pelo desembargador Amorim Cantuária e 2 casos pelo desembargador Kleber Leyser de Aquino.

Muito embora, os casos tenham sido decididos por desembargadores distintos nota-se que todos os casos mencionam a ADPF 132 na qual o Ministro Celso de Mello introduz o tema felicidade no sentido jurídico:

Verdadeiro postulado constitucional implícito, como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana". Assim, princípios fundamentais, como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade e da busca da felicidade, revelam esse direito fundamental, que "assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais.

É a partir dessa fundamentação que o direito à busca da felicidade é introduzido nos casos da fosfoetanolamina sintética de modo a garantir maior força para a corrente de juristas que defendem a tese de que a droga deve ser fornecida aos pacientes que a requerem, ainda que não haja evidências concretas da eficácia desse composto.

A fosfoetanolamina sintética foi desenvolvida no Instituto de Química da USP em São Carlos, pelo pesquisador Gilberto Chierice. Apesar de não ter sido testada cientificamente em seres humanos, as cápsulas foram entregues de graça a pacientes com câncer por mais de 20 anos, conforme informa o site do senado:

Começou a ser pesquisada para essa função terapêutica no início dos anos 1990 pelo cientista e professor aposentado de Química da Universidade de São Paulo (USP), Gilberto Chierice. Produzida em um laboratório da instituição, em pouco tempo passou a ser distribuída gratuitamente a pacientes com câncer, que procuravam a substância na esperança de cura.

A fosfoetanolamina foi ficando cada vez mais conhecida pela divulgação boca a boca e a procura aumentou. No entanto, a USP proibiu a produção da substância em seus laboratórios em 2014, depois que uma portaria determinou o registro de todas as substâncias experimentais antes da liberação à população. Os protestos das pessoas que queriam utilizá-la fez com que o assunto ganhasse destaque nas redes sociais e na imprensa, transformando a autorização da fosfoetanolamina em uma questão de alcance nacional.

Em outubro de 2015, o Supremo Tribunal Federal (STF) liberou o uso da droga a um paciente em fase terminal, no Rio de Janeiro. Desde então, os interessados têm entrado na Justiça para garantir o acesso à substância para tratamento de câncer. (SENADO FEDERAL, 2015)

A proibição interna da Universidade, impedindo o fornecimento do medicamento a quem vinha fazendo uso regular, gerou uma série de ações judiciais

contra a mesma Universidade como modo de obrigá-la a continuar o fornecimento bem como a fornecer o medicamento a novos usuários que tomaram conhecimento de sua existência em razão da repercussão do caso. É nesse momento que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi instado a se manifestar a respeito da situação.

O relator Marrey Uint se pronunciou no sentido de que o fornecimento da fosfoetanolamina é essencial para a contemplação da dignidade da pessoa humana:

Ressalto que a pedra angular a amparar esse meu entendimento é muito maior (segundo penso) que o Direito a Saúde em si mesmo considerado, nos termos previstos no artigo 196 da CF, **mas é inerente à própria dignidade da pessoa humana, o seu direito à felicidade, à última esperança**. A leitura que faço da legislação aplicável ao caso é sistêmica e dialogante entre si, sempre respaldada na orientação do E. STF (TJSP; Apelação 1019953-59.2015.8.26.0566; Relator: Marrey Uint; 3ª Câmara de Direito Público; Foro de São Carlos - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 04/07/2017; Data de Registro: 10/07/2017) (grifado)

O mesmo relator ainda se manifesta contrariamente à aplicação da decisão que suspendeu as liminares de concessão do medicamento, alegando que a mesma não tem efeito "erga omnes":

Por outro lado, note-se que apesar de ter sido proferida decisão pelo Colendo Órgão Especial suspendendo liminares de concessão deste medicamento (AgReg.2205847-43.2015.8.26.0000/50000), é importante lembrar que tal decisão não tem efeito "erga omnes". (AI 2002823-54.2016.8.26.0000 Relator Claudio Augusto Pedrassi) e que foi direcionado tão somente às decisões de 1º grau. (TJSP 11ª Câmara de Direito Público - ED 2006797-02.2016.8.26.0000/50000 - Relator Marcelo L Theodósio São Carlos j. 23/02/2016).

A saúde é um bem inerente à dignidade da pessoa humana e, como tal, foi elevada pela Constituição Federal à condição de direito fundamental do homem, merecendo assim maior destaque e atenção, não podendo ser tida como simples mercadoria ou discutida como qualquer atividade econômica. (TJSP; Apelação 1014431-51.2015.8.26.0566; Relator (a): Marrey Uint; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro de São Carlos - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 23/05/2017; Data de Registro: 23/06/2017) p.6

Ainda assevera que a ausência de estudos que comprovem a eficácia da medicação não impede a sua concessão:

A circunstância do medicamento em comento não ter eficácia comprovada cientificamente, por si só, não autoriza que seja usurpada das pessoas a última possibilidade de sobrevivência, não cabendo a quaisquer dos Poderes constituídos a palavra final sobre um tratamento possível.

Segundo Amorim, o pedido da fosfoetanolamina sintética se ajusta ao direito de saúde, conforme disposto na Constituição.

Em vista do exposto, tenho para mim que o acesso à substância fosfoetanolamina apenas se adéqua ao compromisso maior do texto constitucional de garantir a todos o direito à busca da felicidade. Reverencia a Carta Maior e os direitos humanos nela contemplados e, ainda que não PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO positivados, em tantas passagens, mencionados, nos arestos da nossa Corte Constitucional.

Portanto, no caso da fosfoetanolamina sintética nota-se o surgimento de uma corrente que defende o fornecimento do medicamento ainda que este não possua eficácia comprovada, vez que é direito do cidadão ter acesso à saúde. Além disso, o fornecimento desse medicamento trará mais esperanças ao paciente com câncer, promovendo assim, sua felicidade e dignidade.

Por outro lado, é necessário ressaltar que o desrespeito às normas de regulamentação e judicialização da saúde representam um retrocesso:

O cenário regulatório atual, não obstante, tem mostrado alguns retrocessos. O episódio recente da autorização do uso no Brasil da substância fosfoetanolamina sintética (FOS), para o tratamento de pacientes com neoplasias malignas (BRASIL, 2016), tem explicitado a vulnerabilidade regulatória a que o país está submetido. A FOS é classificada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) como medicamento, por ser tecnicamente elaborada e supostamente possuir propriedade terapêutica, ainda não aprovada para comercialização e uso no país. A discussão que envolveu recentemente essa substância é pautada na obtenção de medicamentos novos e não plenamente testados em pacientes com doenças terminais ou gravemente debilitantes. (TEODORO; CAETANO, 2016)

No mesmo sentido, são as informações disponibilizadas em notícia da Revista Nature:

A constituição brasileira garante o acesso universal à saúde, e é comum no Brasil que os pacientes se voltem para os tribunais para ter acesso à drogas que o sistema de saúde estatal não oferece por causa de seu custo, diz Garrafa. Mas a fosfoetanolamina apresenta uma situação diferente, acrescenta, porque na verdade não é uma "droga". Não é aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária do Brasil.⁶(tradução livre).

Para este trabalho, importa refletir sobre o fato de o Poder Judiciário determinar a entrega do medicamento à população com base no direito à busca da felicidade. Cabe, porém, informar sobre o desfecho da situação. Devido à grande repercussão do caso, em 2016 foi sancionada uma lei que visava regularizar o fornecimento de tal medicamento, ainda que não houvesse estudos comprovando a eficácia do medicamento ou registro junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária

⁶ Texto original: The Brazilian constitution guarantees universal access to health care, and it is common in Brazil for patients to turn to the courts to access drugs that the state health-care system does not dispense because of their cost, says Garrafa. But phosphoethanolamine presents a different situation, he adds, because it is not really a 'drug' at all. It is not approved by Brazil's National Health Surveillance Agency.

(Anvisa), responsável pela liberação da utilização e da comercialização de medicamentos no país.

A Lei 13.269/2016 foi sancionada sem vetos pela presidente da República, Dilma Rousseff, no dia 14 de abril. A norma originou-se do Projeto de Lei da Câmara (PLC) 3/2016, que foi aprovado no Senado no final de março.

Pelo texto, o paciente deve apresentar laudo médico que comprove o diagnóstico de câncer e assinar termo de consentimento e responsabilidade. O uso da substância é definido como de relevância pública.

A lei autoriza a produção, importação, prescrição, posse ou uso da substância independentemente de registro sanitário, em caráter excepcional, enquanto estiverem em curso estudos clínicos acerca do produto. Para produzir, importar, prescrever e distribuir a substância, os agentes precisam ser regularmente autorizados e licenciados pela autoridade sanitária competente. (SENADO FEDERAL, 2015)

Entretanto, em maio do ano de 2016 o Supremo Tribunal Federal suspendeu o direito de uso da fosfoetanolamina sintética no julgamento do pedido liminar proposto por Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5501 proposta pela associação médica brasileira (AMB).

A Associação Médica Brasileira (AMB), autora da ação, sustentou que diante da ausência de testes da substância em seres humanos e de desconhecimento acerca da eficácia do medicamento e dos efeitos colaterais, sua liberação é incompatível com direitos constitucionais fundamentais como o direito à saúde (artigos 6º e 196), o direito à segurança e à vida (artigo 5º, caput), e o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III). (id. *ibid*)

No ano de 2015, o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI) anunciou o investimento de R\$ 10 milhões em pesquisas sobre a fosfoetanolamina sintética, para descobrir se a polêmica substância poderia tratar o câncer. Contudo, no ano de 2017 chegou-se à conclusão de que a fosfoetanolamina sintética não apresenta resultados efetivos quando aplicada em pacientes com câncer e as pesquisas foram suspensas, conforme vários artigos indexados na base internacional PubMed⁷. A reportagem de Carlos Orsi apresenta um panorama detalhado com vários aspectos sobre o caso (ORSI, 2017)

O Judiciário acabou isentando a USP da obrigação de produzir cápsulas para atender a liminares, mas com o anúncio de que o laboratório PDT-Pharma, baseado em Cravinhos (SP), assumiria a fabricação da droga para suprir os testes clínicos anunciados pelo governo paulista, ações de busca e apreensão passaram a ser impetradas para confiscar parte do material e entregá-lo a pacientes. Como os voluntários integrados ao estudo paulista seguem recebendo a “fosfo”, a produção continua até hoje. Com isso, as buscas e apreensões prosseguem. Na página do Instituto Viva Fosfo no Facebook, o advogado Jefferson Vaz aparece em um vídeo, datado de 13 de maio, enumerando os documentos necessários para fazer a solicitação. (ORSI, 2017)

⁷ <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/?term=%27Synthetic+phosphoethanolamine%27>

No âmbito do poder judiciário ainda paira dúvida e insegurança jurídica acerca da concessão do medicamento cuja eficácia não é comprovada. Ainda assim, nesses casos é notório o uso do princípio da dignidade pessoa humana e o direito à busca da felicidade para justificar o fornecimento de tal medicamento. Desta forma,

5 Discussão dos resultados

A pesquisa jurisprudencial demonstrou que o direito à busca da felicidade foi aplicado diversas vezes a um caso bastante específico que versa sobre o direito à saúde, respeitando-se, em primeiro plano, o desejo do jurisdicionado, em desatendimento às leis estabelecidas para avaliação da viabilidade do medicamento.

Impõe-se, inevitavelmente, o questionamento sobre a existência de critérios para a aplicação do direito, mormente no caso em tela, tendo em vista a liberação do composto tanto pela via judicial, quanto pela via legislativa, em total desacordo com a legislação que regula o licenciamento de medicamentos no Brasil. Cabe o questionamento: o direito à busca da felicidade pode servir a todo e qualquer propósito, mesmo diante dois pontos fundamentais, quais sejam: a incerteza sobre a eficácia do medicamento e a possibilidade financeira do Estado em fornecê-lo?

Sobre a possibilidade financeira do Estado, é necessário avaliar o princípio da reserva do possível que, segundo Sarlet e Figueiredo (2008), deve atender a três requisitos mínimos:

A partir do exposto, há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

Talvez o principal entrave seja a proporcionalidade e a razoabilidade da prestação. Tendo em vista que o Estado brasileiro proporciona tratamento de saúde específico e com eficácia comprovada para o câncer, o deferimento de tratamento alternativo não corrobora com o direito "líquido e certo" do titular à prestação social pretendida.

Deve-se levar em conta, ainda a responsabilidade civil do Estado por aquilo que fornece aos seus cidadãos.

Não há, por outro lado, respeito às competências, vez que as decisões obrigavam à Universidade – apesar de ser pública e ligada ao governo estadual – a fornecer o medicamento, em total afronta à distribuição constitucional de competências estatais.

Assim, não há conformidade com o princípio da reserva do possível que autorize a distribuição do medicamento por força, seja judicial, seja legislativa.

Quanto à eficácia do medicamento, nunca houve certeza de sua eficácia, além de ter sido fornecido clandestinamente durante 20 anos. O fornecimento de medicamento em fase de testes com a chancela judicial afronta ao princípio da razoabilidade.

Dessa maneira, a concessão da fosfoetanolamina sintética não respeita os critérios estabelecidos para a utilização dos recursos financeiros do Estado, porque não encontra respaldo legal, vez que não foi certificado pelo órgão responsável pelo licenciamento de medicamentos no Brasil, e tampouco, a prestação do serviço de concessão da medicação se mostra proporcional e razoável, pois o Estado fornece outros tratamentos de combate ao câncer, que tem eficácia comprovada e são liberados pela ANVISA.

6 Conclusões

Em que pese o inegável peso do Direito à Busca da Felicidade e sua ligação com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, ao judiciário não cabe obrigar o fornecimento de medicamento em fase de testes apenas porque há um inequívoco direito das pessoas a uma última possibilidade de sobrevivência. Cabe ao Estado também zelar pela integridade física de seus cidadãos, como corolário do mesmo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Portanto, nesse contexto não cabe a argumentação de que a negativa do Estado no fornecimento da medicação em questão implica em negligência dos direitos humanos.

Nesta senda, apesar da existência de um movimento internacional para políticas que promovam felicidade, a concessão de medicamentos sem eficácia comprovada não pode ser considerada como uma medida promotora de felicidade, pois o Estado deve-se atentar na reserva do possível para fornecer tratamentos. Ademais, o entendimento de que o Estado deve fornecer medicamentos sem comprovação e sem guia médica que os solicite, pode abrir precedentes para que outros tratamentos de eficácia controversa sejam exigidos judicialmente.

Referências

- DIAS, Maria Berenice. Direito Fundamental à Felicidade. **Unisul de Fato e de Direito**: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina. v. 2, n. 4, 2012, p. 101-107. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/1079>. Acesso em 20 out.2016.
- GIANNETTI, B.F.; AGOSTINHO, F.; ALMEIDA, C.M.V.B.;HUISINGH, D. A review of limitations of GDP and alternative indices to monitor human wellbeing and to manage eco-system functionality. **Journal of Cleaner Production**. Elsevier, Volume 87, 15.jan 2015, p. 11-25. Disponível em: <http://www.advancesincleanerproduction.net/papers/journals/2014/2014_jcp.pdf>. Acesso em: 18.nov 2017.
- GAGLIANO, P. S.; FILHO, P., R. **Novo curso de direito civil**. 12. Ed. Saraiva, São Paulo, 2016. v. 4, t. I, p.71.
- HART, H. L. A. **O conceito do direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2001.
- ANDEFELD, J. S.; VILLONES, S. M. GDP and Beyond: Measuring Economic Progress and Sustainability. Bureau of Economic Analysis, U.S. Department of Commerce, Washington, 2009. Disponível em: <<https://bea.gov/papers/pdf/RevisedBeyondGDP.pdf>>. Acesso em: 30 out.2017.
- LAYARD, R. **Happiness**. 2nd ed. Penguin, England, 2011.

- PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **O que é o IDH.** Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/conceitos/o-que-e-o-idh.html>>. Acesso em: 03 out.2017.
- LEAL, S. T. O princípio da Busca da Felicidade como Postulado Universal. **Observatório Da Jurisdição Constitucional.** Brasília, IDP, ano 2, ago. 2008.
- LEDFOURD, H. Brazilian courts tussle over unproven cancer treatment. **Nature News.** Nature Publishing Group, 527, p. 420-41, nov 24, 2015. Disponível em: <<https://www.nature.com/news/brazilian-courts-tussle-over-unproven-cancer-treatment-1.18864>>. Acesso em 15 nov.2017.
- ORSI, C. Fosfoetanolamina, o "caso que envergonhou a ciência brasileira". **Gazeta do Povo,** Curitiba, 01.06 2017. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/ideias/fosfoetanolamina-ocaso-que-envergonhou-a-ciencia-brasileira-d5wnxh6h28oop2z9b3xsg6v3w>>. Acesso em 12.nov 2017.
- SARAIVA, C.; JAMRISKO, M. These Economies Are Getting More Miserable This Year. **Bloomberg Markets.** Disponível em: <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-03-03/these-countries-are-getting-more-miserable-this-year>>. Acesso em: 09.ago 2017.
- UN. United Nations. **The UN and happiness.** Disponível em: <<http://www.unric.org/en/happiness/27709-the-un-and-happiness>>. Acesso em: 09 ago.2017.
- Sarlet, Ingo
- SARLET, I.W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional.** 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2015.
- SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região.** n. 24, 02 jul. 2008. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/16049457.pdf>>. Acesso em: 15.nov 2017.
- SENADO FEDERAL. Fosfoetanolamina sintética. **Senado Notícias.** Brasília, 20 maio.2015. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/fosfoetanolamina-sintetica>>. Acesso em 10 nov.2017.
- TEODORO, C. R.; CAETANO, R. O caso da fosfoetanolamina sintética e a preocupante flexibilização das normas sanitárias no Brasil. **Physis,** v. 26, n. 3, p. 741-746, Set. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312016000200741&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 Nov. 2017.
- URA, K. **An Introduction to GNH (gross national happiness).** Schumacher College, Devon, UK, 2009. Disponível em: <<https://www.schumachercollege.org.uk/learning-resources/an-introduction-to-gnh-gross-national-happiness>>. Acesso em: 09 ago.2017.
- UNIVERSITY of LEICESTER. University of Leicester Produces the first ever World Map of Happiness. **News – Press Releases.** Leicester, Uk, 2006. Disponível em: <<https://www.le.ac.uk/ebulletin-archive/ebulletin/news/press-releases/2000-2009/2006/07/nparticle.2006-07-28.html>>. Acesso em: <31.out 2017.
- VEENHOVEN, R. Social Development and Happiness in Nations. N. 2012-03. **ISD Working Paper Series.** Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1765/50509>>. Acesso em 18.nov 2017.

Direitos da natureza: panoramas constitucionais latino-americanos

Felipe Pires Muniz de Brito

INTRODUÇÃO

Por essência, o direito ambiental é inovador, transversal e debate as premissas teóricas mais tradicionais do direito como um todo, tendo como exemplo a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais. Nessa perspectiva, o presente trabalho discute a natureza como sujeito de direitos no contexto constitucional latino-americano.

De forma pioneira, as Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) inseriram nos respectivos textos os direitos da natureza, o que tem sido classificado como neoconstitucionalismo andino. No Brasil, a Constituição promulgada em 1988, mais antiga do que as demais estudadas, não previu expressamente tais direitos, mas, por outro lado, possui capítulo próprio (art. 225, *caput* e demais CF/88) e outros dispositivos relacionados com a preservação da natureza (art. 170, VI - CF/88), sendo, assim, celebrada por ambientalistas como autêntica “Constituição Verde”.

Em paralelo, cumpre destacar o comparativo da evolução histórica e jurídica dos direitos da natureza com o debate acerca dos animais como sujeitos de direito, o que está na ordem do dia de parlamentos, tribunais e na doutrina jurídica pelo mundo. Em casos semelhantes, os judiciários brasileiro e argentino foram instados a decidir sobre a impetração de um *habeas corpus* por um chimpanzé.

Assim, o presente trabalho apresenta a discussão sobre os direitos da natureza na perspectiva do Estado Ecológico de Direito. Como exemplo prático, o Rio Doce, que foi contaminado pelo maior desastre ambiental no Brasil, ingressou diretamente com ação judicial no Poder Judiciário, o que contribui para o desenvolvimento do tema no direito brasileiro.

1. ESTADO ECOLÓGICO DE DIREITO E ECOLOGIA PROFUNDA

Desde o final da década de sessenta e início de setenta, especialmente após a publicação do livro “Primavera Religiosa” de Rachel Carson¹ e a Conferência de Estocolmo pelas Nações Unidas em 1972, há significativo crescimento da preocupação ambiental. Prova disso, o tema está contido nas principais Constituições contemporâneas atualmente vigentes, legislações internas e acordos internacionais.

Após esse período de “virada ecológica”, passou-se a defender a transição do modelo de Estado Social, por conta de momentos de instabilidades por dificuldades

¹ Carson, Rachel. **Primavera Silenciosa**. Trad. Cláudia Sant’Anna Martins. 1ª ed. São Paulo: Gaia, 2010.

econômicas e financeiras de realizar todas as atribuições a que havia se comprometido, para o Estado Pós-Social ou Estado Ecológico em que a promoção do desenvolvimento sustentável se torna um dos fins estatais públicos². Cumpre destacar, aliás, que o próprio Estado Social ou Estado Providência, que era responsável por garantir os direitos sociais dos cidadãos como saúde e educação, já havia sido resposta as insatisfações provocadas pelo Estado Liberal.

J.J. Gomes Canotilho, que prefere a expressão Estado Constitucional Ecológico, justifica que esta compreende que (i) o Estado constitucional, além de ser e dever ser um Estado de Direito democrático e social, deve ser também um Estado regido por princípios ecológicos; (2) o Estado ecológico aponta para formas novas de participação política sugestivamente condensadas na expressão democracia sustentada. Assim, compreende nesse Estado a "concepção integrada ou integrativa do ambiente" em que os impactos ambientais incidem não apenas nos projetos públicos ou privados isoladamente considerados, mas sobre os planos diretores, municipais e de urbanização³.

Na perspectiva integrativa, discute-se, ainda, a possibilidade de quebrar o paradigma antropocêntrico ao retirar o foco aos seres humanos para a compreensão de visão ecológica em que o homem é parte do todo o conjunto de outros seres vivos detentores de valores intrínsecos por si mesmos⁴. Trata-se, aqui, do conceito de Ecologia Profunda (*deep ecology*), expressão cunhada por Arne Naess em contraponto ao movimento de Ecologia Rasa, o qual preocupa-se essencialmente contra a poluição e o esgotamento de recursos prejudiciais saúde humana⁵.

Sintetiza Arne Naess a ecologia profunda nos seguintes tópicos: "1. Todos os seres vivos possuem valor intrínseco. 2. A diversidade e a riqueza da vida têm valor intrínseco. 3. Salvo para satisfazer necessidades humanas vitais, a humanidade não tem o direito de reduzir esta diversidade e esta riqueza, 4. Seria melhor para os seres humanos que eles existissem em menor quantidade, o que seria melhor ainda para as demais criaturas vivas. 5. Hoje a extensão e a natureza da interferência humana em vários ecossistemas é insustentável, e esta falta de sustentabilidade está crescendo. 6. Melhorias efetivas exigem mudanças substanciais: sociais, econômicas, tecnológicas e ideológicas. 7. Uma mudança ideológica seria essencialmente buscar uma melhor qualidade de vida ao invés de aumentar o padrão de vida. 8. Aqueles que aceitam os pontos acima mencionados são responsáveis por tentar contribuir direta e indiretamente para a realização das mudanças necessárias"⁶.

De acordo com Franz Capra, "a ecologia rasa é antropocêntrica, ou centralizada no ser humano. Ela vê os seres humanos como situados acima ou fora da natureza, como a fonte de todos os valores, e atribui apenas um valor

² SILVA, Vasco Pereira da. **Verde Cor de Direito. Lições de Direito do Ambiente**, Almedina, Janeiro de 2005. p. 17-20.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado constitucional e democracia sustentada**. RevCEDOUA. Vol. 4, Nº 8 (2001). p. 3-10. Disponível em <<https://digitalis-usp.uc.pt/bitstream/10316.2/5732/1/revcedoua8%20art.%201%20JJGC.pdf?ln=pt-pt>>. Acesso em 17.11.2017.

⁴ GOUVEIA, Claudia; COURI, Isabela Taranto; FREIRE, Pedro Henrique de Souza Gomes e FONSECA, Vinícius da Silva. **A Posituação dos Direitos da natureza na Constituição equatoriana e sua compatibilidade com as propostas do movimento da ecologia profunda**. v.8. n.12. jan./abr. 2013. p.61-77

⁵ GOUVEIA, Claudia; COURI, Isabela Taranto; FREIRE, Pedro Henrique de Souza Gomes e FONSECA, Vinícius da Silva. **A Posituação dos Direitos da natureza na Constituição equatoriana e sua compatibilidade com as propostas do movimento da ecologia profunda**. v.8. n.12. jan./abr. 2013. p.61-77

⁶ NAESS, Arne e SESSIONS, George. **Basic Principles of Deep Ecology, The Anarchist Library**, 1984. Disponível em <<https://theanarchistlibrary.org/library/arne-naess-and-george-sessions-basic-principles-of-deep-ecology.lt.pdf>>. Acesso em 17.11.2017.

instrumental, ou de "uso", à natureza. A ecologia profunda não separa seres humanos - ou qualquer outra coisa - do meio ambiente natural. Ela vê o mundo não como uma coleção de objetos isolados, mas como uma rede de fenômenos que estão fundamentalmente interconectados e são interdependentes. A ecologia profunda reconhece o valor intrínseco de todos os seres vivos e concebe os seres humanos apenas como um fio particular na teia da vida"⁷.

Mediante tais panoramas biocêntricos, a discussão foi inserida no plano jurídico através do questionamento sobre a natureza jurídica dos animais e, mais adiante, pela consideração do próprio meio ambiente como um todo ser considerado sujeito de direitos.

2. NATUREZA E SUJETOS DE DIREITO

2.1. DIREITO DOS ANIMAIS

Por comparação, o debate acerca da natureza como sujeito de direito está relacionado com o que ocorreu com a proteção jurídica aos animais que em alguns países foi consolidado através da alteração do status de coisa das legislações civilistas. Desde o direito romano, os animais são enquadrados como coisas (*res*) na distinção entre pessoas, o que permite há tempos a mecanização dos animais como propriedade, mesmo que parâmetros mínimos tenham sido elaborados ao longo dos anos para mitigar a livre disposição dos proprietários como os crimes de maus-tratos.

Hoje, a coisificação dos animais nas legislações civis tem sido cada vez mais questionada pela inadequação de que estejam inseridos como objetos (ex. mesas e cadeiras). No intuito de solucionar a questão, a opção legislativa mais adotada para alteração dos Códigos Civis é a classificação *sui generis* de seres sencientes, ou seja, não sendo coisas e nem pessoas (ex. Áustria, Alemanha, França, Portugal e Suíça)⁸.

O diferenciado tratamento destinado aos animais como coisa se assemelha a inferiorização de escravos, os quais, aliás, obtinham o status de coisa pelas legislações. Ao realizar essa correlação, Daniel Braga Lourenço adverte que "a discriminação e a inferiorização do "alter" não-humano segue os mesmos padrões de opressão, pretendendo justificar a instrumentalização e a exploração dos animais com base em critérios arbitrários baseados na espécie. Tal como os escravos um dia o foram, os animais, pela dogmática jurídica atual, continuam aprisionados num universo de não-existência, onde são tratados praticamente da mesma maneira que objetos inanimados como automóveis e enceradeiras". Assim, a eficácia do combate à exploração animal requer de acordo com Daniel Braga Lourenço alteração do *status* moral dos animais com natureza jurídica de sujeitos de direito⁹.

No intuito de provocar a discussão, juristas argentinos impetraram *habeas corpus* para que a chimpanzé chamada Cecilia fosse libertada de cativeiro na cidade de Mendoza e em seguida transferida para local adequado como santuários de

⁷ CAPRA, Franz. **Teia da Vida**. Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Trad. Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 25-26.

⁸ Art. 285 - Código Civil Áustria, Art. 90, a - Código Civil Alemanha, Art. 524 - Código Civil Francês e Art. 201-B - Código Civil Português. Art. 1^a - Lei Colombiana nº 1774/2016. De acordo com Helena Telino, a classificação dos animais com seres sensíveis deve ser vista como evolução do direito, posto distanciá-los das coisas inanimadas. NEVES, Helena Telino. **A controversa definição da natureza jurídica dos animais**. in AMADO GOMES, Carla e DUARTE, Maria Luísa Duarte. Animais: deveres e direitos, Lisboa, 2015. Disponível em < https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_animais_deveres_direitos_2015.pdf>. Acesso em 19 de setembro de 2017. p. 96.

⁹ LOURENÇO, Daniel Braga. **Escravidão, exploração animal e abolicionismo no Brasil**. Disponível em < <https://www.anda.jor.br/2009/04/escravidao-exploracao-animal-abolicionismo-no-brasil/>>. Acesso em 17.11.207.

grandes primatas. Em decisão histórica, o tribunal argentino que o animal possui o direito de viver em um meio ambiente e condições próprias para a espécie que pertence e, assim sendo, concedeu a liberdade pedida¹⁰. Em caso semelhante, os advogados especialistas nos temas jurídicos relacionado com os animais ingressam nos tribunais brasileiros também com *habeas corpus* em favor de Jimmy, chimpanzé confinado em jardim zoológico em Niterói, mas teve resultado diametralmente oposto do que ocorreu na Argentina, na medida em que a decisão judicial se fundamentou na ilegitimidade ativa do paciente do referido remédio constitucional exclusivo para humanos.

A tutela jurídica dos animais está em constante evolução através de ampla produção acadêmica, discussões parlamentares, decisões judiciais e estudos científicos e, desse modo, debates como animais sujeitos de direito aos poucos começam a ser consolidado.

2.2. DIREITO DA NATUREZA

Apesar das semelhanças entre o tema dos direitos dos animais e os direitos da natureza, Felipe Gussoli afirma que tais barreiras devem ser superadas, na medida em que se deva separar “justiça ambiental” (voltada para os homens) e “justiça ecológica” (voltada ao meio ambiente). A distinção pretendida pelo autor pretende demonstrar que o reconhecimento de personalidade jurídica para a natureza não a torna intocável, desde que o conjunto vital e o sistema sejam em si preservado e, assim, seja proibido o supérfluo e desnecessário. Conclui, nesses termos, pela possibilidade de consumo de carne, corte de árvores, cultivo de plantas, pescas por conta desse modelo proposto não considerar os componentes naturais individualmente, mas todo o ecossistema, tendo, desse modo, significativa diferenças com o que supramencionado sobre a doutrina jurídica sobre os animais.

No que se refere aos animais, Carla Amado Gomes apresenta três entraves: (i) duplicidade entre direitos e deveres em que responderiam por suas condutas; (ii) âmbito reduzido de direitos (ex. integridade física e psicológica) e (iii) necessidade de alterações de hábitos alimentares, vestuários, técnicas de experimentações e outros fatores e, assim sendo, questiona se a sociedade contemporânea estaria disposta a seguir rigidamente esses preceitos¹¹. Nesses termos, cabe, aqui, realizar paralelo dos argumentos apresentados acima por Carla Amado Gomes com os direitos da natureza. Se há dificuldade de estabelecimento de direitos e deveres para os animais, a situação ficaria ainda mais complexa na atribuição de direitos a cursos hídricos, florestas e vegetações, além do reduzido campo possível de direitos. Noutro ponto, a predisposição dos seres humanos para alterar os hábitos em relação ao meio

¹⁰ “Así pues, Cecilia podrá seguir siendo integrante de “nuestro” patrimonio ambiental si nosotros, como colectividad, así nos lo proponemos. (...) Cecilia nació en cautiverio y por ello nos hemos arrogado el derecho de disponer de ella y mantenerla en ese cautiverio para su exposición. Sin embargo debo destacar que las autoridades de la Provincia de Mendoza han reconocido la realidad de que no por ser el hombre un ser inteligente y sentiente en tanto sabe que siente puede inferir sufrimiento a otros seres vivos que carecen de esa característica netamente humana (inteligência sentiente). (...) Así las cosas, la acción de *habeas corpus*, en el caso que nos ocupa, ha de ajustarse estrictamente a preservar el derecho de Cecilia a vivir en un medio ambiente y en las condiciones propias de su especie”. **Presentación efectuada por A.F.A.D.A respecto del chimpancé Cecilia sujeto no humano**. Mendoza, 03 de noviembre de 2016. Revista Brasileira de Direito dos Animais (RBDA), Salvador, v. 11, nº. 23, pp. 175-211, Set - Dez 2016.

¹¹AMADO GOMES, Carla. **Direito dos animais: um ramo emergente?**, in AMADO GOMES, Carla e DUARTE, Maria Luísa Duarte. *Animais: deveres e direitos*, Lisboa, 2015. Disponível em <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0359_0380.pdf>. Acesso em 23.06.2017. p. 55.

ambiente seria também nesse ponto “caminho demasiadamente ousado” como aquele referido por Carla Amado Gomes quanto aos animais.

Em contraponto, Felipe Gussoli afirma que ao enquadrar a Natureza como sujeito de direito permite a “percepção não mais como coisa “commodity”, recurso natural, mas como entidade dotada de direitos constitucionalmente garantidos, que, *prima facie*, não gozam de qualquer prevalência ou preterição em relação a qualquer direito humano”. Conclui o autor, nesses termos, que passa a natureza a ser reconhecida com valor autônomo como sujeito agredido, o que permitiria, inclusive, a legítima defesa contra atos destrutivos¹².

Ao sistematizar os direitos da natureza, Mario Melo enumera “(i) O direito a que se respeite integralmente sua existência, manutenção e regeneração dos ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos; (ii) O direito à restauração; (iii) O direito a que o Estado incentive as pessoas naturais e jurídicas a protegerem a natureza e os elementos que integram o ecossistema; (iv) O direito a que o Estado providencie medidas adequadas para eliminar ou mitigar as consequências nocivas de impactos ambientais graves ou permanentes; (v) O direito a que o Estado restrinja as atividades que possam engendrar a extinção de espécies, a destruição de ecossistemas e a alteração permanente dos ciclos naturais”¹³.

Nesses termos, a natureza como sujeito de direitos precede de desenvolvimento pela doutrina de delimitações e amparos jurídicos para que efetivamente proteja o meio ambiente.

3. CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

3.1. NEOCONSTITUCIONALISMO

No atual estágio do século XXI, o modelo constitucional passa por momento de transformações, o que conceitualmente passou a ser reconhecido como neoconstitucionalismo.

Luís Roberto Barroso apresenta para o fenômeno três pontos de identificação do neoconstitucionalismo: “(i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização.¹⁴”

Segundo Lênio Streck, o neoconstitucionalismo é “uma técnica ou engenharia do poder que procura dar resposta a movimentos históricos de natureza diversa daqueles que originaram o constitucionalismo liberal, por assim dizer (ou primeiro constitucionalismo). Por isso o neoconstitucionalismo é paradigmático; por isso ele é

¹² GUSSOLI, Felipe Klein. **A natureza como sujeito de direito na Constituição do Equador: considerações a partir do caso Vilacamba.**

¹³ GOUVEIA, Claudia; COURI, Isabela Taranto; FREIRE, Pedro Henrique de Souza Gomes e FONSECA, Vinícius da Silva. **A Positivização dos Direitos da natureza na Constituição equatoriana e sua compatibilidade com as propostas do movimento da ecologia profunda.** v.8. n.12. jan./abr. 2013. p.61-77

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito.** Revista Quaestio Iuris. vol.02, nº 01, Rio de Janeiro, 2006. pp 1-48.

ruptural; não há sentido em tratá-lo como continuidade, uma vez que seu “motivo de luta” é outro”¹⁵.

Portanto, a Constituição transportada ao centro do ordenamento jurídico com a supremacia não apenas forma, mas também material ou axiológica irradiada para todos os ramos jurídicos num fenômeno conhecido como constitucionalização dos direitos. Esse, por sua vez, pode ser analisado por duas perspectivas: a incorporação no texto constitucional de matérias sobre Direito Penal, Direito Civil, Direito Tributários e outros ramos específicos e pelo efeito irradiador e expansivo dos valores constitucionais¹⁶. Assim, a Carta Constitucional passa a ser um filtro a que devem ser submetidas as normas infraconstitucionais¹⁷.

Mediante tais constatações, verifica-se a importância do status constitucional do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado presente nas principais Constituições contemporâneas pelo mundo. Cumpre destacar, ainda, que as Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) inseriram o direito da natureza ao considerá-la como valor em si mesma, o que representa mudança em paradigmas clássicos do direito pautados na ideia de *buen vivir*. Por conta das inovações, o fenômeno latino-americano tem sido classificado como neoconstitucionalismo andino.

Nesse sentido, Ramiro Ávila Santamaria retrata que o neoconstitucionalismo latino americano, que começa com as Constituições brasileira e colombiana, é caracterizado por reconhecer novos direitos e, em particular, o constitucionalismo andino através das Constituições boliviana e equatoriana, introduzem outros aspectos da noção de pluriculturalidade, interculturalidade e de natureza¹⁸.

Como referido, o neoconstitucionalismo em distintos aspectos reaproxima Direito e ética, centraliza a importância dos direitos humanos através de princípios e normas constitucionais dotadas de força normativa. Diante desses conceitos, cumpre observar que a evolução constitucional histórica caminha para dotar de maior importância também a preservação da natureza, o que permite compreender a existência de um Estado Constitucional Ecológico de Direito.

3.2. CONSTITUIÇÃO DO EQUADOR (2008) E BOLÍVIA (2009)

¹⁵ STRECK, Lênio Luiz. **hermenêutica, neoconstitucionalismo, e o problema da discricionariedade dos juizes**. Anima: Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET, ano I, n. 1. Curitiba, 2009. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf>. Acesso em: 17.11.2017. p. 08.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. Revista Quaestio Iuris. vol.02, nº 01, Rio de Janeiro, 2006. pp 1-48

¹⁷ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional. Construindo uma nova Dogmática Jurídica**. Porto Alegre. Ed. Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 104.

¹⁸ “El neoconstitucionalismo latinoamericano, que comienza con la constitución brasileña y le sigue la colombiana, que se caracterizan por reconocer nuevos derechos y de forma decidida los derechos sociales; y el constitucionalismo andino, en particular a partir de las Constituciones boliviana y ecuatoriana, que introducen, entre otros aspectos novedosos, la noción de pluriculturalidad, interculturalidad, la pachamama y el sumak kawsay a los avances europeos y latino-americanos”. SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. **El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho em la Constitución de 2008**. Disponível em <<http://www.rosalux.org.ec/attachments/article/239/neoconstitucionalismo.pdf>>. Acesso em 17.11.2017.

De acordo com o artigo 71 da Constituição do Equador (2008), a natureza ou *Pacha Mama* possui o direito a que seja respeitada integralmente sua existência e regeneração dos seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos, tendo qualquer pessoa, comunidade, povo ou nacionalidade a legitimidade para exigir das autoridades públicas o cumprimento dos direitos da natureza¹⁹.

Parte-se, assim, para a visão biocêntrica do direito. Nesse sentido, Alberto Costa, presidente da Assembleia Constituinte na Carta Equatoriana, afirma os direitos da natureza a considera por si mesma, ou seja, independente da utilidade ou dos usos pelos seres humanos, o que representa visão biocêntrica do direito. Por outro lado, Alberto Costa reafirma que não se pretende, nessa medida, considerá-la intocada, mas que sejam respeitados os ciclos de vida²⁰.

Na Bolívia, a Constituição promulgada em 2009 também avança no que se refere aos direitos da natureza, na medida em que prevê a existência de um Tribunal Agroambiental (art. 186)²¹, além da estipulação do direito ao meio ambiente sadio e equilibrado para as presentes e futuras gerações (art. 33) nos moldes das principais Constituições contemporâneas do mundo. A importância dada pelos constituintes é verificada, inclusive, no preâmbulo que cita a diversidade da Mãe Terra, da Amazônia, dos rios e lagos do território boliviano²².

Nota-se, desse modo, que as Constituições do Equador e da Bolívia destinaram espaço importante para a natureza e, como referido, tem sido o fenômeno conhecido como neoconstitucionalismo andino.

3.3. CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

A Constituição Federal de 1988 é um “divisor de águas” em matéria ambiental²³, na medida em que inova em relação aos textos constitucionais anteriores no que se refere ao tema. Prova disso, preceitua capítulo próprio (art. 225 e incisos - CF/88) e previsão em diversos dispositivos como a necessidade de

¹⁹ Artículo 71. Constitución do Ecuador - La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Disponível em <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso em 17.11.207.

²⁰ “En los Derechos de la Naturaleza el centro está puesto en la Naturaleza, que incluye por cierto al ser humano. La Naturaleza vale por sí misma, independientemente de la utilidad o de los usos que le dé el ser humano. Esto es lo que representa una visión biocéntrica. Estos derechos no defienden una Naturaleza intocada, que nos lleve, por ejemplo a dejar de tener cultivos, pesca o ganadería. Estos derechos defienden el mantenimiento de los sistemas de vida, los conjuntos de vida”. ACOSTA, Alberto. **Los Derechos de la Naturaleza: una lectura sobre el derecho a la existencia**. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (comp.). *La naturaleza con derechos: de la filosofía a la política*. Quito: Abya-Yala, 2011. p. 353 e 354.

²¹ Artículo 186. Constitución Bolivia 2009. El Tribunal Agroambiental es el máximo tribunal especializado de la jurisdicción agroambiental. Se rige en particular por los principios de función social, integralidad, inmediatez, sustentabilidad e interculturalidad. Disponível em <https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf>. Acesso em 17.11.207.

²² Preambulo. Constitución Bolivia 2009. En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Disponível em <https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf>. Acesso em 17.11.207.

²³ FENSTERSEIFER, Tiago e SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 342. FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 159.

equilíbrio entre ordem econômica e preservação ao meio ambiente (art. 170, VI - CF/88)²⁴, o que permite considerá-la como "Constituição Verde".

Cumpra destacar também que a Constituição Brasileira de 1988 abarca o princípio da intergeracionalidade. Nesse, a teoria indica que a presente geração é, concomitantemente, guardiã e usufrutuária dos bens ambientais. Sem desconsiderar previsões anteriores, o compromisso intergeracional ganhou projeção na Declaração de Estocolmo de 1972.

Nas lições de José Afonso da Silva, a Constituição Federal de 1988 "toma consciência de que a qualidade do meio ambiente se transformara num bem, num patrimônio, num valor mesmo, cuja preservação, recuperação e revitalização se tornaram num imperativo do Poder Público, para assegurar a saúde, o bem-estar do homem e as condições de seu desenvolvimento. Assim, Afonso da Silva conclui que "a função ecológica da propriedade particularmente a preservação dos elementos naturais, deve ser observada no exercício do direito de propriedade, seja esta urbana, rural, pública ou particular. Isto funda-se na importância do que os recursos naturais (água, flora, fauna, ar e solo) representa para a vida do homem, considerando-se inclusive e, talvez principalmente, as futuras gerações".

Apesar de não ter como as demais Constituições citadas inserido expressamente os direitos da natureza, a Constituição Brasileira é repleta de dispositivos sobre preservação ambiental, tendo de forma pioneira determinado a vedação aos maus tratos aos animais, o que permitiu ao Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, formar jurisprudência consiste no tema pelos julgados sobre Briga de Galo, Farra do Boi e Vaquejada.

4. RIO DOCE EM JUÍZO - CASO MARIANA/MG

No dia 05 de novembro de 2017, a bacia hidrográfica rio Doce ajuizou diretamente ação em face da União Federal e do Estado de Minas Gerais para a instituição do Cadastro Nacional de Municípios Suscetíveis a Desastres e para a elaboração do Plano de Proteção e Defesa Civil do Estado de Minas Gerais com a participação de representantes de instituições acadêmicas e dos povos ribeirinhos (indígenas ou não). De acordo com os dados apresentados na petição inicial, a bacia hidrográfica em questão fornece água para 3,5 milhões de pessoas em 230 municípios e foi contaminada pelo maior desastre ambiental da história brasileira. Nessa ação, o Rio Doce foi representado pela Associação Pachamama, pessoa jurídica de direito privado sediada em Pelotas/RS²⁵.

Dois anos antes, no dia 05 de novembro de 2015, ocorreu o rompimento da barragem de rejeitos de mineração controlada pela empresa Samarco S.A. na cidade de Mariana/MG despejou 62 milhões de metros cúbicos de lama de minério de ferro, desabrigou 1.265 pessoas, impactou significativamente dois distritos (Bento Rodrigues e Paracatu de Baixo), prejudicou a vida de 6 milhões de pessoas, foi responsável pela morte de 19 pessoas e 98 espécies de peixes.

²⁴DANTAS, Marcelo Buzaglo; SOUZA, Lucas Dantas Evaristo de Souza. **Direito Ambiental Constitucional**. IN: Curso de Direito Ambiental. Coord: AHMED, Flávio e COUTINHO, Ronaldo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 29.

²⁵ Petição Inicial da ação judicial ajuizada pelo Rio Doce. Disponível em <https://docs.wixstatic.com/ugd/da3e7c_8a0e636930d54e848e208a395d6e917c.pdf>. Acesso em 18.11.2017.

Nesse quadro, a inédita ação em território brasileiro desencadeou uma série de discussões sobre a legitimidade do rio de propor ação judicial de forma direta, o que, aliás, já havia sido suscitado no caso do *habeas corpus* do chimpanzé Jimmy que teve desfecho negativo, na medida em que decisão judicial declarou ilegitimidade ativa da ação e não adentrou, dessa forma, no julgamento de mérito. No que se refere ao desastre de Mariana, a propositura da ação judicial pela ONG Pacha Mama foi precedida de outras individuais e coletivas, civis e criminais propostas que após dois anos não tiveram a resposta adequada do Poder Judiciário, o que, por sua vez, tais ineficiências e demoras são problema das demandas em geral.

Especificamente sobre o pleito judicial do Rio Doce, Vladimir Passos de Freitas adverte sobre as dificuldades jurídicas e práticas no que se concerne ao ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que vislumbra “nenhum avanço real, mas sim mais uma quimera jurídica”. Enumera Passos de Freitas que (i) não há previsão legal para que bens ambientais sejam sujeitos de direito; (ii) a Lei de Ação Civil Pública prevê quantidade satisfatória de legitimados para propositura desse tipo de ação, o que torna desnecessário adicionar mais; (iii) há inúmeros outros problemas mais graves como o tempo razoável do processo para acadêmicos e doutrina solucionar com maior efetividade e (iv) a descrença do autor de que os poluidores sejam inibidos de praticar os atos atentatórios à natureza pela ação com o rio como polo ativo²⁶.

Mediante os contrapontos apresentados por Vladimir Passos de Freitas, observa-se as dificuldades a serem consideradas pelo Poder Judiciário na apreciação da ação, visto que inexistente previsão constitucional ou legislativa no Brasil para que o Rio Doce possua legitimidade processual ativa. Ocorre, porém, que o argumento meramente positivista seria inibido pela expressa previsão pelo legislador como nos casos equatoriano e boliviano.

Nesse aspecto, a questão passa pelo plano teórico, ou seja, caso seja positivado, quais os benefícios e malefícios que os chamados direito da natureza teriam para a preservação ao meio ambiente. Nesse prisma, vislumbra-se, aqui, que a visão biocêntrica do direito valoriza os institutos do desenvolvimento sustentável, da intergeracionalidade e da relação homem-natureza.

CONCLUSÃO

As discussões acerca de novos sujeitos de direito estão na ordem do dia e o direito em si não pode ser destoado da realidade. Hoje, a preocupação com o meio ambiente é presente nos principais noticiários e veículos de comunicação, tendo a palavra sustentabilidade passado de debates técnicos de ambientalistas para o cotidiano das pessoas em geral.

Nesse sentido, os direitos da natureza introduzidos constitucionalmente no Equador e na Bolívia resgatam discussões do ponto de vista filosófica e teórica do direito, na medida em que apresentam uma visão biocêntrica do direito em contraponto ao antropocentrismo presente nas normas jurídicas. Pugna-se, pois, que a natureza tenha valor em si como ecossistema a ser preservado para que não só as presentes e futuras gerações possam usufruir com a máxima qualidade de vida, mas também as outras formas de vida como os animais e os vegetais.

²⁶ PASSOS DE FREITAS, Vladimir. Ação Proposta pelo Rio Doce busca duvidosa proteção ambiental. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-12/segunda-leitura-acao-proposta-rio-doce-busca-duvidosa-protacao-ambiental>>. Acesso em 16.11.2017.

O modelo de neoconstitucionalismo andino, fórmula adotada para apresentar essas disposições de Equador e Bolívia estimula o debate e permite avançar na perspectiva do direito na relação homem-natureza.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS.

- ACOSTA, Alberto. **Los Derechos de la Naturaleza: una lectura sobre el derecho a la existencia**. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (comp.). *La naturaleza con derechos: de la filosofía a la política*. Quito: Abya-Yala, 2011. p. 353 e 354.
- AMADO GOMES, Carla. **Direito dos animais: um ramo emergente?**, in AMADO GOMES, Carla e DUARTE, Maria Luísa Duarte. *Animais: deveres e direitos*, Lisboa, 2015. Disponível em <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0359_0380.pdf>. Acesso em 23.06.2017. p. 55.
- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. Revista Quaestio Iuris. vol.02, nº 01, Rio de Janeiro, 2006. pp 1-48
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado constitucional e democracia sustentada**. RevCEDOUA. Vol. 4, Nº 8 (2001). p. 3-10. Disponível em <<https://digitalis-usp.uc.pt/bitstream/10316.2/5732/1/revcedoua8%20art.%201%20JJGC.pdf?ln=pt-pt>>. Acesso em 17.11.2017.
- CAPRA, Franz. **Teia da Vida**. Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Trad. Newton Roberval Eicheberg. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 25-26.
- CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa**. Trad. Cláudia Sant'Anna Martins. 1ª ed. São Paulo: Gaia, 2010.
- DANTAS, Marcelo Buzaglo; SOUZA, Lucas Dantas Evaristo de Souza. **Direito Ambiental Constitucional**. IN: Curso de Direito Ambiental. Coord: AHMED, Flávio e COUTINHO, Ronaldo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 29.
- FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 159.
- FENSTERSEIFER, Tiago e SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 342
- GUSSOLI, Felipe Klein. **A natureza como sujeito de direito na Constituição do Equador: considerações a partir do caso Vilacamba**.
- LOURENÇO, Daniel Braga. **Escravidão, exploração animal e abolicionismo no Brasil**. Disponível em <<https://www.anda.jor.br/2009/04/escravidao-exploracao-animal-e-abolicionismo-no-brasil/>>. Acesso em 17.11.207.
- NAESS, Arne e SESSIONS, George. **Basic Principles of Deep Ecology, The Anarchist Library**, 1984. Disponível em <<https://theanarchistlibrary.org/library/arne-naess-and-george-sessions-basic-principles-of-deep-ecology.lt.pdf>>. Acesso em 17.11.2017.
- Presentación efectuada por A.F.A.D.A respecto del chimpancé Cecilia sujeto no humano**. Mendoza, 03 de noviembre de 2016. Revista Brasileira de Direito dos Animais (RBDA), Salvador, v. 11, nº. 23, pp. 175-211, Set - Dez 2016.
- SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. **El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho em la Constitución de 2008**. Disponível em <<http://www.rosalux.org.ec/attachments/article/239/neoconstitucionalismo.pdf>>. Acesso em 17.11.2017.
- SILVA, Vasco Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Ed. Almedina. Lisboa, 2003. p. 71-73.. SILVA, Vasco Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Ed. Almedina. Lisboa, 2003. p. 71.
- SILVA, Vasco Pereira da. **Verde Cor de Direito. Lições de Direito do Ambiente**, Almedina, Janeiro de 2005. p. 17-20.

NEVES, Helena Telino. **A controversa definição da natureza jurídica dos animais.** in AMADO GOMES, Carla e DUARTE, Maria Luísa Duarte. *Animais: deveres e direitos*, Lisboa, 2015. Disponível em <https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_animais_deveres_direitos_2015.pdf>. Acesso em 19 de setembro de 2017. p. 96.

O imposto sobre operações de crédito, câmbio, seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários como instrumento para incrementar as relações econômicas entre Brasil e Espanha

Fernando R. M. Bertoncello¹

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Thaís Cíntia Cárnio²

Universidade de São Paulo

INTRODUÇÃO

Diante de um tempo favorável à economia brasileira frente à competitividade do Brasil nos mercados internacionais e lucros históricos de instituições financeiras sejam elas nacionais ou não, podemos observar o aumento da renda das famílias e o fortalecimento das empresas em diversos setores.

Atrelado a esse crescimento econômico pode-se verificar a intensificação das relações mercantis entre o Brasil e a Espanha, o que tem sido especialmente benéfico para o incremento das aquisições entre esses países, especialmente na busca por melhores rendimentos em aplicações financeiras dentro da multiplicidade dos negócios oferecidos.

Observando esse cenário de pleno crescimento a pesquisa realizada nesse artigo traz consigo o imposto que acompanha a política de crédito usualmente chamado de IOF imposto sobre operações de crédito, câmbio, seguro e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários.

Sendo assim, o presente estudo analisa se o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio, Seguro, ou Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários poderia ser utilizado para fomentar novamente o estreitamento comercial entre a Espanha e o Brasil. Primeiramente, será apresentada a sua origem, principais características e elementos constitutivos.

Posteriormente, será abordado o fenômeno extrafiscal desse tributo e algumas hipóteses nas quais a utilização desse tributo pode ser aplicada com vistas a fomentar as operações entre Brasil e Espanha.

¹ Advogado, mestre e doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie Especialista em Direito Público e em Direito e também em Processo e Direito Civil pela Universidade Cândido Mendes. Mestrando em Direito Internacional com ênfase em Direito Americano pela *Univeristy of Miami*.

² Advogada, Doutora em Direito Tributário e mestre em Direito das Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Especialista em Direito Privado e graduada pela Universidade de São Paulo, Especialista em Banking e graduada em Administração de Empresas pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

1 IOF: HISTÓRICO E AMPLITUDE DE SUA INCIDÊNCIA

A origem do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio, Seguro, ou Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários ("IOF") é recente, principalmente se comparado aos outros tributos de raízes mais antigas, como imposto sobre renda ou sobre a propriedade. Tal imposto seria uma derivação do Imposto do Selo, criado por um holandês interessado no prêmio oferecido pelos Estados Gerais àquele que propusesse uma nova forma tributária, sem caráter confiscatório.³

Rapidamente, no século VII, essa proposta foi absorvida por países como Portugal, Reino Unido, França e Áustria. Em Portugal, o imposto do selo é o mais antigo do sistema fiscal português, criado por alvará de 24 de dezembro de 1660, incidindo modernamente sobre as transmissões gratuitas a pessoas físicas de bens mobiliários e imobiliários situados em território português, assim compreendidas as doações, sucessões, aquisição por usucapião ou por qualquer outra forma de transferência sem ônus financeiro.⁴

No Brasil, tem sua origem no período colonial, introduzido pelos Alvarás de 10 de março de 1797 e de 24 de abril de 1801.⁵ Após a declaração da independência, foi proferida a Lei nº 99, de 1835, com o intuito de separar as receitas nacionais.

Dando um salto histórico em benefício da objetividade, a Constituição Brasileira de 1934, baseando-se na Constituição da República de Weimar, discrimina os tributos por sua competência, atribuindo à União a capacidade de decretar imposto sobre atos emanados do seu governo, negócios da sua economia e instrumentos, contratos ou atos regulados pelo governo federal. Como se pode observar, uma versão revista e ampliada do imposto do selo.⁶

Com o término da Segunda Guerra Mundial, é promulgada a Constituição de 1946,⁷ que prevê como sendo de competência da União os impostos sobre negócios de sua economia, atos e instrumentos regulados por lei federal. Cria-se o imposto sobre transferência de fundos para o exterior, o que seria o precursor do IOF incidente sobre a celebração de contratos de compra e venda de moeda estrangeira.

Posteriormente, em 1965, a Emenda Constitucional nº 18 incorpora à competência tributária da União a criação de imposto sobre operações de crédito, câmbio, seguro e operações relativas a títulos e valores mobiliários, cujos contornos são aclarados pelo Código Tributário Nacional (Lei nº 25 de outubro de 1966).⁸

³ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 15.ed. revisada e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 334-335.

⁴ Direção Geral de Impostos. Disponível em: <<http://www.dgci.min-financas.pt/pt>>. Acesso Nov 17 2017.

⁵ AMED, Fernando José. *História os Tributos no Brasil*. 1.ed. Edições SINAESP, 2000, p. 306-307.

⁶ MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de Direito Tributário*. 5.ed. revista, aumentada e atualizada até 1933. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 70.

⁷ AMED, Fernando José. *Op. cit.*, p. 271.

⁸ O Código Tributário Nacional estabelece os contornos básicos do IOF em seu artigo 63, definindo as hipóteses tributárias, conforme segue: (i) quanto às operações de crédito, a entregar ou colocar à disposição, total ou parcial, o montante que constitua o objeto da obrigação; (ii) no que se refere às operações de câmbio, entregar ou colocar à disposição de moeda nacional ou estrangeira, ou de documento que a represente; (iii) nas operações de seguro, a emitir a apólice ou recebimento do prêmio; e (iv) quanto às operações relativas a títulos e valores mobiliários, emitir, transmitir, pagar ou resgatar tais títulos.

Finalmente, a Constituição de 1988, em seu artigo 153, inciso V, prevê a competência *in abstracto* da União para criação de impostos da natureza supraespecificada, confirmando a natureza multifacetada do IOF e sua capilaridade nas principais operações relacionadas à dinâmica econômica e social do Brasil.⁹

São hipóteses de incidência tão variadas que a sigla "IOF", ou Imposto sobre Operações Financeiras, torna-se sucinta e inadequada para denominá-lo, até porque abrange várias espécies de operações, nem todas de natureza financeira, como é o caso de sua incidência sobre operações de seguro.¹⁰

Enfim, o IOF é um tributo dividido em cinco grandes áreas de incidência, bastante distintas entre si. Para fins deste estudo, a análise será concentrada na incidência sobre operações de crédito, doravante referenciado como IOF Crédito. Não obstante, primeiramente, esclarecer-se-á as características intrínsecas a tal imposto que o qualificam como instrumento extrafiscal voltado ao fomento de determinadas condutas em prol do desenvolvimento social e econômico.

1.1 IOF e extrafiscalidade

A extrafiscalidade é a intervenção do Estado no contexto social e econômico por meio da matéria tributária, com o objetivo de estimular ou desestimular determinados comportamentos, com vistas a preservar o interesse coletivo.¹¹

Conforme lições de Jorge Jimenez Hernandez, os tributos que apresentam finalidade extrafiscal são instrumentos de política social ou econômica, e têm como objetivo alcançar diversos fins de interesse público.¹²

Para tanto, o tributo voltado à extrafiscalidade procura incentivar condutas ou desincentivá-las por intermédio de tratamentos fiscais diferenciados, que animarão o contribuinte a agir de maneira a colaborar com a consecução do objetivo extrafiscal.¹³

Sob a perspectiva econômica, trata-se do que Joseph E. Stiglitz¹⁴ convencionou denominar de "eficiência econômica", ou seja, o tributo adota uma conotação positiva e será utilizado com o objetivo de direcionar o comportamento dos contribuintes de maneira a produzir um ganho quando o objetivo econômico for alcançado.

O IOF apresenta-se como um imposto dotado de condições efetivas de perfazer esse importante papel de condutor de comportamentos, pois, conforme

⁹ As Constituições Brasileiras de 1967 e 1969 não trouxeram alterações no que tange a tal matéria, ratificando o texto da Emenda nº 18/65.

¹⁰ Esse costume se deu dada à relação estreita de tal tributo com a celebração de contratos de câmbio, bem como concessões de crédito e financiamento; operações que soem ser pactuadas junto a instituições financeiras, daí deriva essa expressão: Imposto sobre Operações Financeiras.

¹¹ CÁRNIO, Thaís Cíntia. *IOF – intervenção estatal, teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 75.

¹² JIMENEZ HERNANDEZ, Jorge. *El tributo como instrumento de protección ambiental*, Editorial Comares: Granada, 1998, p. 85.

¹³ VARONA ALABERN, Juan Enrique. *Extrafiscalidad y dogmática tributaria*. Marcial Pons: Madrid, 2009, p. 31.

¹⁴ STIGLITZ, Joseph E.. *Economics of the Public Sector*. 3.ed. Londres: W.W. Norton, 1999, p. 458.

descrito no item anterior, o campo de incidência tributária é amplo, variado, permitindo grande abrangência das operações realizadas diariamente, tanto por pessoas físicas, como jurídicas; sejam de valores altíssimos, ou modestos; tanto no mercado financeiro, como no mercado de capitais.

Além disso, cabe salientar que Constituição Brasileira, em seu art. 150, § 1º, excetua tal tributo da aplicação do princípio da anterioridade anual e nonagesimal.

O princípio da anterioridade refere-se ao critério temporal da incidência tributária e é expresso no artigo 150, inciso III, da Constituição Federal, que dispõe, como regra geral, a vedação à cobrança de tributos em três hipóteses: (i) em relação a fatos ocorridos antes da vigência da lei que os instituiu ou aumentou; (ii) no mesmo exercício financeiro da referida lei; e (iii) antes de decorridos, no mínimo, noventa dias da publicação do normativo competente.

A primeira limitação, atinente à impossibilidade de que a incidência tributária alcance fatos geradores ocorridos anteriormente à sua instituição ou majoração, confirma as proteções concedidas ao contribuinte pelo Estado Democrático de Direito. Alterações no IOF devem observar esse preceito, pois tal disposição conjuga o princípio da legalidade e da segurança jurídica. Nem poderia ser diferente, pois, *a contrario sensu*, haveria enorme instabilidade no cotidiano social.

A outra vedação refere-se à cobrança de tributos instituídos no mesmo ano fiscal, assim considerado, no Brasil, o período que se inicia em 1º de janeiro e encerra-se em 31 de dezembro de cada ano, coincidindo com o ano civil. Busca-se preparar o contribuinte para esse novo cenário de cobrança fiscal. Nessa mesma linha protetiva, segue a terceira proibição: cobranças que sejam realizadas em, no mínimo, noventa dias da publicação do normativo competente pela instituição tributária.

Ora, para que seja eficaz a atuação do Estado em política monetária, cambial, e outras importantes variáveis macroeconômicas, há necessidade de que os efeitos sejam produzidos imediatamente, sob pena de que não sejam alcançados os objetivos desejados.

Essas duas últimas limitações temporais não se aplicam ao IOF, conforme se depreende da análise conjunta do artigo 150, § 1º, com o artigo 153, inciso V.¹⁵ Para maior clareza na interpretação do texto, a ordem dos artigos foi invertida, conforme segue:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

(...)

V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; (...)

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, (...):

(...)

III - cobrar tributos:

(...)

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

¹⁵ BRASIL, *Constituição da República Federativa do*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em Nov 17, 2017.

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;

§ 1º A vedação do inciso III, b, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV e V; e 154, II; e a vedação do inciso III, c, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V; (...) (grifos dos autores)

Por essas características típicas do IOF – a abrangência de seu campo de incidência, e a exceção à aplicabilidade do princípio da anterioridade anual e nonagesimal – é frequente sua utilização como instrumento de intervenção estatal mediante a adoção de medidas extrafiscais.

A seguir, serão analisados meios pelos quais o IOF poderia ser alterado com vistas a incentivar operações entre Brasil e Espanha.

2. IOF Crédito e fomento às operações entre Brasil e Espanha

A incidência mais frequente do IOF refere-se às operações de crédito, alcançando desde quantias pouco significativas concedidas em créditos pessoais, até operações de grande companhias e valores vultosos, com alta complexidade estrutural. A seguir, serão analisados os elementos que a compõem.

2.1 Regra-matriz de incidência tributária do IOF Crédito

As normas efetivamente definidoras da existência do tributo, descrevendo os fatos e sujeitos da relação, bem como os termos determinativos da dívida são denominadas por Paulo de Barros Carvalho como normas-padrão de incidência ou regra-matriz de incidência tributária.¹⁶ Por sua vez, esta é composta de critério material, espacial, temporal, pessoal e quantitativo.

A abordagem dos próximos itens não apenas abordará cada um dos critérios componentes da regra-matriz, como demonstrará como alguns deles podem adquirir contornos extrafiscais e incentivar as relações internacionais ora em comento.

2.1.1 Critério Material

A primeira hipótese tributária prevista legalmente no que se refere ao IOF diz respeito a realizar operações de crédito (i) por instituições financeiras; (ii) por empresas que exerçam as atividades de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (*factoring*); e (iii) entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física.

Assim, o critério material, ou seja, o elemento nuclear no IOF Crédito, é celebrar operações de mútuo, descontos ou adiantamentos com pessoa física ou jurídica.

No Brasil, é usual que operações de crédito sejam formalizadas pela celebração de contratos ou emissão de títulos de crédito, como a Cédula de Crédito Bancário, instituída pela Lei nº 10.931/2004¹⁷ ou as Notas e Cédulas de Crédito à

¹⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 242-243.

¹⁷ BRASIL, Lei nº 10.931/2004, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/l10.931.htm, Acesso em Nov 17, 2017.

Exportação, estabelecidas pela Lei nº 6.313/1975¹⁸. Objetivando evitar o entendimento que a emissão do título suscita à incidência de imposto sobre operação relativa a títulos ou valores mobiliários, outra faceta do IOF, o legislador previu que a incidência do IOF Crédito afasta a incidência sobre operações relativas a títulos, evitando maiores questionamentos, inclusive do Fisco.

2.1.2 Critério Espacial

O critério espacial permite evidenciar os locais nos quais o critério material deverá ocorrer. Paulo de Barros Carvalho ensina que há uma dose maior ou menor de esmero do legislador ao tratar dos critérios espaciais no plano do direito positivo.¹⁹

Alguns são cuidadosamente delineados, com bastante precisão, outros, nem tanto, porém poderão ser subentendidos, mesmo que não estejam claramente definidos.

No que se refere ao IOF Crédito, pode-se concluir que o critério espacial é todo o território brasileiro. Ademais, o texto do Decreto 6.306, de 14 de dezembro de 2007²⁰, em seu artigo 2º, § 2º, confirma esse entendimento, pois estabelece a exclusão da incidência do IOF Crédito operações de crédito externo, ou seja, empréstimos regulados pela Lei 4.131, de 3 de setembro de 1962²¹, nos quais figurem como credor banco localizado fora do território nacional e pessoa física ou jurídica residente no Brasil.

2.1.3 Critério temporal

Este critério delimita o marco temporal para a configuração da hipótese tributária concretamente.

A Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999²², em seu artigo 13, § 3º, estabelece como critério temporal do IOF Crédito a data da concessão do crédito. A Lei nº 5.143, de 20 de outubro de 1966,²³ é mais precisa, ao determinar, em seu artigo 1º, inciso I, a entrega do respectivo valor do crédito ou sua colocação à disposição do interessado.²⁴

¹⁸ BRASIL, Lei nº 6.313/1975, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6313.htm Acesso em Nov 17, 2017.

¹⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 260-261.

²⁰ BRASIL, Decreto nº 6.306/2007, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2007/decreto/d6306.htm Acesso em Nov 17, 2017.

²¹ BRASIL, Lei nº 4.131/1962, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4131.htm Acesso em Nov 17, 2017.

²² BRASIL, Lei nº 9.779/1999, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9779.htm Acesso em Nov 17, 2017.

²³ BRASIL, Lei nº 5.143/1966, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5143.htm Acesso em Nov 17, 2017.

²⁴ O Decreto nº 6.306, de 14 de dezembro de 2007, complementa a lei acima mencionada e detalha o aspecto temporal conforme segue:

“Art. 3º O fato gerador do IOF é a entrega do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado.

§ 1º Entende-se ocorrido o fato gerador e devido o IOF sobre operação de crédito:

I - na data da efetiva entrega, total ou parcial, do valor que constitua o objeto da obrigação ou sua colocação à disposição do interessado;

II - no momento da liberação de cada uma das parcelas, nas hipóteses de crédito sujeito, contratualmente, a liberação parcelada;

2.1.4 Critério pessoal

O critério pessoal é composto por dois elementos: o sujeito ativo, detentor de direito subjetivo de recebimento do tributo, e o sujeito passivo, que terá o dever jurídico de adimplir a prestação legalmente prescrita.

Conforme estipulado no artigo 153, inciso V da Constituição Federal, o sujeito ativo do IOF Crédito é a União Federal, e pertencendo unicamente à competência federal, sem repartição de receitas com outras pessoas jurídicas de direito público, torna-se ainda mais viável a possibilidade de utilização desse tributo de forma extrafiscal e integrativa, pois caberá apenas à União deliberar sobre essa matéria.

A delimitação do sujeito passivo resultará da verificação da modalidade de operação de crédito que está sendo celebrada entre as partes envolvidas. Caso sejam operações de mútuo, são sujeitos passivos do IOF as pessoas físicas e jurídicas que tomam ou tem sob sua disposição o crédito.

Já no caso das operações de desconto, o sujeito passivo será o titular dos direitos de crédito e quem antecipa o recebimento de tais valores. Se a celebração ocorrer com empresas de *factoring*, o alienante dos direitos creditórios será sujeito passivo da obrigação tributária.

2.1.5 Critério quantitativo

Esse importante componente da regra-matriz de incidência dividi-se em dois elementos mutuamente dependentes e que se completam: a base de cálculo e alíquota.

A base de cálculo refere-se à amplitude que o comando nuclear da hipótese tributária alcançará. Uma vez potencializada pela alíquota, resultará no valor do débito tributário.

A Lei nº 8.894, de 21 de junho de 1994, artigo 1º²⁵, estabelece que a base de cálculo será o valor da operação de crédito entregue ou colocado à disposição do sujeito passivo. Se o mútuo for realizado com liberações parciais de recursos, a base de cálculo será considerada o valor do principal de cada liberação, mesmo que o pagamento seja parcelado.

Quanto às operações de desconto, considera-se o valor líquido entregue ou colocando à disposição do alienante dos direitos creditórios, resultante do valor nominal do direito, deduzidos os juros cobrados antecipadamente.

III - na data do adiantamento a depositante, assim considerado o saldo a descoberto em conta de depósito;

IV - na data do registro efetuado em conta devedora por crédito liquidado no exterior;

V - na data em que se verificar excesso de limite, assim entendido o saldo a descoberto ocorrido em operação de empréstimo ou financiamento, inclusive sob a forma de abertura de crédito;

VI - na data da novação, composição, consolidação, confissão de dívida e dos negócios assemelhados, observado o disposto nos §§ 7º e 10 do art. 7º;

VII - na data do lançamento contábil, em relação às operações e às transferências internas que não tenham classificação específica, mas que, pela sua natureza, se enquadrem como operações de crédito.”

²⁵ BRASIL, Lei nº 8.894/1994, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8894.htm, Acesso em Nov 17, 2017.

No caso de prorrogação, renovação, novação, composição, consolidação de operação de crédito, confissão de dívida e afins, a base de cálculo será o valor não liquidado da operação anteriormente tributada. Considera-se que ocorre tributação complementar àquela realizada no início da operação, portanto, aplica-se a alíquota em vigor à época da operação inicial.²⁶

Uma vez definida a base de cálculo, esta será multiplicada por outro componente: a alíquota. Somente após esse procedimento será possível verificar o valor efetivamente devido pelo sujeito passivo da obrigação tributária ao sujeito ativo. Etimologicamente, o termo alíquota vem do latim *aliquota*, e significa "parte que divide um todo".²⁷

Quanto à alíquota, a Lei nº 8.894, de 21 de junho de 1994, em seu artigo 1º²⁸, determina que seu percentual máximo será de 1,5% (um vírgula cinco por cento) ao dia.

Frequentemente, o Brasil tem diferenciado as alíquotas para pessoas físicas e jurídicas. Essa ação tem como objetivo incentivar ou desmotivar o consumo financiado por linhas de crédito. Se houver necessidade de controle do índice inflacionário, tão conhecido da história econômica recente do país, os percentuais são aumentados para pessoas físicas, somente. O objetivo é recrudescer o consumo sem afetar a capacidade de obtenção de crédito das empresas.

Há tratamento diferenciado se houver prorrogação, renovação, novação, composição, consolidação, confissão de dívida de operação de crédito: caso o mutuário permaneça o mesmo, sem qualquer alteração ou substituição, será aplicada a alíquota em vigor à época do primeiro pacto sobre o valor não liquidado da operação anteriormente tributada. Contudo, se houver modificação do mutuário, a alíquota incidente será a que estiver em vigor na data do novo negócio, e a base de cálculo será o valor renegociado da operação.

2.2 BENEFÍCIOS FISCAIS PARA NEGÓCIOS ENVOLVENDO A ESPANHA

Conforme analisado no início deste estudo, a relação internacional entre o Brasil e a Espanha é longa e virtuosa. Especificamente no início do século XXI, o Brasil sofreu com instabilidades causadas por fenômenos internos, como também com reflexos causados por eventos externos, a exemplo dos efeitos resultantes da Crise de 2008. Assim, é importante buscar alternativas para a manutenção de importantes relações comerciais. Especificamente considerado as alternativas existentes para incrementar o vínculo entre Brasil e Espanha valendo-se do IOF Crédito, há várias possibilidades, ora analisadas.

2.2.1 Redução ou isenção do IOF Crédito para financiamento à importação

Considerando que compõe o critério material do IOF Crédito a celebração de contratos de mútuo, é viável reduzir a alíquota aplicável aos empréstimos obtidos por brasileiros com a finalidade específica de Agar por importações de produtos ou serviços oriundos da Espanha.

²⁶ Essa disposição é válida apenas nos casos em que não haja substituição de devedor original. Havendo substituição, considerar-se-á a ocorrência de uma nova celebração.

²⁷ HOUAISS, Antonio. VILLAR, Mauro Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. 1.ed. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001, p. 159.

²⁸ BRASIL, Lei nº 8.894/1994, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8894.htm, Acesso em Nov 17, 2017.

Nesse sentido, estaria se tratando do chamado “empréstimo com propósito específico”, consoante o qual os valores concedidos devem seguir determinada finalidade, tendo como efeito dessa vinculação gozar de benefícios fiscais ou de taxas de juro mais atraentes.

A comprovação poderia ser realizada por documentos que evidenciassem a relação comercial existente, como contrato de compra venda, guia de importação, fatura de pagamento e afins. Com isso seria possível facilitar a inserção de produtos espanhóis no Brasil.

2.2.2 Redução ou isenção do IOF Crédito para empréstimos entre companhias com participação societária espanhola

A concessão de empréstimos entre companhias não financeiras também são alcançadas pela incidência do IOF Crédito. Seria interessante oferecer incentivos para que mútuos entre empresas com participação societária espanhola fossem estivessem sujeitos a alíquotas menores ou bases de cálculo reduzidas.

Essa diminuição da base de cálculo seria proporcional aos valores reinvestidos por essas empresas no Brasil. Com essa perspectiva, tanto os investidores espanhóis seriam beneficiados com diminuição do impacto contábil do mútuo, como o mercado nacional, com mais uma empresa com intenção de permanecer no país.

2.2.3 Redução ou isenção do IOF Crédito para empréstimos nacionais com recursos advindos de bancos espanhóis

As instituições financeiras concedem empréstimos com recursos obtidos de diversas fontes distintas. Dentre elas, há linhas de crédito concedidas por bancos estrangeiros a bancos brasileiros, sendo repassadas para os clientes nacionais.

Seria uma viável pensar em repasse de recursos com isenção de IOF Crédito caso os valores repassados sejam obtidos junto a instituições de crédito espanholas.

Embora o Fisco deixasse de arrecadar os montantes que seriam decorrentes dessa obrigação tributária, haveria a entrada de recursos externos aos cofres do Tesouro Nacional, possibilitando maior estabilidade da moeda nacional brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A integração entre países tem se demonstrado bastante frutífera para a expansão de investimentos e abertura de novos mercados. Nesse cenário, é interessante analisar as possibilidades de estreitamento das relações comerciais exitosas em benefícios de ambos os envolvidos.

A correta utilização das características extrafiscais de tributos como o IOF Crédito oferece alternativa de expansão desses laços. No mundo globalizado, a proximidade entre os países certamente resulta em benefícios recíprocos muito mais expressivos do que ideais isolacionistas e separatistas, o que se precisa ser fortemente combatido.

A tributação internacional dentro deste cenário, portanto, não funciona somente como ferramenta arrecadatória obviamente, mas sobretudo, diante de característica de extrafiscalidade, como instrumento para se reduzir desigualdades entre os países e fomentar a economia de uma maneira eficiente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMED, Fernando José. *História os Tributos no Brasil*. 1.ed. Edições SINAESP, 2000.
- BALEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 15.ed. revisada e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- BRASIL, *Constituição da República Federativa do*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em Nov 17 2017.
- BRASIL, *Decreto nº 6.306/2007*, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2007/decreto/d6306.htm Acesso em Nov 17, 2017.
- BRASIL, *Lei nº 10.931/2004*, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/l10.931.htm, Acesso em Nov 17, 2017.
- BRASIL, *Lei nº 4.131/1962*, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4131.htm Acesso em Nov 17, 2017.
- BRASIL, *Lei nº 5.143/1966*, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5143.htm Acesso em Nov 17, 2017.
- BRASIL, *Lei nº 6.313/1975*, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6313.htm Acesso em Nov 17, 2017.
- BRASIL, *Lei nº 8.894/1994*, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8894.htm, Acesso em Nov 17, 2017.
- BRASIL, *Lei nº 9.779/1999*, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9779.htm Acesso em Nov 17, 2017.
- CÁRNIO, Thaís Cíntia. *IOF – intervenção estatal, teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2009.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.
- Direção Geral de Impostos. Disponível em: <<http://www.dgci.min-financas.pt/pt>>. Acesso em Nov 17 2017.
- HOUAISS, Antonio. VILLAR, Mauro Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. 1.ed. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001.
- JIMENEZ HERNANDEZ, Jorge. *El tributo como instrumento de protección ambiental*, Editorial Comares: Granada, 1998.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de Direito Tributário*. 5.ed. revista, aumentada e atualizada até 1933. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- STIGLITZ, Joseph E.. *Economics of the Public Sector*. 3.ed. Londres: W.W. Norton, 1999.
- VARONA ALABERN, Juan Enrique. *Extrafiscalidad y dogmática tributaria*. Marcial Pons: Madrid, 2009.

O devido processo legal dentro do direito internacional e seus reflexos nos sistemas de proteção aos direitos humanos

Paulo Augusto de Oliveira¹

Universidade de Coimbra

Thalita Christine de Mendonça Fontoura²

Universidade Federal da Bahia

1. INTRODUÇÃO

O devido processo legal detém um conjunto de normas e padrões capazes de resguardar um julgamento justo, perpassando desde a necessidade de um tribunal imparcial até explanação de forma compreensível, para o acusado, sobre as alegações a ele imputadas e essa medida inclui um tradutor, se preciso. Por isso, o devido processo legal ganha destaque no direito internacional, sendo algumas normas consideradas costumeiras na atualidade. Neste sentido, o artigo explanará sobre o devido processo legal no direito internacional, sua relevância e aplicação nos respectivos sistemas regionais: Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e no Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos.

Atualmente existem três sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, composto pelo: Sistema Africano, Sistema Europeu e Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. Como é possível observar, o sistema africano não está presente no recorte do artigo em tela. Em que pese, o sistema africano desempenha um importante papel na proteção do devido processo legal, por intermédio de dispositivos legais, entre outros. Por uma questão metodológica, optou-se por restringir o recorte deste artigo aos sistemas interamericano e europeu. Entretanto, imperioso destacar que a atuação do sistema africano foi pontuada neste documento, como forma de referenciar a sua importância na preservação do devido processo legal.

2. O DEVIDO PROCESSO LEGAL DENTRO DO DIREITO INTERNACIONAL

O respaldo jurídico do devido processo legal na esfera do direito internacional, tem como principal objetivo a proteção dos direitos humanos antes,

¹ Doutorando em Direito Público pela Faculdade de Direito de Coimbra (FDUC). Mestre e Especialista em Direito Constitucional (FDUC). Professor da Faculdade Baiana de Direito - BA.

² Aluna Especial: Mestrado em Administração (UFBA)- Disciplina: Globalização, Governança e Organizações Internacionais; Bacharela em Humanidades pela UFBA; Graduanda em Direito - UFBA e membro do NCI - Núcleo de Competições Internacionais - Direito Internacional.

durante e após do processo judicial³. O devido processo legal detém alta relevância para a proteção dos direitos humanos, uma vez que a violação de determinadas garantias processuais podem gerar graves violações a tratados amplamente ratificados pelos membros signatários da Organização das Nações Unidas (ONU) e instrumentos legais na esfera Internacional, como por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴ e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP)⁵. Nesse sentido, é importante frisar que ao analisar o devido processo legal, no caso concreto, deve-se observar os tratados de direitos humanos que o país é signatário, as normas costumeiras do direito internacional e as normas internas do Estado⁶.

2.1 Aspecto geral do fair trial

2.1.1 Principais Tratados que regulam o devido processo legal

O due process of law é legislado pelos tratados e instrumentos de direito internacional que detêm uma grande adesão/relevância entre os países signatários da ONU, sendo estes a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o PIDCP.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi elaborada em 1948, por intermédio da Assembleia Geral da ONU. A Declaração não detem caráter efetivamente vinculante e possui amplo prestígio na comunidade internacional. O ilustríssimo James Crawford avalia a referida declaração nos seguintes termos:

The Declaration is not a treaty, but many of its provisions reflect general principles of law or elementary considerations of humanity, and the declaration identified the catalogue of rights whose protection would come to be the aim of later instruments. Overall the indirect legal effect of the Declaration should not be underestimated⁷.

Como bem explanado pelo juiz da corte internacional de justiça, a Declaração Universal dos Direitos Humanos reflete princípio gerais do direito internacional. Neste sentido, a ONU afirmou que a predita Declaração deve servir como um padrão comum de realização para todos os povos de todas as nações⁸. Ademais, o emérito Louis Henkin aponta que *others see both the Charter and the Declaration as contributing to the development of a customary law of human rights binding on all states*⁹.

³ LAWYERS COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS. *What Is Fair Trial?* A Basic Guide to Legal Standards and Practice. Disponível em: <<http://docplayer.net/86029-What-is-a-fair-trial.html>>. Acesso em: 28 de setembro de 2016.

⁴ ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 10 dezembro 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 15 de outubro de 2017.

⁵ BRASIL. Decreto no 592/92. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, concluído em 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2016

⁶ Idem 3

⁷ CRAWFORD, James. **Browlie's Principle of Public International Law**. 8. Ed. Reino Unido: Oxford University Press, 2012.

⁸ Idem 4

⁹ HENKIN, Luis. *The Age of Rights* (New York: Columbia University Press, 1990), p. 19, apud, HANNUM, Hurst. *The UDHR in National and International Law*. Disponível em: <<https://cdn2.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/13/2014/04/16-Hannum.pdf>>. Acesso em: 06 de dezembro de 2016.

O PIDCP foi elaborado em 1966 e entrou em vigor em 1976¹⁰, por intermédio da XXI Sessão da Assembleia Geral da ONU¹¹. Este tratado detém forte incidência da Declaração Universal de Direitos Humanos. Neste sentido, James Crawford afirma que o referido Pacto é mais específico em sua delimitação de direitos, mais forte na sua declaração de obrigação de respeitar esses direitos, e melhor equipados em meios de avaliação e supervisão¹².

Ambos os documentos supramencionados geram obrigações ou recomendações, para os Estados, em sua execução. O cumprimento dessas obrigações oriundas do pacto pode ser ratificados e regulamentados com o auxílio do princípio geral do direito internacional da boa-fé e via Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. À luz do artigo 31(1): um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade¹³.

Ademais, salienta-se que o princípio da boa fé foi descrito pela Corte Internacional de Justiça como *One of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations, whatever their source, is the principle of good faith*¹⁴. Por isso, em respeito a todas as obrigações internacionais adquiridas, o Estado deve elaborar suas normas internas de forma que corrobore com suas obrigações internacionais, pois o mesmo não poderá se excusar do cumprimento de uma obrigação alegando uma norma interna.

3. ETAPAS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Como bem asseverado pelo Lawyers Committee for Human Rights, *the right to a fair trial is a norm of international human rights law designed to protect individuals from the unlawful and arbitrary curtailment or deprivation of other basic rights and freedoms*¹⁵. Neste sentido, a aplicação do devido processo legal, nas cortes internacionais e nacionais, é indispensável para a efetiva proteção de direitos humanos no curso do processo e, numa premissa maior, o due process assegura a proteção de normas jus cogens inderrogáveis, como por exemplo, o direito à vida e a proibição da tortura, entre tantos os direitos que visam preservar a dignidade dos indivíduos.

Outro fator importante é que o devido processo legal, em seu aspecto mais amplo, encontra-se amparado pelo direito costumeiro. Primeiramente, na

¹⁰ ROBINSON, Patrick. *The Right to a Fair Trial in International Law*, with Specific Reference to the Work of the ICTY. Disponível em: < http://bjil.typepad.com/publicist/2010/01/the-right-to-a-fair-trial-in-international-law-with-specific-reference-to-the-work-of-the-icty.html#_edn1>. Acesso em: 15 de outubro de 2017.

¹¹ Idem 5

¹² Idem 7

¹³ BRASIL. Decreto no 7.030. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2016

¹⁴ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Nuclear Tests Case (Australia v France)** .Merits. [1974] ICJ Rep 253. Para 46

¹⁵ Idem 3

Declaração Universal de Direitos Humanos, em seu artigo 10. Ademais, o artigo 14 do PIDCP, também visa a proteção do fair trial e reflete normas costumeiras¹⁶.

Para o efetivo cumprimento do due process, o devido processo legal deve ser resguardado em todas as etapas processuais. Perpassando, portanto, desde o pre-trial até a parte executória da sentença, o qual será explanado nos tópicos subsequentes.

3.1 Pre-trial

A incidência da proteção do due process em atos anteriores ao julgamento é indispensável para a garantia de um processo justo. Assim, ter direitos a defesa técnica de um advogado, ter ciência das acusações as quais a parte está sendo acusada, bem como a proibição de uma prisão arbitrária ou tortura, são fundamentais para preservar o fair trial e garantir a efetiva proteção dos direitos humanos, resguardada no direito internacional.

Em princípio, o direito de ser representado por um advogado é o método mais cristalino da ampla defesa e do contraditório. De acordo com a Human Rights Committee, para o exercício deste direito se faz necessário que o advogado tenha efetiva condição de representar o acusado penalmente, respeitando a ética profissional sem restrições e/ou interferências indevidas de qualquer natureza¹⁷. Ademais, no Communication No. 1117/2002, ao analisar o caso Saodat Khomidova v. Tajikistan, o referido comitê afirmou que o fato da parte ré ter sido legalmente representado apenas um mês após das acusações apresentadas e os encontros entre a parte ré e o advogado, posteriormente designado pela investigação, foram realizadas na presença dos investigadores, isto viola o artigo 14, §3, (B) do PIDCP¹⁸. O predito artigo afirma que a parte acusada deve dispor do tempo e dos meios adequados para a preparação da sua defesa e a comunicação com um defensor de sua escolha. Pelos motivos expostos, faz-se imperioso a representação adequada dentro do devido processo legal.

Outro direito resguardado no PIDCP é o direito de saber os motivos da detenção. O artigo 9(2) assegura que qualquer pessoa reclusa deverá ser informada, no momento do encarceramento, as razões da sua detenção e deverá ser prontamente informada sobre quaisquer acusações contra a parte acusada. Em análise do caso Paul Kelly v. Jamaica, por intermédio do Communication No. 253/1987, a Human Rights Committee afirmou que o Estado Parte não informou em detalhe as razões da prisão preventiva da parte ré e a ausência destas informações perdurou por diversas semanas, o que viola o requisito o artigo 9 (2)¹⁹.

¹⁶ Idem 10

¹⁷

HUMAN RIGHTS COMMITTEE. *General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial*, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32 (2007)

¹⁸ Communications No. 1117/2002, Saodat Khomidova v. Tajikistan, para. 6.4, apud, HUMAN RIGHTS COMMITTEE. *General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial*, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32 (2007)

¹⁹ Communications No. 253/1987, Kelly v. Jamaica, U.N. Doc. CCPR/C/41/D/253/1987 at 60 (1991) para. 5.8, apud,

HUMAN RIGHTS COMMITTEE. *General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial*, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32 (2007)

O referido artigo afirma que: "qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela"²⁰. A preservação desse direito é essencial para que os direitos subsequentes, dentro do devido processo legal sejam exercidos, uma vez que, se a parte presa ou encarcerada não sabe quais acusações estão sendo alegadas em face da parte ré, será impraticável o exercício da ampla defesa e por consequência tornará o processo arbitrário, além de ferir a dignidade da pessoa humana.

A prisão arbitrária e a tortura são igualmente vetadas. Em primeiro lugar, o destaque para proibição da prisão ou encarceramento arbitrário que se encontra resguardado no artigo 9(1) do PIDCP. Neste sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 9º, corrobora com a impossibilidade da detenção, prisão ou exílio arbitrário. Ademais, a Human Rights Committee ressalta que esse é um direito de todos, independente do gênero, opção sexual, estrangeirismo, refúgio, entre outros²¹. Em segundo lugar, é inevitável destacar que sobre nenhuma hipótese nenhum ser humano poderá ser submetido à tortura. Com brilhantismo, o juiz da CIJ Cançado Trindade explana acerca da proibição da tortura no Direito Internacional:

Such absolute prohibition of torture finds expression at both normative and jurisprudential levels. The basic principle of humanity, rooted in the human conscience, has arisen and stood against torture. In effect, in our times, the jus cogens prohibition of torture emanates ultimately from the universal juridical conscience, and finds expression in the corpus juris gentium. Torture is thus clearly prohibited, as a grave violation of the international law of human rights and of international humanitarian law(...)²²

O fair trial se consolida com o cumprimento de um conjunto de normas que protegem os direitos humanos e viabiliza a ampla defesa e o contraditório. Por este motivo faz-se necessário assegurar as garantias processuais antecedentes ao julgamento não somente para preservar um veredito justo, mas também para garantir a dignidade da pessoa humana e todas as proteções de direitos humanos a ela inerente.

3.2 O julgamento

A etapa do julgamento abrange uma sequência de direitos a serem resguardados em resposta a proteção do fair trial, ou seja, para que haja uma audiência justa, são preservados uma série de direitos. Parte dos direitos resguardados desta etapa são consideradas costumeiras no direito internacional e estão amparados pelo artigo 14 do PIDCP. Existem diversas garantias inerentes a esta fase do julgado, entretanto, será abordada em linhas gerais apenas a presunção de inocência, o direito a um tribunal competente, independente e

²⁰ Idem 5

²¹ HUMAN RIGHTS COMMITTEE. *General comment No. 35*, Article 9 (Liberty and security of person). U.N. Doc. CCPR/C/GC/35 (2014)

²² INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **QUESTIONS CONCERNANT L'OBLIGATION DE POURSUIVRE OU D'EXTRADER (BELGIQUE c. SÉNÉGAL)**. Separate opinion of Judge Cançado Trindade. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17072.pdf> > . Acesso em: 11 de dezembro de 2016.

imparcial e, por fim, o direito de dispor de tempo e meios adequados para a preparação da defesa.

Uma das garantias essenciais no curso do julgamento é a presunção de inocência. Este direito está previsto no artigo 14 (2) do PIDCP. Como bem salientado pela Human Rights Committee:

The presumption of innocence, which is fundamental to the protection of human rights, imposes on the prosecution the burden of proving the charge, guarantees that no guilt can be presumed until the charge has been proved beyond reasonable doubt, ensures that the accused has the benefit of doubt ²³

Ademais, este é um direito tão importante para a preservação do devido processo legal e dos direitos humanos, que o mesmo está previsto na convenção das três cortes regionais de proteção aos direitos humanos (o Sistema Africano, Europeu e Interamericano)²⁴.

O direito a um tribunal regularmente constituído, independente e imparcial é meio de sentenciar um julgamento válido, fora destes requisitos à decisão ficará eivada de vício. O mesmo encontra-se protegido pelo artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e pelo artigo 14(1) do PIDCP. Ademais, o Basic Principles on the Independence of the Judiciary, adotado por intermédio da Assembleia Geral da ONU, no parágrafo 6 é consolidado que o princípio da independência do poder judiciário que afere ao magistrado o poder de assegurar que os processos judiciais sejam conduzidos de forma justa e que os direitos das partes sejam respeitados e preservados²⁵. Essa proteção é fundamental para uma sentença alinhada com as normas e os princípios gerais do direito, a ausência dos elementos supramencionados deverão acarretar na prolação de uma sentença inválida.

Dentro do devido processo legal é indispensável que seja preservado o direito da parte ré de dispor de tempo e condição para elaborar a sua defesa, como forma de preservar a ampla defesa e o contraditório. Segundo dispõe o artigo 14(3)(B) do PIDCP, todo ser humano que responde a uma acusação, deve dispor do tempo e dos meios adequados para a preparação da sua defesa e a comunicar com um defensor de sua escolha. Neste sentido, Lawyers Committee for Human Rights, baseando-se em diversas fontes do direito internacional, afirma que essa prerrogativa deve ser interpretada como a efetividade que as partes devem deter ao acesso de informações e documentos apropriados para a preparação de sua defesa²⁶. Notório a relevância desta etapa no due process como forma de garantir o fair trial.

²³ idem 17

²⁴INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **Practice Relating to Rule 100. Fair Trial Guarantees.** Disponível em: < https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cha_chapter32_rule100_sectionc> . Acesso em: 15 de outubro de 2017

²⁵UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. **Basic Principles on the Independence of the Judiciary** (resolution 40/32). 29 novembro 1985.

²⁶ General Comment 13, supra note 16, para 9. Basic Principles on Lawyers, supra note 6, Principle 21, apud, LAWYERS COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS. *What Is Fair Trial? A Basic Guide to Legal Standards and Practice.* Disponível em: <<http://docplayer.net/86029-What-is-a-fair-trial.html>>. Acesso em: 28 de setembro de 2016.

Por fim, essencial salientar que os direitos aparados no *due process of law* transcendem aos supramencionados direito como *Ne Bis In Idem*, direito a uma audiência pública, direito a um interprete, entre outros, isto irá compor a proteção do *due process* na referida etapa processual.

3.3 Pós o julgamento

Um dos pilares do *due process* pós-julgamento é o direito de recorrer a uma instância superior. Este direito garantido pelo artigo 14(5) do PIDCP, assegura que a parte condenada terá o direito de ter seu processo reavaliado por uma instância superior. Esta etapa é fundamental ao considerarmos a possibilidade de uma revisão do processo em outra instância, tendo a possibilidade de reavaliação da sentença anterior e lícita reforma da decisão. Pode se afirma, inclusive, que esta garantia detém um breve reflexo do direito a presunção de inocência. Ademais, todas as três cortes regionais de proteção aos direitos humanos contém um dispositivo abarcando essa previsão legal.

4. APLICAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NOS SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Neste tópico será analisada brevemente a ocorrência da aplicação do devido processo legal, respectivamente, no Sistema regional Interamericana de Direitos Humanos e Europeu, respectivamente. Além disso, os pontos de simetria entre as suas decisões e/ou diretrizes jurisdicionais.

4.1 Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos

No que concerne o devido processo legal na esfera do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, pode se afirmar que o mesmo é amplamente protegido nas mais diversas esferas deste sistema regional. Indubitavelmente, o *fair trial* é amparado na Convenção Americana de Direitos Humanos, por relatório da CIDH e julgados da Corte IDH. Tornando-o, portanto, uma garantia altamente resguardada dentro do referido sistema.

A Convenção Americana de Direitos Humanos visa amparar, em sua jurisdição, diversas proteções e efetivação de direitos relativos ao *due process*. Desta forma, observa-se que a Convenção destinou o artigo 8, exclusivamente, para tratar de direitos inerentes ao *fair trial*. Destaca-se de forma meramente exemplificava, o artigo 8 apresenta garantias essenciais para o *fair trial*²⁷; um tribunal independente, imparcial e uma corte regularmente constituída²⁸; presunção

²⁷ BRASIL. Decreto no 678/92. Promulga Convenção Americana sobre Direitos Humanos, concluído em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 15 de outubro de 2017. Artigo 8(1)

²⁸ Idem 27

de inocência²⁹; tempo e meios adequados para a preparação da defesa do acusado³⁰ entre outros. Ademais, outros artigos da referida convenção também versão sobre o devido processo legal, tais como o artigo 7 e 9.

A CIDH também já se manifestou quanto ao devido processo legal como direito a ser resguardado no sistema regional de proteção de direitos humanos. Inicialmente, com relação as garantias previstas no pre-trial, a CIDH afirma em mais de um relatório que:

The precautionary measures are established only when they are necessary for the proposed objectives. The pre-trial detention is not an exception to this rule. In compliance with the principle of exceptionality, the pre-trial detention will be appropriate when it is the only way to ensure the purposes of the process and when it has been demonstrated that less damaging measures would be unsuccessful to such purposes. Therefore, if possible, the pre-trial detention has to be replaced for a lower severity measure.³¹

Para sustentar o referido posicionamento, a CIDH apresenta outras fontes do direito internacional no relatório *Report on Immigration in the United States: Detention and Due Process*³², tais como o artigo 9 (1) do PIDCP³³ e a Human Rights Committee³⁴. A comissão vale-se do raciocínio supramencionado para posicionar-se quanto a aplicação do pre-trial no caso da detenção de imigrantes. Portanto, a CIDH interpreta que a aplicação da norma de prisão preventiva deve ser mais restrita no caso de pessoas com status de migração.³⁵, para essa conclusão, a comissão adota o posicionamento da United Nations Special Rapporteur on the Human Rights of Migrant Workers que afirma "Irregular migrants are not criminals per se and should not be treated as such."³⁶.

²⁹ Idem 27. Artigo 8(2) apud, INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **Practice Relating to Rule 100. Fair Trial Guarantees.** Disponível em: < https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cha_chapter32_rule100_sectionc > . Acesso em: 15 de outubro de 2017

³⁰ Idem 27 .Artigo 8(2)(c)

³¹ INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Jorge, José and Dante Peirano Basso (Uruguay)*, Report No. 86/09. Case 12.553 . (Merits) 6 agosto 2009. Apud, INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Report on Immigration in the United States: Detention and Due Process.* Doc. 78/10, 30 dezembro 2010.

³² INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Report on Immigration in the United States: Detention and Due Process.* Doc. 78/10, 30 dezembro 2010.

³³ "Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos."

³⁴ A v. Australia, Communication No. 560/1993. Disponível em: < <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws560.html> > . Acesso em: 15 de outubro de 2017. Apud, INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Report on Immigration in the United States: Detention and Due Process.* Doc. 78/10, 30 dezembro 2010.

"remand in custody could be considered arbitrary if it is not necessary in all the circumstances of the case, for example to prevent flight or interference with evidence: the element of proportionality becomes relevant in this context (...)."

³⁵ Idem 32

³⁶ UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. *Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, Gabriela Rodríguez Pizarro* Human rights of migrants deprived of their liberty. E/CN.4/2003/85. 30 dezembro 2002. Disponível em: < <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/102/37/PDF/G0410237.pdf?OpenElement> > . Acesso em: 15 de outubro de 2017. Apud, INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Report*

A aplicação do devido processo legal também é vislumbrada tanto em suas sentenças como em opiniões constitutivas da Corte IDH. Destaque-se, inicialmente, o parecer OC-21/14³⁷ que posteriormente foi utilizado pela Corte Europeia no caso *Öcalan v. Turkey*³⁸. No citado parecer, a Corte ao ser demandada sobre quais as garantias do devido processo aplicáveis nos litígios migratórios envolvendo crianças à luz da Convenção Americana sobre Direitos Humanos³⁹, afirmou que:

O devido processo, por sua vez, encontra-se intimamente ligado à noção de justiça, que se reflete em: (i) um acesso à justiça não apenas formal, mas que reconheça e resolva os fatores de desigualdade real dos processados, (ii) o desenvolvimento de um julgamento justo e (iii) a resolução das controvérsias de forma tal que a decisão adotada se aproxime do maior nível de correção do direito, isto é, que se assegure, na maior medida possível, sua solução justa⁴⁰.

Valendo-se do caso *Vélez Loor Vs. Panamá*⁴¹, a Corte assevera que o devido processo legal deve ser cabível a todos independente da situação do status migratório, bem como são igualmente aplicáveis a qualquer indivíduo, independente de sua idade⁴². Este parecer deve ser considerado um marco, especialmente pela forma como a Corte orientou os Estados quanto à maneira que deveriam interpretar a aplicação do devido processo legal. Em conclusão, pode se destacar o brilhante trabalho desenvolvido pela CIDH e pela Corte IDH por aplicar conceitos do devido processo legal em casos específicos de indivíduos que se encontram em estado de maior vulnerabilidade, como pessoas com status migratório.

on Immigration in the United States: Detention and Due Process. Doc. 78/10, 30 dezembro 2010.

³⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Direitos e Garantias de Crianças no Contexto da Migração e/ou em Necessidade de Proteção Internacional**. Parecer Consultivo OC-21/14. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf> . Acesso em: 15 de outubro de 2017.

³⁸ COUNCIL OF EUROPE, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **References to the Inter-American Court of Human Rights and Inter-American Instruments in the case-law of the European Court of Human Rights**. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_inter_american_court_ENG.pdf> . Acesso em: 15 de outubro de 2017.

³⁹ Idem 37

⁴⁰ Idem 37

⁴¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **A Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados**. Parecer Consultivo OC-18/03. 17 setembro 2003 e CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Vélez Loor Vs. Panamá**. 23 novembro 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf> . Acesso em: 15 de outubro de 2017. Apud, CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Direitos e Garantias de Crianças no Contexto da Migração e/ou em Necessidade de Proteção Internacional**. Parecer Consultivo OC-21/14. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf> . Acesso em: 15 de outubro de 2017.

⁴² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **A Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados**. Parecer Consultivo OC-18/03. 17 setembro 2003. Apud, CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Direitos e Garantias de Crianças no Contexto da Migração e/ou em Necessidade de Proteção Internacional**. Parecer Consultivo OC-21/14. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf> . Acesso em: 15 de outubro de 2017.

Por fim, a Corte IDH é constantemente mencionada por suas decisões e juízes com pensamentos vanguardistas. Neste sentido, é importante destacar a crítica proferida pelo antigo juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos e atual juiz da CIJ, em relação ao cumprimento da sentença dentro do sistema Interamericano⁴³. Segundo o ilustríssimo Trindade, a Corte tomou a decisão de registrar no seu informe anual, de 2004, para a Assembleia Geral e conselho permanente, os casos de cumprimento parcial de sentença⁴⁴. Com inquestionável brilhantismo, Trindade atesta que cumprimento de sentença somente ocorrerá em sua plenitude, por isso, se há parte da sentença que não foi cumprida, em verdade, não há execução da sentença⁴⁵. Neste sentido, o renomado doutrinador Valério Mazzuoli, ratifica que podem ser observadas três obrigações dos Estados condenados nas sentenças da Corte: a) o dever de indenizar a vítima ou família; b) o dever de investigar os fatos ocorridos; c) o dever de punir os responsáveis pelas violações de direitos humana ocorrido⁴⁶. Outrossim, Trindade afirma que reparação pecuniária sempre é cumprida, o mesmo não ocorre com a investigação dos fatos, sanção dos responsáveis em casos mais graves⁴⁷.

4.2 Sistema Europeu de Proteção Aos Direitos Humanos

O sistema europeu de direitos Humanos é composto por um rico arcabouço normativo e jurisprudencial, devendo ser considerado um sistema de alta complexidade em seu meio protetivo aos direitos inerentes ao devido processo legal. Pelo motivo exposto, os parágrafos subsequentes serão direcionados para uma breve análise entre os julgados e a convenção, com o recorte nas principais garantias estabelecidas na Section I: Rights and Freedoms, da ECHR.

As garantias que circunscrevem o Fair Trial são vastamente protegidas no sistema europeu, no que concerne a convenção, uma parcela desses direitos estão resguardados no artigo 5 do mencionado documento. O artigo em análise tem por objetivo garantir que ninguém seja privado da liberdade, por intermédio de meios arbitrários⁴⁸, não se tratando, portanto, de meras restrições à liberdade de ir e vir⁴⁹. Dentro as dez garantias previstas no artigo 5, uma das previsões de maior relevância é a obrigação de informar ao indivíduo, em uma linguagem que a pessoa compreenda, as razões da sua detenção⁵⁰. Sem a proteção supramencionada, grande parte das outras garantias fragilizam-se em sua essência como, por

⁴³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos**. 11 de outubro de 2016. Entrevista concedida a Professor Siddharta. Disponível em: < <https://jusgentium.com.br/2016/11/11/professor-siddharta-entrevista-o-juiz-cancado-trindade/> > . Acesso em: 15 de outubro de 2017.

⁴⁴ Idem 43

⁴⁵ Idem 43

⁴⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Os Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos* uma análise comparativa dos sistemas interamericano, europeu e africano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. - Direitos e ciências afins. V. 9

⁴⁷ Idem 43

⁴⁸ COUNCIL OF EUROPE, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Guide on Article 5 of The Convention Right to Liberty and Security*. Disponível em: < http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_ENG.pdf > . Acesso em: 15 de outubro de 2017.

⁴⁹ Idem 48

⁵⁰ 5(2) EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **European Convention on Human Rights** . Article 5(2). Disponível em: < http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf > . Acesso em: 10 de maio de 2016

exemplo, no artigo 6 (3)(c), da ECHR é resguardado que qualquer indivíduo acusado de uma infração penal terá o direito de elaborar a defesa por intermédio de uma assistência jurídica ou por si próprio. O cidadão, entretanto, se não souber quais são as efetivas acusações mitigadas em face dele, não terá como estabelecer uma defesa coerente e, conseqüentemente, tornará o processo eivado de vício, bem como incompatível com as normas estabelecidas no *due process of law*. Por fim, a Corte Regional reconhece a importância deste direito, por isso, no caso *Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom*, mesmo a corte rejeitando o pleito de violação ao artigo 5 § 2, fez a seguinte ressalva:

Paragraph 2 of Article 5 (art. 5-2) contains the elementary safeguard that any person arrested should know why he is being deprived of his liberty. This provision is an integral part of the scheme of protection afforded by Article 5 (art. 5): by virtue of paragraph 2 (art. 5-2) any person arrested must be told, in simple, non-technical language that he can understand, the essential legal and factual grounds for his arrest, so as to be able, if he sees fit, to apply to a court to challenge its lawfulness in accordance with paragraph 4 (art. 5-4) (see the *van der Leer* judgment of 21 February 1990, Series A no. 170, p. 13, § 28). Whilst this information must be conveyed "promptly" (in French: "dans le plus court délai"), it need not be related in its entirety by the arresting officer at the very moment of the arrest. Whether the content and promptness of the information conveyed were sufficient is to be assessed in each case according to its special features⁵¹.

O artigo 6 da ECHR tem como tópico específico o direito ao fair trial, protegendo os direitos intrínsecos a processos da esfera penal e civil. Muitas são as garantias previstas neste artigo como, por exemplo, presunção de inocência, direito a um interprete, caso o acusado não fale a língua oficial do tribunal, entre outros. Entretanto, grande parte das garantias previstas no artigo 6 apenas incidem no âmbito penal. Sendo, portanto, o parágrafo 1 um dos grandes garantidores da essência do fair trial, aplicável na esfera penal e civil, cujo todo indivíduo tem direito a uma audiência pública e justa num prazo razoável, presidida por um tribunal independente e imparcial estabelecido por lei⁵². Neste sentido, a corte, em um caso penal, assevera:

Although the notion of the separation of powers between the political organs of government and the judiciary has assumed growing importance in the Court's case-law (see *Stafford v. the United Kingdom* [GC], no. 46295/99, § 78, ECHR 2002-IV), neither Article 6 nor any other provision of the Convention requires States to comply with any theoretical constitutional concepts regarding the permissible limits of the powers' interaction (see *Kleyn and Others v. the Netherlands* [GC], nos. 39343/98, 39651/98, 43147/98 and 46664/99, § 193, ECHR 2003-VI, and *Sacilor-Lormines v. France*, no. 65411/01, § 59, ECHR 2006-XIII). The question is always whether, in a given case, the requirements of the Convention are met and

⁵¹ *Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom*, § 40. Apud, COUNCIL OF EUROPE, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Guide on Article 5 of The Convention Right to Liberty and Security*. Disponível em: < http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_ENG.pdf > . Acesso em: 15 de outubro de 2017.

⁵² EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **European Convention on Human Rights** . Article 6(1). Disponível em: < http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf > . Acesso em: 10 de maio de 2016

in the present case the Court has to determine whether the assessor B.R.-G. who tried the applicants in the first-instance court had the required “appearance” of independence (see *McGonnell v. the United Kingdom*, no. 28488/95, § 51, ECHR 2000-II).⁵³

A Corte, em um caso de natureza civil, afirma:

The Court emphasises in this connection that the scope of the State’s obligation to ensure a trial by an “independent and impartial tribunal” under Article 6 § 1 of the Convention is not limited to the judiciary. It also implies obligations on the executive, the legislature and any other State authority, regardless of its level, to respect and abide by the judgments and decisions of the courts, even when they do not agree with them. Thus, the State’s respecting the authority of the courts is an indispensable precondition for public confidence in the courts and, more broadly, for the rule of law. For this to be the case, the constitutional safeguards of the independence and impartiality of the judiciary do not suffice. They must be effectively incorporated into everyday administrative attitudes and practices. The Court further observes that judicial independence and impartiality, as viewed from an objective prospective, demand that individual judges be free from undue influence – not only from outside the judiciary, but also from within.(...)(see *Parlov-Tkalčić v. Croatia*, no. 24810/06, § 86, 22 December 2009, with further references).⁵⁴

Independente do tipo de mitigação perante o sistema regional europeu, a Corte tem uma intensa preocupação em avaliar a independência e imparcialidade do órgão julgador. Pelos motivos expostos, pode ser afirmado que a ideia de separação de poderes entre os órgãos políticos do poder público e do judiciário está adquirindo um papel que alta relevância na jurisprudência⁵⁵, pois é um método de garantir a imparcialidade e, por consequência, proteger as garantias previstas no fair trial.

Por fim, devem ser mencionados os artigos 3 e 7 da convenção. O artigo 3 resguarda a proibição a tortura, prática proibida no direito internacional, como previamente exposto no presente artigo. No que se refere ao artigo 7, a corte afirma que:

⁵³ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of Henry Urban and Ryszard Urban v. Poland. Application no. 23614/08. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-101962"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)> . Acesso em: 15 de outubro de 2017. Apud, COUNCIL OF EUROPE, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights* Right to a fair trial (criminal limb). Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf> . Acesso em: 15 de outubro de 2017.

⁵⁴ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of Agrokompleks v. Ukraine. Application no. 23465/03. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-106636"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)> . Acesso em: 15 de outubro de 2017. Apud, COUNCIL OF EUROPE, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights* Right to a fair trial (civil limb). Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf> . Acesso em: 15 de outubro de 2017.

⁵⁵ COUNCIL OF EUROPE, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights* Right to a fair trial (criminal limb). Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf> . Acesso em: 15 de outubro de 2017.

the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (nullum crimen, nulla poena sine lege). While it prohibits in particular extending the scope of existing offences to acts which previously were not criminal offences, it also lays down the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy. It follows that offences and the relevant penalties must be clearly defined by law. This requirement is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him criminally liable.⁵⁶

5. CONCLUSÃO

Frente ao exposto, é possível observar a relevância do tema em análise, devido a necessidade da manutenção e observância do due process of law para que direitos e garantias que resguardam uma série de Direitos Humanos, sejam preservados como, por exemplo, dignidade do ser humano, proibição a tortura, entre outros. Ademais, o devido processo legal possibilita ao julgador analisar os pleitos/ acusações, sem que haja algum vício que macule a decisão. Consoante reflexo da efetiva preocupação dos Estados em resguardar e aplicar o due process of law, muitas normas inerentes ao fair trial são, atualmente, consideradas normas costumeiras devido aos presentes elementos do state practice e opinio juris.

Por fim, permanece comprovado a complexidade do devido processo legal, por causa do arcabouço normativo necessário para a devida composição do due process of law, que assegura o fair trial. Fica igualmente atestado o papel fundamental que os Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos veem desempenhando na proteção e aplicação deste denso conjunto de normas que compõe o due process of law.

6. REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 10 dezembro 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 15 de outubro de 2017.

A v. Australia, Communication No. 560/1993. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws560.html>>. Acesso em: 15 de outubro de 2017.

BRASIL. Decreto no 7.030. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2016

⁵⁶ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case Coëme and Others v. Belgium. Applications nos. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-59194"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Acesso em: 15 de outubro de 2017. Apud, COUNCIL OF EUROPE, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights* No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_7_ENG.pdf>. Acesso em: 15 de outubro de 2017.

- BRASIL. Decreto no 592/92. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, concluído em 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2016
- BRASIL. Decreto no 678/92. Promulga Convenção Americana sobre Direitos Humanos, concluído em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 15 de outubro de 2017
- BURKE-WHITE, William W. Human Rights in the Inter-American System. *International Studies Journal*, Vol. 1, No. 2. 2004
- Communications No. 1117/2002, Saodat Khomidova v. Tajikistan.
- Communications No. 253/1987, Kelly v. Jamaica, U.N. Doc. CCPR/C/41/D/253/1987 at 60 (1991)
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. A Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados. Parecer Consultivo OC-18/03. 17 setembro 2003
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. 23 novembro 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf> . Acesso em: 15 de outubro de 2017.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Direitos e Garantias de Crianças no Contexto da Migração e/ou em Necessidade de Proteção Internacional. Parecer Consultivo OC-21/14. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf> . Acesso em: 15 de outubro de 2017.
- COUNCIL OF EUROPE, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Guide on Article 5 of The Convention Right to Liberty and Security. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_ENG.pdf> . Acesso em: 15 de outubro de 2017.
- COUNCIL OF EUROPE, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights Right to a fair trial (civil limb). Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf> . Acesso em: 15 de outubro de 2017.
- COUNCIL OF EUROPE, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights Right to a fair trial (criminal limb). Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf> . Acesso em: 15 de outubro de 2017.
- COUNCIL OF EUROPE, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_7_ENG.pdf> . Acesso em: 15 de outubro de 2017.
- COUNCIL OF EUROPE, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. References to the Inter-American Court of Human Rights and Inter-American Instruments in the case-law of the European Court of Human Rights. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_inter_american_court_ENG.pdf> . Acesso em: 15 de outubro de 2017.

- CRAWFORD, James. *Browlie's Principle of Public International Law*. 8 Ed. Reino Unido: Oxford University Press, 2012.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of Agrokompleks v. Ukraine. Application no. 23465/03. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-106636"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)> . Acesso em: 15 de outubro de 2017.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case Coëme and Others v. Belgium. Applications nos. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-59194"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)> . Acesso em: 15 de outubro de 2017.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of Henry Urban and Ryszard Urban v. Poland. Application no. 23614/08. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-101962"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)> . Acesso em: 15 de outubro de 2017.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. European Convention on Human Rights . Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf> . Acesso em: 10 de maio de 2016
- General Comment 13, supra note 16, para 9. Basic Principles on Lawyers, supra note 6, Principle 21
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. Jorge, José and Dante Peirano Basso (Uruguay), Report No. 86/09. Case 12.553 . (Merits) 6 agosto 2009
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. Report on Immigration in the United States: Detention and Due Process. Doc. 78/10, 30 dezembro 2010
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. What is the IAHCR? Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/what.htm>>. Acesso em: 15 de outubro de 2017
- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. Practice Relating to Rule 100. Fair Trial Guarantees. Disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cha_chapter32_rule100_sectionc> . Acesso em: 15 de outubro de 2017
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Nuclear Tests Case (Australia v France) .Merits. [1974] ICJ Rep 253.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. QUESTIONS CONCERNANT L'OBLIGATION DE POURSUIVRE OU D'EXTRADER (BELGIQUE c. SÉNÉGAL). Separate opinion of Judge Cançado Trindade. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17072.pdf>> . Acesso em: 11 de dezembro de 2016.
- PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. Exchange of Greek and Turkish Populations (Greece v Turkey) . Advisory Opinion. [1925] Series B no 10. P. 20.
- HART, James W. *The European Human Rights System*. Disponível em: <http://scholarship.law.uc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=lib_pub> . Acesso em: 15 de outubro de 2017.
- HENKIN, Luis. *The Age of Rights* (New York: Columbia University Press, 1990), p. 19, apud, HANNUM, Hurst. *The UDHR in National and International Law*. Disponível em: <<https://cdn2.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/13/2014/04/16-Hannum.pdf>>. Acesso em: 06 de dezembro de 2016.

- HUMAN RIGHTS COMMITTEE. General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32 (2007)
- HUMAN RIGHTS COMMITTEE. General comment No. 35, Article 9 (Liberty and security of person). U.N. Doc. CCPR/C/GC/35 (2014)
- LAWYERS COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS. What Is Fair Trial? A Basic Guide to Legal Standards and Practice. Disponível em: <<http://docplayer.net/86029-What-is-a-fair-trial.html>>. Acesso em: 28 de setembro de 2016.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Os Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos uma análise comparativa dos sistemas interamericano, europeu e africano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. - Direitos e ciências afins. V. 9
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. The Inter-american Human Rights Protection System: Structure, Functioning and Effectiveness in Brazilian Law. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XI, 2011.
- ROBINSON, Patrick. The Right to a Fair Trial in International Law, with Specific Reference to the Work of the ICTY. Disponível em: <http://bjil.typepad.com/publicist/2010/01/the-right-to-a-fair-trial-in-international-law-with-specific-reference-to-the-work-of-the-icty.html#_edn1>. Acesso em: 15 de outubro de 2017.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado . A Corte Interamericana de Direitos Humanos. 11 de outubro de 2016. Entrevista concedida a Professor Siddharta. Disponível em: <<https://jusgentium.com.br/2016/11/11/professor-siddharta-entrevista-o-juiz-cancado-trindade/>> . Acesso em: 15 de outubro de 2017.
- UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, Gabriela Rodríguez Pizarro Human rights of migrants deprived of their liberty. E/CN.4/2003/85. 30 dezembro 2002. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/102/37/PDF/G0410237.pdf?OpenElement>> . Acesso em: 15 de outubro de 2017.
- UNITED NATIONS. History of the Document. Disponível em: <<http://www.un.org/en/sections/universal-declaration/history-document/>> . Acesso em: 15 de outubro de 2017.
- UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. Basic Principles on the Independence of the Judiciary (resolution 40/32). 29 novembro 1985.

Abordagem introdutória aos regimes da prescrição e da caducidade nos sistemas tributários Portugêses e Espanhol

Ana Paula Morais Pinto da Cunha¹

Universidade de Vigo

Capítulo I – Breve introdução ao princípio da certeza Jurídica

Na atuação das administrações públicas tributárias o princípio da confiança jurídica, também denominado protecção da confiança legítima, constitui um princípio geral de direito em virtude do qual algumas expectativas, derivadas de situações de confiança criadas pela conduta e comportamento dos poderes públicos, produzem efeitos jurídicos.

A doutrina e jurisprudência alemã e espanhola, defendem a boa fé como fundamento da protecção da confiança enquanto que a dominante doutrina portuguesa defende que o princípio da confiança é um corolário do princípio da legalidade.

Este princípio, também denominado protecção da confiança legítima, encontra a sua origem no direito alemão, no qual a protecção da confiança legítima é um princípio geral de direito que deriva do princípio da segurança jurídica. Porém, o Tribunal Federal não qualificou este princípio como um direito fundamental incluído na Lei Fundamental da República Federal Alemã.

O Direito da União Europeia, acolheu o princípio da confiança legítima assumido jurisprudencialmente pelo Tribunal de Justiça.

Conforme ensina Patricia Rubio² no ordenamento da união europeia o princípio da confiança legítima é uma manifestação subjectiva do princípio da segurança jurídica dificultando uma definição de princípio geral de direito já que a protecção da confiança legítima depende das circunstancias que caso a caso determinam a aplicação e virtualidade desse princípio. Todavia Patricia Rubio atreve-se a definir este conceito, no seio da União Europeia, como sendo um princípio geral de direito da União Europeia, em virtude do qual, como manifestação subjectiva do princípio da segurança jurídica, as instituições e organismos da união europeia e ou dos Estados membros em aplicação ao direito da União, que tendo infundido a uma pessoa confiança na sua atuação não pode adotar uma modificação de comportamento exceto se interesse publico justificar essa modificação.

Este princípio foi também acolhido no direito tributário espanhol e constitui um corolário da previsão da caducidade e da prescrição nos procedimentos

¹ Licenciatura Pré-Bolonha em Ciências Jurídico- Económicas, concluída em 1987, Pós Graduada Com Diploma de Especialização em Gestão da Administração Pública, Inspectora Tributária, a exercer cargo de chefia na Autoridade Tributária, investigadora do IJP, Doutoranda na Universidade de Vigo na Faculdade de Ciências Xurídicas e do Trabalho anappcunha@gmail.com

² ROYO, Fernando Perez , "Derecho Financeiro Y Tributário- Parte General, Tratados e Manuais" Thomson Reuters, 26ª Edição, p 103-104

tributários (Const. Art.9.3) permitindo evitar situações indefinidas de pendência no exercício de direitos³.

Rafael Ortega⁴define que la seguridad jurídica“Es lo que se há definido sinteticamente como «saber a quê atenerse» en las relaciones jurídicas y principalmente, en el Derecho Público”

Capítulo II –A Prescrição e a caducidade à luz do sistema Tributário Espanhol.

Prescrição

No sistema jurídico espanhol o instituto da prescrição produz-se pela falta de exercício de um direito por parte do credor, aliada à falta de reconhecimento desse mesmo direito por parte do devedor.

A regulação da prescrição deve obedecer ao princípio da legalidade, quer no que respeita à definição e modificação de prazos, quer para prever causas de interrupção LEFEBVRE, defende que a caducidade e a prescrição assentam sobre os seguintes elementos estruturais e neles se diferenciam, porquanto:

Inatividade ou a falta de exercício de uma situação subjectiva- Na prescrição falta uma atuação concreta por parte do titular da posição jurídica, enquanto que na caducidade o silêncio tem de ser absoluto. A inatividade na prescrição é material enquanto que na caducidade é formal.

Tempo- É a medida da inatividade e o que diferencia os dois institutos é que na caducidade a sua marcha não é susceptível de interrupções, ao contrário da prescrição que permite a interrupção, reiniciando desde o princípio.

Extinção- Este efeito é extensível aos dois institutos. A inatividade durante o período normativamente predeterminado faz extinguir a situação jurídica que se disfrutava ou que se aspirava disfrutar. No Direito Publico este efeito é extintivo e irrenunciável pelo seu beneficiário, e é do conhecimento oficioso.

Extensão e efeitos da prescrição

O artº 69º nº 1 e 2 e o artº 115º nº 1 e 2 da Ley General Tributária, na redacção dada pela Lei 34/2015, atribuem como efeito da prescrição a extinção de direitos e de obrigações tributárias.

No direito Tributária a prescrição é do conhecimento oficioso, mesmo nos casos em que já está pago,(ao contrário do entendimento no sistema português, no qual se entende que o pagamento de uma dívida tributária prescrita não tem retorno nem direito a restituição por constituir uma obrigação natural) sem prejuízo de ser invocada pelo obrigado tributário.

A prescrição não afeta o direito da Administração a comprovar e a investigar as circunstancias determinantes da obrigação para verificar o correto cumprimento, desde que dessa comprovação ou investigação não resulte a liquidação de um dívida prescrita.

³ LEFEBVRE, Francis “ Memento Prático- Procedimentos Tributários- 2017-2018, p.286

⁴ ORTEGA, Rafael Calvo, VÉRGEZ, Juan Calvo “Curso de Derecho Financeiro- I. Derecho Tributário- Parte General Y Parte especial. II Derecho Presupuestario- Tratados e Manuais” Thomson Reuters, 20ª Edição, p 74.

Todavia a administração não pode certificar dados referentes a obrigações tributárias a respeito das quais haja prescrito o direito da Administração para determinar a dívida mediante a oportuna liquidação.

LEFEBVRE distingue os efeitos da prescrição,⁵ dos quais selecionamos:

Prescrição do direito de liquidar, que se verifica quando ocorrem as seguintes situações : Se o obrigado não apresentou autoliquidação e a Administração Tributária não procedeu oficiosamente à liquidação provisória dentro do prazo de prescrição, ocorre a inexigibilidade da obrigação tributária ; se o obrigado apresentou autoliquidação e a Administração Tributária não procedeu oficiosamente à liquidação provisória dentro do prazo de prescrição, ocorre a inalterabilidade da obrigação tributária; se a Administração Tributária procedeu oficiosamente à liquidação provisória dentro do prazo de prescrição, tenha ou não o obrigado apresentado autoliquidação, ocorre a inalterabilidade da liquidação que passa a ser definitiva.

Prescrição do direito de a Administração cobrar a dívida tributária, liquidada ou autoliquidada.

Determina a impossibilidade de a administração exercer a sua autotutela executiva, não podendo exigir o pagamento de uma dívida prescrita, esta regulado na Lgt nos artigos 66 a 70.

Prazos de prescrição e efeitos

A Ley General Tributária, estabelece prazos de prescrição no art. 66, para o exercício de direitos. O prazo comum é de 4 anos nomeadamente para o exercício do direito de liquidar a dívida, para o direito de exigir a dívida e para o direito de solicitar devoluções. O inicio da contagem do prazo é fixado individualmente para cada suposto(artº 67º da LGT) e na falta de indicação seguem as regras gerais do computo do prazo previstas para o Direito Civil e Administrativo⁶ Por falta de tempo, não nos é permitido analisar todos os direitos prescritos, mas contudo não podemos deixar de referir o artº 189º da LGT, que determina que o prazo para impor sanções tributárias administrativas, no âmbito do direito sancionatório previsto no artº 178, é de 4 anos.

Distintos do direito sancionatório administrativo são os Delitos Contra a Hacienda regulados No Titulo XIV do Livro II do Código Penal, em que o prazo geral é de 5 anos, podendo ser alargado de acordo com a gravidade do crime.

Os efeitos da prescrição aproveita, em regra, a todos os obrigados tributários(art.69)extingue a dívida tributaria e é do conhecimento oficioso.

Interrupção

Na LGT são alguns os exemplos de suspensão e muitos os exemplos de interrupção dos prazos de prescrição, descritos nos artºs 68 e 262. 1 e 262.4. A prescrição da dívida determina também a própria prescrição do direito sancionatório administrativo.(art.190)

Caducidade

PEREZ ROYO⁷ distingue claramente dois tipos de caducidade previstos na Ley General Tributária. A caducidade de acção ou do direito e a caducidade do procedimento.

⁵ LEFEBVRE Francis " Memento Prático- Procedimentos Tributários- 2017-2018, p.287

⁶ LEFEBVRE Francis " Memento Prático- Procedimentos Tributários- 2017-2018, p.288

⁷ Royo, Fernando Peres , "Derecho Financiero Y Tributário- Parte General, Tratados e Manuais" Thomson Reuters, 26ª Edição, p. 261

Patricia Rubio⁸ defende que o conceito de caducidade na Ley General Tributaria traduz-se na inactividade por parte da Administración Tributaria, denominada por caducidade de ação.

Por seu turno a LGT prevê no art. 104.4 a caducidade dos procedimentos oficiosos sempre que ocorra falta de resolução expressa da Administración Tributaria e desde que se esteja perante procedimentos susceptíveis de produzir efeitos desfavoráveis ou de agravamento, nomeadamente nos seguintes procedimentos:

El Procedimiento iniciado mediante declaración - artº 130º al. b
El Procedimiento de verificación de datos- artº 133.1.d
El Procedimiento de comprobación limitada – art.139.1.b
El procedimiento sancionador - -art. 211.4
El procedimiento de decisión de actos nulos de pleno derecho- art. 217.6.a
La declaración de lesividad de actos anulables- art. 218.3
La renovación – art. 219.4
La rectificación de errores– art. 220.2 a.
La devolución de ingresos indevidos- art. 221.1

O prazo de caducidade, não se aplica ao procedimento inspectivo nem ao procedimento de recursos e reclamações⁹.

De acordo com o apartado 4 do articulo 211 de la LGT¹⁰ a caducidade impede a iniciação de um novo procedimento sancionador de modo a prevenir o princípio non bis in idem, mas não obsta, nos termos do artº 104º apartado 5 da la LGT a que todos os atos realizados bem como todos os documentos e elementos de prova recolhidos no âmbito do referido procedimento, conservem a sua validade e eficácia nos efeitos probatórios em outros procedimentos iniciados contra o obrigado tributário ou outros .

No mesmo sentido o Tribunal Supremo (STS de 27 de septiembre de 2002 (RJ2002/8289)) no fundamento de derechoº 1, “ la caducidade-perención unicamente significa que el expediente o actuaciones administrativas practicadas han perdido su eficacia intrínseca por haber permanecido paralizado durante el tiempo máximo que la ley senalo para su conclusión..,

A caducidade de ação não se limita apenas aos procedimentos oficiosos pois a Ley General Tributaria prevê também no art. 104. 3 da inactividade do interessado “ cuando se produzca la paralización del procedimiento por causa imputable al obligado tributario, la Administración le advertirá que , transcurrido tres meses, podrá declarar la caducidad del mismo”

A caducidade nestes casos faz com que o procedimento se conclua sem que a Administración Tributaria se pronuncie sobre a questão controvertida, pelo que apenas ocorre a caducidade quando se encontram reunidos os seguintes requisitos: A inactividade deve ser relevante e indispensável para a resolução, deve ser o obrigado advertido formalmente da possibilidade de caducidade, e depois dessa advertência durar a inactividade por 3 meses. A caducidade por inactividade do

⁸ RUBIO, Patricia Diaz, “ El principio de Confianza Legítima en Materia Tributaria”, Tirant Tributario, Valencia 2014, p.266 e 267

⁹ Opus, De la Pena Velasco, G “ Inactividade e incumplimiento de plazos por la Administration tributaria Y la position jurídica del obligado tributario. P 423

¹⁰ RUBIO, Patricia Diaz, “ El principio de Confianza Legítima en Materia Tributaria”, Tirant Tributario, Valencia 2014, p 267, referência nº 567 (na opinião de Martinez Giner , L:A “ la caducidad de los procedimientos tributarios en la nueva Ley General Tributaria” Quinzena Fiscal. Revista de actualidad fiscal.núm. 11.2004, p.25, de la versión electrónica disponible en www.westlaw.es-)

obrigado tributário não caduca ope legis, pois depende de um ato administrativo formal e constitutivo, que se traduz na declaração da caducidade por parte da AT Patricia Royo entende que como consequência da caducidade, do procedimento decorre o arquivamento das atuações apresentadas pelo obrigado tributário, sem que produza efeitos no prazo de prescrição dos direitos da Administração Tributária pois os procedimentos caducados não interrompem o prazo de prescrição.¹¹

Os procedimentos da iniciativa do obrigado tributário sujeitas à declaração de caducidade por inactividade são os previstos nos artículos 127º (el procedimiento de devolución iniciado mediante autoliquidación, solicitud o comunicación de datos) e artículo 238.2(procedimiento económico-administrativo.

Interessa, de todo o exposto, resumir que a declaração de caducidade pode ocorrer em

- Prejuízo ao obrigado tributário – Nos casos em que o procedimento foram iniciados pelas partes e ocorra a caducidade por inércia do próprio obrigado tributário.
- Prejuízo à Administração Tributária –Nos casos em que os procedimentos, susceptíveis de produzir efeitos desfavoráveis ou de agravamento devam ser iniciados oficiosamente, em que o decurso do prazo máximo para resolver, sem que esteja decidido, determina a conclusão do procedimento por caducidade.

Efeitos da declaração de caducidade

O art. 104.5 da LGT, define que a uma vez verificada a caducidade ela é declarada oficiosamente e provoca o arquivo das atuações. Este efeito não significa que ocorra a prescrição ou extinção dos direitos da Administração Tributária, mas apenas que caducou o procedimento, podendo ser instaurado um outro desde que não tenha decorrido o prazo de prescrição. Ainda sobre este assunto, convém analisar que o início dos procedimentos oficiosos, determina, em muitos casos a interrupção do prazo de prescrição dos direitos ou faculdades da Administração Tributária. Por tal interessa aqui expor que ocorrendo a caducidade nesses procedimentos por falta de resolução dentro do prazo máximo, o efeito interruptivo da prescrição, entende-se como não produzido.

Como segundo efeito Perez Royo¹² refere que o início do procedimento oficioso determinava que as atuações posteriores do obrigado tributário não eram consideradas espontâneas e por tal anulava a possibilidade, entre outras, de pagamentos espontâneos. Ora este efeito entende-se como não produzido nos procedimentos caducados por decurso do prazo máximo, de forma a que se houver pagamentos, após a instauração do procedimento caduco, passam a ser considerados espontâneos.

Capítulo II –A Prescrição e a caducidade à luz do sistema Tributário Português.

Estado de Arte

Sobre as questões da prescrição e da caducidade evidenciam-se os prolíferos ensinamentos, que constituem a base de referência de muitos acórdãos, nas obras editadas e revistas intituladas “Sobre a Prescrição da Obrigação Tributária “ referindo-me, a Jorge Lopes de Sousa¹³, que gizou um manual prático de métodos e regras para auxiliar a espinhosa tarefa de contagem de prazos

¹¹RUBIO, Patricia Diaz, “ El principio de Confianza Legítima en Materia Tributaria”, Tirant Tributario, Valencia 2014, p 268

¹² ROYO, Fernando Peres, “Derecho Financiero Y Tributário- Parte General, Tratados e Manuais” Thomson Reuters, 26ª Edição, p. 263

¹³ SOUSA, Jorge Lopes de “Sobre a Prescrição da Obrigação Tributária - Notas Práticas, 2 Edição, Áreas Global, 2010

de prescrição, que com as várias sucessões e alteração de normas, vêm ora suspender ora interromper, ou interagir com esses efeitos, exigindo do intérprete e legislador, a descoberta desses "jogos intelectuais", que mais parecem lógicos do que dedutivos. Como já havíamos referido, não olvidamos, neste artigo aprofundar essa matéria nem expor as opiniões divergentes propostas por outros autores¹⁴ nem tão pouco destacar os valiosíssimos contributos da Jurisprudência que, com grande rigor e ciência, têm interpretado e aplicado o que à caducidade e prescrição lhe reservam as normas dos artºs 45º, 46º 48 e 49º da LGT, incluindo as causas de suspensão e interrupção, sendo exemplo o Acórdão do STA de 28-03- 2012 processo 0213/12, da 2º Secção e o Acórdão do STA Processo:0883/12 de 19-09-2012 da 2ª Secção

Conceitos

No sistema normativo tributário são muitas vezes confundidas as figuras jurídicas da caducidade e da prescrição. Porém ambas encontram-se sujeitas ao princípio da legalidade, por força do princípio constitucional previsto no artº 103º da Constituição da República Portuguesa, veio a ser consagrado no nº 2 do artº 8º da LGT¹⁵, e por tal sujeitas ao princípio da reserva de lei não sendo possível o recurso à analogia. Ambos os institutos, no plano tributário são importantes para a certeza e segurança jurídicas dos contribuintes tendo, a propósito da caducidade se manifestado o Acórdão do TCA, Sul, de 06/10/2012¹⁶, quando refere que aquele instituto tem como fundamento a certeza de que ao fim de certo lapso de tempo as situações jurídicas se tornam certas e inatacáveis. Por via delas, colocam-se questões relevantes sobre a substância (legalidade da liquidação) e sobre a exigibilidade (prescrição) das obrigações tributárias, evidenciando que os prazos de prescrição e de caducidade fazem parte do elenco das garantias essenciais dos contribuintes.

A lei portuguesa, relativamente aos impostos distingue claramente entre " o direito à liquidação e o direito à cobrança do imposto liquidado. Ao primeiro aplica-se o instituto da **caducidade**, ao segundo o instituto da **prescrição**."¹⁷

Nos casos em que o contribuinte não apresenta uma declaração de imposto, ou apresentando-a é apurado, por exemplo através de uma fiscalização, que essa declaração não corresponde à realidade, ¹⁸permite à Administração Tributária proceder à liquidação do imposto, em regra no prazo (CADUCIDADE) de 4 anos.

Na opinião de José Maria Pires¹⁹ a caducidade do direito á liquidação no Direito Tributário, mais propriamente no artº 45º da LGT, tem vários propósitos destacando-se entre eles

¹⁴ Duarte, (s.d.). Serena Cabrita Neto / Cáludia Reis. O Regime da Contagem do Prazo de Prescrição no Direito Tributário- Certeza e Segurança Jurídicas. In AA., *Estudos em Mémória do Prof. Doutor J.L Saldanha Sanches, Volume V.*

¹⁵ Artº 8º nº 2 da LGT- *Estão ainda sujeitos ao princípio da legalidade tributária:*
a) *A liquidação e cobrança dos tributos, incluindo os prazos de prescrição e caducidade;*

¹⁶Processo 05594/12- <http://www.dgsi.pt/home.nsf?OpenDatabase>

¹⁷ FAUSTINO, Manuel " As garantias dos contribuintes no Direito Tributário Português : Uma abordagem sistemática e não Problematizante" *Ciência e Técnica Fiscal- Janeiro/junho, 2009*, p 368 e 369

¹⁸ CATARINO, João Ricardo , GUIMARAES, Vasco Branco (coordenadores)" *Lições de Fiscalidade – Volume I – Princípios Gerais e Fiscalidade Interna " 2014- 3ª Ed. Revista, Aumentada e actualizada, Almedina, p.196*

¹⁹ PIRES, José Maria Fernandes Pires (Cordenador), BULCÃO, Gonçalo, VIDAL, José Ramos. MENESES, Maria João " *Lei Geral Tributária- Comentada e Anotada,*"Almedina, 2015, p. 401

- o fator de estabilidade nas relações jurídico tributárias, pois permite definir, num prazo razoável a situação do obrigado tributário.
- um prazo razoável para a administração tributária desempenhar as suas funções de controlo, fiscalização e verificação do cumprimento das obrigações.
- a caducidade determina a extinção do direito à liquidação, ficando a AT, decorrido esse prazo inibido de praticar ato de liquidação.

Porém a exigibilidade do tributo exige não só a liquidação como também a válida notificação do obrigado tributário, incluindo a fundamentação, dentro do referido prazo de caducidade, como é também opinião de Diogo Leite Campos²⁰, sendo que a falta de notificação da liquidação do tributo em falta dentro do prazo de caducidade, é um motivo idóneo para a interposição de oposição á execução fiscal, conforme previsto no n.º 1 da alínea e) do art.º 204º do CPPT

Nos casos em que a liquidação tenha sido validamente notificada ao contribuinte e este, por esquecimento ou ato deliberado, não tenha procedido ao pagamento, a lei determina um prazo(PRESCRIÇÃO) para que Estado possa efectivar a cobrança, que é em regra de 8 anos.

Causas suspensivas e interruptivas

Na caducidade o prazo, não se interrompe, apenas se suspende nos termos previstos no artº 46º da Lei Geral Tributária, destacando-se, entre outros, a suspensão com a notificação ao contribuinte, da ordem de serviço ou despacho de uma acção de inspecção externa, caso a sua duração não ultrapasse os 6 meses, bem como nos casos em que tenha sido apresentada reclamação graciosa, impugnação, ou pedido de revisão da matéria colectável, suspendendo-se desde a apresentação do pedido até à decisão.

Ao contrário, no instituto da prescrição (artº 48º da LGT) o prazo interrompe-se e suspende-se (artº 49º da LGT). A interrupção tem como efeito eliminar o tempo decorrido até à interrupção, recomeçando a contagem do novo período.

As causas interruptivas ou suspensivas do prazo de prescrição devem ser analisadas em função da legislação vigente à data. Por esse facto, com a entrada em vigor da Lei 53-A/2006 de 29/12 , o facto interruptivo só pode ter lugar uma única vez com o facto que se verificar em 1.º lugar (actual art. 49.º, n.º 4 da LGT). Daqui resultam duas situações uma é que se o mesmo teve lugar antes da entrada em vigor da Lei 53-A/2006 de 29/12, ou seja, antes de 01/01/2007, já não poderá ocorrer qualquer outra interrupção no processo a partir de 01/01/2007, e outra é de que anteriormente a essa data as interrupções poderiam ser sucessivas,

A suspensão da contagem do prazo de prescrição, pode ocorrer quando tenha havido pedidos de pagamento prestacional - art. 49.º, n.º 4 da LGT; com o despacho de prosseguimento da acção de recuperação de empresas e falência ou a declaração de insolvência; enquanto não houver decisão definitiva ou trânsito em julgado em caso de reclamação graciosa, impugnação, recurso e oposição, desde que estes meios de reacção tenham determinado a suspensão do processo de execução e com a apresentação de oposição, desde que seja causa de suspensão da execução;

Quanto às infracções, e ao contrário do sistema tributário espanhol, a Lei 15/2001 de 5 de Junho aprovou o RGIT- Regime Geral das Infracções Tributárias, que

²⁰ CAMPOS, Diogo Leite / Rodrigues, Benjamim / Sousa, Jorge Lopes de – *Lei Geral Tributária, Comentada e anotada de Diogo Leite de Campos, Benjamim da Silva Rodrigues e Jorge Lopes de Sousa*, 3.º edição, Vislis editores p206.

contempla e reúne todas as infrações tributárias, quer as contra-ordenações quer os crimes.

A LGT não contempla qualquer efeito na caducidade (artºs 45º e 46º) nem na prescrição (artºs 48º e 49º) quando instaurada uma contra ordenação, mas prevê a suspensão da prescrição desde a instauração de inquérito criminal até ao arquivamento ou trânsito em julgado da sentença, sendo este fator, na caducidade, motivo para alargar o seu prazo, como a seguir veremos.

A contagem dos prazos de prescrição e caducidade

O início da contagem do prazo de caducidade e do prazo de prescrição, aplica-se aos dois institutos e computam-se consoante se trate de impostos de obrigação periódica ou obrigação única (IMT).

As regras nos impostos periódicos (como é exemplo o IRS e o IRC) consistem no início da contagem do prazo a partir do termo do ano em que se verificou o facto tributário. Nos impostos de obrigação única a contagem do prazo conta-se a partir da data do facto tributário, excepcionando nestes o IVA e impostos sobre o rendimento , quando a tributação seja efectuada por retenção na fonte a título definitivo, caso em que o prazo se conta a partir do início do ano civil seguinte àquele em que se verificou o facto tributário.

Os prazos

O prazo de caducidade é em regra de 4 anos, sem prejuízo das referidas causas de suspensão. No caso de situações de inquérito criminal pode, de acordo com o nº 5 do artº 45º da LGT, alargar-se para um período bastante mais largo, As dívidas tributárias prescrevem, em regra, no prazo de 8 anos, sem prejuízo das referidas causas de suspensão ou interrupção.

Conclusão

Quer seja residente em Portugal ou em Espanha são inúmeras as situações em que um contribuinte pode ser confrontado para pagar uma dívida ou ser notificado da uma liquidação, devendo, em nome da segurança e certeza jurídica, ter a noção de que existe um tempo para as Administrações Tributárias exercerem esse direito, findo o qual, poderá encontrar-se prescrita ou caducado esse direito. Ambos os institutos, a prescrição e caducidade, apresentam diferentes configurações e até conceitos confundíveis, consoante estejamos perante o enquadramento que essas figuras têm na Lei Geral Tributária (Portuguesa) e na Ley General Tributária (Espanhola).

Mesmos nesses ordenamentos encontramos prazos e efeitos distintos que modificam as relações jurídicas tributárias.

Não só por questões de assistência mútua mas também pelas relações jurídicas que cada vez mais se desenvolvem num contexto transfronteiriço, preocupamo-nos em descobrir, de uma forma abrangente e introdutória qual o significado, extensão e efeitos dos institutos da caducidade e da prescrição e o papel que desempenham face ao princípio da confiança jurídica, nos sistemas tributários Português e Espanhol.

Com este artigo demos o primeiro passo, ao qual se seguirá uma complexa e profunda análise sobre a caducidade e prescrição, de forma a concretizarmos o objectivo da tese de doutoramento, que a autora propõe " discutir sobre" Os efeitos

da instauração de um inquérito criminal na prescrição e caducidade tributárias”.

BIBLIOGRAFIA ESPANHOLA

- LEFEBVRE, Francis " Memento Prático- Procedimentos Tributários- 2017-2018
- ORTEGA, Rafael Calvo, VÉRGEZ, Juan Calvo "Curso de Derecho Financeiro- I. Derecho Tributário- Parte General Y Parte especial. II Derecho Presupuestario- Tratados e Manuais" Thomson Reuters, 20ª Edição
- ROYO, Fernando Peres , "Derecho Financeiro Y Tributário- Parte General, Tratados e Manuais" Thomson Reuters, 26ª Edição,
- RUBIO, Patricia Diaz, " El principio de Confianza Legítima en Materia Tributaria", Tirant Tributario, Valencia 2014,
- Opus, De la Pena Velasco, G " Inactividade e incumplimiento de plazos por la Administration tributária Y la position jurídica del obligado tributário. P 423
- RUBIO, Patricia Diaz, " El principio de Confianza Legítima en Materia Tributaria", Tirant Tributario, Valencia 2014, p 267, referência nº 567 (na opinião de Martinez Giner , L:A " la caducidad de los procedimientos tributários en la nueva Ley General Tributaria" Quinzena Fiscal. Revista de actualidad fiscal.núm. 11.2004, p.25, de la versión electrónica disponible en

WEB ESPANHOLA

www.westlaw.es-

BIBLIOGRAFIA PORTUGUESA

- CAMPOS, Diogo Leite; RODRIGUES Beijamim Silva; SOUSA Jorge Lopes de " Lei Geral Tributária, Anotada e comentada, 4.º edição, Encontro de Escrita, 2012
- CAMPOS, Diogo Leite / Rodrigues, Benjamim / Sousa, Jorge Lopes de – *Lei Geral Tributária, Comentada e anotada de Diogo Leite de Campos, Benjamim da Silva Rodrigues e Jorge Lopes de Sousa*", 3.º edição, Vislis editores.
- CATARINO, João Ricardo, GUIMARAES, Vasco Branco (coordenadores)" Lições de Fiscalidade – Volume I – Princípios Gerais e Fiscalidade Interna "3ª Ed. Revista, Aumentada e actualizada, Almedina, 2014
- DUARTE (s.d.). Serena Cabrita Neto / Cáludia Reis. O Regime da Contagem do Prazo de Prescrição no Direito Tributário- Certeza e Segurança Jurídicas. In AA., Estudos em Mémória do Prof. Doutor J.L Saldanha Sanches,Volume V.
- FAUSTINO, Manuel " As garantias dos contribuintes no Direito Tributário Português : Uma abordagem sistemática e não Problematicante" Ciência e Técnica Fiscal- Janeiro/junho, 2009
- PIRES, José Maria Fernandes Pires (Cordenador), BULCÃO, Gonçalo, VIDAL, José Ramos. MENESES, Maria João " Lei Geral Tributária- Comentada e Anotada,"Almedina, 2015
- SOUSA, Jorge Lopes de "Sobre a Prescrição da Obrigação Tributária - Notas Práticas , 2 Edição, [Áreas Global](#) , 2010

WEB PORTUGUESA

<http://www.dgsi.pt/home.nsf?OpenDatabase>

http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/legislacao/instrucoes_administrativas/default.htm

Os dados pessoais nas redes sociais – A Diretiva 95/46/CE e o GDPR

Jorge Barros Mendes^{1*}

Escola Superior de Tecnologia e Gestão do IPLeiria

O artigo 35.º da CRP, sob a epígrafe de utilização da informática consagra sim, o direito à proteção de dados pessoais, sendo este um verdadeiro direito fundamental.

Ora, de acordo com tal normativo constitucional,

1. Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a retificação e a atualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei.
2. A lei define o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis

1. Ponto Prévio

A evolução tecnológica, com sistemas de informação cada vez mais eficientes levaram a que os nossos dados pessoais proliferassem na rede e nas organizações, sem que a maior parte das vezes o seu titular disso tenha noção.

Em 1980, o Conselho da Europa através da Convenção 108² e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico tentaram estabelecer as linhas orientadoras no âmbito da proteção de dados pessoais em termos internacionais. Veja-se que no preâmbulo de tal texto, é afirmado perentoriamente que "*(...)é desejável alargar a protecção dos direitos e das liberdades fundamentais de todas as pessoas, nomeadamente o direito ao respeito pela vida privada, tendo em consideração o fluxo crescente, através das fronteiras, de dados de carácter pessoal susceptíveis de tratamento automatizado(...)*".

Desde logo se estabelecia no artigo 4.º que os países deveriam adotar no seu direito interno as medidas necessárias com vista à aplicação dos princípios básicos para a proteção de dados.

Nesta senda, em termos europeus, a Diretiva 95/46/CE do Parlamento e do Conselho de 24 de outubro tentou criar uma harmonização da defesa dos direitos e

¹ Docente na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do IPLeiria. Investigador no CIEJE-IPLeiria. Advogado.

²A sobredita Convenção considera que uma das finalidades do Conselho da Europa é conseguir uma união mais estreita entre os seus membros, nomeadamente no respeito pela supremacia do direito, bem como dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

das liberdades das pessoas singulares e assegurar a livre circulação de dados pessoais entre os Estados-Membros. Aliás, no Considerando 11 e 12 da sobredita diretiva estabelecia o diploma que "11) *Considerando que os princípios da protecção dos direitos e liberdades das pessoas, nomeadamente do direito à vida privada, contidos na presente directiva, precisam e ampliam os princípios contidos na Convenção do Conselho da Europa, de 28 de Janeiro de 1981, relativa à protecção das pessoas no que diz respeito ao tratamento automatizado de dados pessoais; 12) Considerando que os princípios da protecção devem aplicar-se a todo e qualquer tratamento de dados pessoais sempre que as actividades do responsável pelo tratamento sejam regidas pelo direito comunitário (...), pelo que aquilo que foi tentado pelo legislador europeu foi proceder a uma harmonização a nível europeu em sede de protecção de dados.*

O Tribunal de Justiça da União Europeia³, por diversas vezes salientou que "a *Diretiva 95/46/CE visa tornar equivalente em todos os Estados-Membros o nível de protecção dos direitos, liberdades das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, uma aproximação das legislações nacionais aplicáveis na matéria não deve fazer diminuir a protecção que asseguram, devendo, pelo contrário, ter por objetivo garantir um elevado nível de protecção na União e uma harmonização das referidas legislações nacionais não se limita a uma harmonização mínima, mas conduz a uma harmonização que é, em princípio completa*"⁴.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁵, no seu artigo 8.º, consagra expressamente que todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito e que tais dados só podem ser objeto de tratamento leal para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento expressamente previsto na lei. Consagra ainda a faculdade de todas as pessoas poderem aceder aos dados que lhes digam respeito e que foram coligidos e terá de ser a retificação dos mesmos, ficando o incumprimento de tais direitos sujeito à fiscalização por parte de uma entidade administrativa independente.

O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, na versão do Tratado de Lisboa, estabeleceu no seu artigo 16.º que todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito. Mas mais estabelece no seu n.º 2 que "O *Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecem as normas relativas à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições, órgãos e organismos da União, bem como pelos Estados-Membros no exercício de actividades relativas à aplicação do direito da União, e à livre circulação desses dados. A observância dessas normas fica sujeita ao controlo de autoridades independentes.*".

Ora, foi aqui aberto o caminho para que viesse a ser elaborado o Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril.

³ Doravante designado abreviadamente por TJUE.

⁴ TJUE, acórdão de 24 de novembro de 2011 – processos apenas C-468/10 e C-469/10, Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) e Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEMD) v. Administración del Estad, n.º 28 e 29.

⁵ (2000/C 364/01), JOCE de 18.12.2000.

Sucedeu que o processo de elaboração e publicação do Regulamento Geral de Proteção de Dados⁶, foi um processo moroso e complicado. Verdadeiramente foram necessários quatro anos para que existisse consenso e o GDPR fosse publicado.

Tenha-se em atenção que todo o processo de revisão das normas relativas aos dados pessoais teve início em maio de 2009, com a realização de uma conferência promovida pela Comissão Europeia dedicada à proteção de dados. O objetivo da Comissão foi o discutir a transferência de dados a nível internacional e a perigosidade deste fluxo, nomeadamente devido ao incremento da mobilidade e das telecomunicações.

Esta conferência, leva a que em dezembro do mesmo ano, o grupo de trabalho do artigo 29.^{o7} tenham publicado um relatório "O Futuro da Privacidade" a pedido da Comissão Europeia - neste relatório, o WP29 alertava para a necessidade de uma melhor aplicação dos princípios de proteção dos dados pessoais, nomeadamente atenta a modernização tecnológica que se vinha a sentir.

Um ano depois, em novembro de 2010, a Comissão Europeia estabeleceu a estratégia para a proteção dos dados pessoais nas áreas políticas, tendo como objetivo o de reduzir a burocracia para os negócios e garantir a livre circulação de dados na União Europeia. Esta revisão de políticas destinou-se a ser utilizada pela Comissão, tendo por base uma consulta pública com o escopo de se proceder à revisão da diretiva europeia de proteção de dados.

Sucedeu que em junho de 2011, sob a liderança do deputado alemão Axel Voss, do Comité das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos⁸, foi aprovada uma proposta intitulada de "Uma abordagem abrangente da proteção de dados pessoais na UE" como reação à comunicação da Comissão sobre o futuro da legislação europeia em matéria de proteção de dados. O tópico chave era a alteração da Diretiva de Proteção de Dados existente, ou seja, o texto de 1995.

No entanto, o grande mote para a reforma da proteção de dados pessoais viria a ser dado a 17 de novembro de 2011, na sessão de abertura da 35ª Conferência de Privacidade da Associação Alemã de Proteção de Dados e Segurança de Dados (GDD), em que Paul Nemitz, Diretor para os Direitos Fundamentais e Cidadania da Comissão Europeia, anunciou que a Comissão Europeia planeava implementar um regulamento, diretamente aplicável a todos os Estados Membros da União Europeia, com o objetivo de harmonizar as leis de proteção de dados em toda a Europa.

E tal intenção da Comissão foi anunciada em 25 de janeiro de 2012. A Comissão propôs, então, a realização de uma reforma abrangente das normas de proteção de dados da União de 1995, com o objetivo de fortalecer os direitos de privacidade, nomeadamente tendo em vista as questões informáticas e da internet e impulsionar a economia digital da Europa e isto porque o progresso tecnológico e a globalização alteraram profundamente a forma como nossos dados são recolhidos, acedidos e utilizados.

⁶ comumente designado por GDPR, terminologia que adotaremos doravante.

⁷ designado doravante como WP29

⁸ LIBE.

Ora, proceder à alteração da legislação existente e proceder à harmonização das normas em termos europeus foi um percurso difícil, nomeadamente atento o lobby e as pressões políticas exercidas junto da Comissão Europeia – veja-se, por exemplo, que a 21 de fevereiro de 2012, era noticiado pela Euractiv que os Estados Unidos da América estavam a ser muito ativos na tentativa de alterar o projeto de legislação apresentado. Pretendiam proteger o interesse das empresas dos EUA que operam na União Europeia e que, conseqüentemente, o texto proposto pela Comissão foi significativamente alterado antes mesmo de chegar ao Parlamento Europeu e ao Conselho para apreciação.

Em 2012, o WP29 publicou o seu parecer 1/2012 lançando o debate sobre a reforma da legislação sobre a proteção de dados.

O grupo, no referido parecer, congratula-se com as soluções apresentadas no que diz respeito ao aumento da responsabilidade dos controladores e o fortalecimento da posição das autoridades de supervisão, quer a nível nacional, quer a nível internacional. Face a esta posição, em junho do mesmo ano, é nomeado Jan Philipp Albrecht como relator do Parlamento Europeu para o Regulamento Geral de Proteção de Dados.

Em janeiro de 2015, o relator e deputado alemão do Parlamento Europeu, informou que a legislação sobre a proteção de dados poderia sofrer um atraso até à sua publicação e que a probabilidade da mesma ser publicada apenas em 2016 era muito grande. Como se não bastassem todas as pressões exteriores, dentro da União, alguns estados membros, como o caso da Alemanha, França e Reino Unido estavam a exercer uma enorme pressão sobre a necessidade de se alterarem algumas normas do projeto. Só seis meses depois é que é conseguido almejar um consenso político e global sobre o GDPR e iniciaram-se os trabalhos de elaboração do texto, na sua versão final, com representantes do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão Europeia.

O percurso continuaria a ser tortuoso e continuou agora a grupo de trabalho a ser pressionado, por diversos grupos de empresário, nomeadamente, para se alterar o artigo 43.º do projeto. Além disso, as declarações polémicas da Procuradora-Geral dos Estados Unidos, Loretta Lynch, que advertiu que a pretensa reforma da proteção de dados europeia poderia ter como consequência a restrição da partilha de informação transatlântica num momento em que todos os esforços estavam a ser desenvolvidos para serem evitados os ataques terroristas.

Apesar disso, finalmente, a 15 de dezembro de 2015 foi alcançado um acordo entre os representantes da Comissão Europeia, do Conselho Europeu e do Parlamento Europeu, tendo sido formalmente aprovada na LIBE o resultado de tais negociações a 17 de dezembro⁹.

⁹ Com uma maioria esmagadora (quarenta e oito votos a favor, quatro contra e quatro abstenções), a comissão LIBE aprovou o texto final do GDPR, incluindo disposições sobre o consentimento claro e afirmativo, as crianças nas redes sociais, o direito ao esquecimento, o direito da pessoa singular ser informada quando exista violação de dados dos seus dados pessoais, a utilização de uma linguagem simples e multas de até 4% do volume de negócios total anual mundial das empresas.

O Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento e do Conselho viria a ser aprovado a 27 de abril de 2016 e publicado a 4 de maio do mesmo ano.

O diploma revoga a diretiva 95/46/CE a partir de 25 de maio de 2018, data em que o mesmo passará a ser aplicável no ordenamento jurídico europeu, nos termos do disposto no artigo 99.º do diploma.

2. A utilização dos dados pessoais nas redes sociais... onde pára o consentimento?

A recolha e a utilização dos dados de pessoas de páginas de fãs do Facebook, atento o facto de quem visita a página não saber que estão a ser recolhidos dados seus, viola ou não viola a atual Diretiva 95/46?

O tribunal de justiça da União Europeia tem em análise dois processos a propósito desta matéria – processo C-210/16 e C-40/17, sendo que em relação ao primeiro o advogado geral já emitiu o seu parecer.

O Facebook Inc. desenvolveu na rede social a possibilidade da criação de páginas de fãs.

A página de fãs tem uma ferramenta denominada de “facebook insights”. Através desta ferramenta, as estatísticas de visita à referida página são compiladas pelo Facebook e personalizáveis pelo administrador da página.

Isto pode significar que o administrador tenha acesso a uma panóplia de informação, ainda que de forma anónima, mas é, por exemplo, informado sobre o sexo de quem visitou a sua página, a idade, características daqueles usuários e os seus hábitos.

Ora, para a obtenção de tais elementos é depositado no nosso computador um cookie que contém um número de identificação único e que fica alojado no nosso computador por dois anos. Sempre que o usuário, registado no Facebook, visitar a página de fã, os seus dados são recolhidos e processados.

Isto vai permitir que, por um lado, o administrador da página faça uma gestão da mesma de acordo com os seus intentos, promovendo a mesma e, por outro lado, que o próprio Facebook proceda a publicidade direcionada àquele usuário em concreto, a partir daquele momento.

O problema da privacidade dos dados reside no facto do visitante da página de fãs, nunca ser informado que os seus dados vão ser recolhidos e mais importante, que tipo de processamento é que vai ser levado a cabo e durante quanto tempo os vai conservar.

Em 18 de dezembro de 2015, o Comité dos Representantes Permanentes (COREPER) confirmou com esmagadora maioria (apenas um voto contra) os textos de compromisso acordados pelo Conselho, pelo Parlamento e pela Comissão em 15 de dezembro.

Um administrador de página de fãs é antes de tudo um usuário do Facebook, que faz uso de ferramentas do Facebook, de modo a obter uma melhor visibilidade. No entanto, esse fato não significa que o administrador página de fãs também não pode ser considerado como responsável pela fase do processamento de dados que é objecto do litígio no processo principal, ou seja, a recolha de dados pessoais por Facebook.

Quanto à questão de saber se um administrador de página de fãs 'determina' as finalidades e os meios de processamento de dados, é necessário verificar se que administrador tem qualquer influência, de direito ou de facto, ao longo desses fins e meios. Este elemento da definição indica que o controlador não é a pessoa que realiza o tratamento de dados pessoais, mas a pessoa que determina os meios e os fins de que o processamento de dados.

Recorrendo ao Facebook para a publicação de sua oferta de informações, um administrador de página de fãs é subscrever o princípio de que os dados pessoais dos visitantes de sua página no serão processados para fins de compilação de estatísticas de visualização. (26) Mesmo que um administrador de página de fãs não é, naturalmente, o designer de ferramenta dos Insights do Facebook, ele vai, recorrendo a essa ferramenta, participar na determinação das finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais de visitantes para a sua página.

Por um lado, que o processamento de dados não poderia ocorrer sem a decisão prévia do administrador página de fãs para criar e operar uma página de fãs na rede social Facebook. Ao fazer o processamento dos dados pessoais dos utilizadores da página de fãs possível, o administrador está aderindo ao sistema posto em prática pelo Facebook. O administrador adquire uma melhor visão sobre os perfis dos usuários de sua página de fãs e, ao mesmo tempo, permite que o Facebook melhor para direccionar a publicidade que é publica através da rede social. Na medida em que ele concorda com os meios e os fins do tratamento de dados pessoais, como predefinido pelo Facebook, um administrador de página de fãs deve ser considerada como tendo participado na determinação desses meios e fins. Além disso, assim como um administrador de página de fãs tem uma influência decisiva sobre o início do tratamento dos dados pessoais de pessoas que visitam sua página de fãs, ele também tem o poder de trazer esse processamento de dados ao fim, fechando a página para baixo.

Por outro lado, enquanto os fins e os meios de ferramenta dos Insights do Facebook, como tal, são geralmente definida pela Facebook Inc., juntamente com Facebook Ireland, um administrador de página de fãs é capaz de influenciar a maneira específica em que essa ferramenta é colocada em uso, definindo os critérios para a elaboração das estatísticas de visualização. Quando o Facebook convida um administrador de página de fãs para criar ou modificar a audiência para sua página que indica que ele vai fazer o seu melhor para mostrar a página para as pessoas que mais importam para o administrador. O uso de filtros, um administrador de página de fãs pode definir um público personalizado, que permite-lhe não só para diminuir o grupo de pessoas a quem as informações relativas à sua oferta comercial será publicado, mas também, e mais importante, para designar as categorias de pessoas cujos dados pessoais serão recolhidos pelo Facebook. Assim, definindo o público que

deseja atingir, um administrador de página de fãs também, ao mesmo tempo ser a identificação de qual público-alvo é provável que se torne o tema da coleção do Facebook e posterior utilização dos dados pessoais. Além de desencadear o tratamento de dados pessoais quando ele cria uma página de fãs, o administrador dessa página, conseqüentemente, desempenha um papel preponderante na forma como os dados são processados pelo Facebook. Desta forma, ele participa na determinação dos meios e fins do processamento de dados, por si mesmo exercendo uma influência de facto sobre ele.

Concluo do exposto que, em circunstâncias como as do litígio no processo principal, o administrador de uma página de fãs em uma rede social como o Facebook deve ser considerada responsável pela fase de tratamento de dados pessoais que consiste na recolha por essa rede social de dados relativos a pessoas que visitam a página de fãs.

Esta conclusão é corroborada pelo fato de que um administrador de página de fãs como o *Wirtschaftsakademie*, por um lado, e prestadores de serviços, tais como Facebook Inc. e Facebook Ireland, por outro, prosseguir objectivos intimamente relacionados. O *Wirtschaftsakademie* deseja obter estatísticas de visualização com a finalidade de gerenciar a promoção de suas atividades, e para obter essas estatísticas é necessário ao tratamento de dados pessoais. Nesse mesmo processamento de dados também permitirá Facebook melhor para direcionar a publicidade que se publica em sua rede.

Qualquer interpretação que se baseia exclusivamente nos termos e condições do contrato celebrado pelo *Wirtschaftsakademie* e Facebook Irlanda deve, portanto, ser rejeitada. Na verdade, a divisão de tarefas indicadas no contrato só pode sugerir os papéis reais das partes do contrato, no tratamento de dados pessoais. Se assim não fosse, as partes seria capaz artificialmente para atribuir responsabilidade pelo tratamento de dados a um ou outro de si mesmos. Isso é especialmente verdadeiro quando os termos e condições gerais são elaboradas antecipadamente pela rede social e não são negociáveis. A visão não pode, portanto, ser tomados para que uma pessoa que pode fazer mais do que aceitar ou recusar o contrato não pode ser um controlador.

Uma vez que tal partido tenha celebrado o contrato de sua própria vontade, ele sempre pode ser considerado como um controlador, dada a sua influência real sobre os meios e os fins do processamento de dados.

Assim, o facto do contrato e seus termos e condições gerais são elaboradas por um prestador de serviços e que os operadores que recorrem aos serviços que o antigo fornece não têm acesso aos dados não exclui a última de ser considerado como controladores depois de terem aceito os termos contratuais, aceitando, assim, a plena responsabilidade por eles. (27) Também deve ser reconhecido, assim como o grupo de trabalho do artigo 29, que qualquer desequilíbrio na relação de força entre operadora e usuário do serviço não impede que o último seja classificado como um 'controller'. (28)

Além disso, para que uma pessoa deve ser considerada como um controlador, na acepção do artigo 2 (d), da Directiva 95/46, não é necessário que ele tem controle completo sobre todos os aspectos do processamento de dados. Como o Governo

belga observou, com razão, na audiência, o controle completo está se tornando menos e menos comum na prática. Cada vez mais frequentemente o processamento de dados é complexo, que compreende vários processos distintos que envolvem numerosas partes que se têm diferentes graus de controlo. Por conseguinte, qualquer interpretação que se centra sobre a existência de controle completo sobre todos os aspectos do processamento de dados é susceptível de resultar em lacunas graves na protecção de dados pessoais.

63. Os factos que deram origem ao acórdão de 13 de Mary 2014 Google Espanha e Google (29) ilustram este ponto. Este processo dizia respeito a situação envolvendo fornecedores de informação multi-camadas em que várias partes cada um tinha uma influência distinta sobre o processamento de dados. O Tribunal recusou-se a interpretar o conceito de 'controller' restritiva. Considerou que o operador do motor de busca ', como a pessoa que determina as finalidades e os meios de [sua] actividade [,] garantir, no âmbito das suas atribuições, poderes e capacidades, que a atividade atende aos requisitos da Directiva 95 / 46' . (30) O Tribunal também mencionou a possibilidade de responsabilidade partilhada entre o operador do motor de pesquisa e editores de websites. (31)

Como o Governo belga, acredito que uma interpretação ampla do conceito de 'controller', para efeitos de (d) do artigo 2 ° da Directiva 95/46, a qual deve, na minha opinião, prevalecer no presente caso, é provável que evitar abusos. Ausente tal interpretação, seria suficiente para uma empresa de recorrer aos serviços de terceiros, a fim de escapar de suas obrigações em matéria de protecção de dados pessoais. Em outras palavras, nenhuma distinção deve ser feita, na minha opinião, entre uma empresa que equipa seu site com ferramentas semelhantes aos oferecidos pelo Facebook e uma empresa que une a rede social Facebook, de modo a beneficiar das ferramentas que Facebook oferece. Por isso, é necessário garantir que os operadores económicos que têm recorrer a um serviço de hospedagem para o seu site não são capazes de evadir a responsabilidade por concordar com os termos e condições gerais de um provedor de serviços. Além disso, como o Governo belga indicou, na audiência, não é razoável esperar que as empresas ser diligente na sua escolha de fornecedor de serviços.

Por isso, consideram que o fato de que um administrador de página de fãs usa a plataforma oferecida pelo Facebook e benefícios dos serviços associados a essa plataforma não absolve-lo de suas obrigações em matéria de protecção de dados pessoais.

Gostaria de observar neste contexto que, se o Wirtschaftsakademie criou um site em outros lugares do que no Facebook e implementou uma ferramenta similar para 'Facebook Insights' para compilar estatísticas de visualização, ela seria considerada como o controlador do processamento necessário para compilar essas estatísticas . Na minha opinião, um operador como económica não deve ser aliviado da obrigação de observar as regras sobre a protecção de dados pessoais decorrentes da Directiva 95/46 pela simples razão de que ele usa plataforma de rede social do Facebook para promover suas atividades. Como o próprio órgão jurisdicional de reenvio observa com razão, um fornecedor de informação não pretende ser capaz de absolver-se, pela escolha de um provedor de infra-estrutura particular, das obrigações legais de protecção de dados em relação aos usuários de seu informações oferecendo que ele teria que cumprir se agiu como um mero provedor de conteúdo.

(32) Qualquer interpretação contrária criaria um risco de que as regras relativas à protecção dos dados pessoais serão contornados.

Esse processo diz respeito à situação em que o gerente de um website incorpora em seu site um código de programação (neste caso, o Facebook do botão 'Like') de um fornecedor externo (Facebook), que, quando ativado, transmitir dados pessoais a partir do computador do usuário do site para o provedor externo.

Na disputa que deu origem a esse caso, uma associação de defesa do consumidor fez uma queixa contra a empresa de moda ID por ter habilitado Facebook, incorporando em seu site a função 'Like' fornecido pela rede social Facebook, para acessar o pessoal dados de usuários desse site sem o seu consentimento e em violação das obrigações de informação previstas nas disposições relativas à protecção dos dados pessoais. Assim, a questão surge de se o facto de Moda ID permite Facebook para acessar os dados pessoais dos usuários de seu site significa que a empresa pode ser classificada como um 'controller', na acepção do (d) do artigo 2º da Directiva 95/46.

Não vejo qualquer diferença fundamental entre a posição de um administrador de página de fãs e que o operador de um site que incorpora em seu site um código de programação de um prestador de serviços de monitoramento web, permitindo assim a transmissão de dados, a descarga de cookies e a recolha de dados para o benefício do prestador de serviços de monitoramento web tudo sem o conhecimento do usuário Internet.

Plugins sociais permitem que operadores de sites para usar determinados serviços de redes sociais em seus sites, a fim de aumentar a visibilidade do seu site, por exemplo, incorporando em seus sites Facebook do botão 'Like'. Como administradores da página de fãs, os operadores de sites com plugins sociais incorporados podem beneficiar do serviço de 'Facebook Insights' e obter informações estatísticas precisas sobre os usuários de seu site.

Como acontece quando uma página de fãs é visitado, visitando um site que contém um plug-in social irá acionar a transmissão de dados pessoais para o fornecedor em questão. Na minha opinião, em tais circunstâncias, como o administrador de uma página de fãs, o gerente de um site que contém um plug-in social devem, na medida em que tem uma influência de facto sobre a fase de processamento de dados que envolve a transmissão de pessoal dados para Facebook, ser classificado como um 'controller', na acepção do (d) do artigo 2º da Directiva 95/46. (34).

Gostaria de acrescentar que, como o Governo belga observa, com razão, o fato de que o Wirtschaftsakademie atua como controlador conjunta na medida em que decide recorrer aos serviços do Facebook para sua informação oferecendo em nada alivia Facebook Inc. ou Facebook Ireland das suas obrigações como controladores. Na verdade, é claro que essas duas entidades têm uma influência decisiva sobre os fins e os meios de tratamento dos dados pessoais que ocorre quando uma página de fãs é visitado e que eles também usam esses dados para seus próprios propósitos e interesses.

No entanto, reconhecendo que os administradores de páginas de fãs partilham a responsabilidade pela fase do processamento de dados, que consiste na coleta de

Facebook de dados pessoais ajudará a garantir uma maior protecção dos direitos de quem visita esse tipo de página. Além disso, envolver activamente os administradores de páginas de fãs na observância das regras relativas à protecção de dados pessoais, designando-as como controladores é susceptível de ter o efeito cascata de incentivar a plataforma de rede social própria a cumprir essas regras.

Gostaria também de esclarecer que a existência de responsabilidade compartilhada não implica igual responsabilidade. Pelo contrário, os vários controladores podem estar envolvidos no processamento de dados pessoais em diferentes fases e em diferentes graus. (35).

De acordo com o artigo 29.º, 'a possibilidade de controle pluralista serve para o aumento do número de situações em que diferentes partes agem como controladores. A avaliação deste controlo conjunto deve espelhar a avaliação do controle "single", adotando uma abordagem substantiva e funcional e centrando-se sobre se as finalidades e os elementos essenciais do meio são determinadas por mais de um partido. A participação das partes na determinação das finalidades e os meios de processamento no contexto do controlo conjunto pode assumir diferentes formas e não precisa de ser igualmente partilhada'. (36) Com efeito, 'em [a] caso de pluralidade de agentes, eles podem ter uma relação muito próxima (partilha, por exemplo, todas as finalidades e os meios de processamento) ou uma relação mais solto (por exemplo, a partilha apenas para fins ou meios, ou uma parte da mesma).

Portanto, uma ampla variedade de tipologias de controlo conjunto devem ser considerados e das suas consequências legais avaliados, permitindo alguma flexibilidade, a fim de atender a crescente complexidade da realidade de processamento de dados atual. (37)

Decorre do exposto, na minha opinião, que o administrador de uma página de fãs na rede social Facebook deve ser considerada como sendo, juntamente com Facebook Inc. e Facebook Ireland, um controlador do tratamento de dados pessoais que é realizado para o propósito de compilação de estatísticas de visualização para que fan page.

B. As

No Parecer 8/2010, de 16 de Dezembro de 2010 sobre a lei aplicável, (40) Do grupo de trabalho do artigo 29 discutiu a aplicação do artigo 4 (1) (a) da Directiva 95/46 na seguinte situação: 'A plataforma de rede social tem a sua sede num país terceiro e um estabelecimento de um Estado-Membro. O estabelecimento define e implementa as políticas relacionadas com o tratamento dos dados pessoais dos residentes da UE. A rede social tem como alvo ativamente residentes de todos os Estados-Membros da UE, que constituem uma parte significativa de seus clientes e receitas. Ele também instala cookies em computadores de usuários da UE. Neste caso, a lei aplicável será, nos termos do artigo 4 (1) (a) [da Directiva 95/46], a lei de protecção de dados do Estado-Membro onde a empresa está estabelecida na [União]. A questão de saber se a rede social faz uso de equipamento localizadas em outros Estados-Membros território é irrelevante, uma vez que todo o processamento ocorre no contexto das actividades do único estabelecimento ea directiva exclui a aplicação cumulativa dos artigos 4 (1) (a) e 4 (1) (c).' (41) O grupo de trabalho do artigo 29 passou a afirmar que 'a autoridade de supervisão do Estado-Membro em

que a rede social é estabelecida na UE - nos termos do artigo 28 (6) [da Directiva 95/46] - têm o dever de cooperar com outras autoridades de supervisão, a fim por exemplo, para lidar com os pedidos ou reclamações provenientes de residentes de outros países da UE. (42) situação torna-se mais complexo quando, como no presente caso, uma empresa estabelecida num país terceiro, como Facebook Inc., conduz seus negócios na União por intermédio de um estabelecimento designado pela empresa-mãe como tendo responsabilidade exclusiva dentro do grupo para a recolha e tratamento de dados pessoais em todo o território da União (Facebook Ireland), bem como por intermédio de outros estabelecimentos, um dos quais está localizado na Alemanha (Facebook Alemanha) e, de acordo com a informação na decisão de referência, é responsável pela promoção e venda de espaço publicitário e outras medidas de marketing voltadas para residentes nesse Estado-Membro. (43)

Em tal situação, é a autoridade de supervisão alemã exercer os seus poderes de intervenção, com vista a pôr fim ao tratamento de dados pessoais para o qual Facebook Inc. e Facebook Ireland são solidariamente responsáveis?

A fim de responder a essa pergunta, é necessário determinar se a autoridade de supervisão alemã tem o direito de aplicar a sua própria legislação nacional para o processamento de dados em questão.

Decorre do artigo 4 (1) (a) da Directiva 95/46 que o processamento de dados efectuado no contexto das actividades de um estabelecimento é regido pela lei do Estado-Membro em cujo território esse estabelecimento está localizado.

O Tribunal já declarou que, à luz do objectivo prosseguido pela directiva, que consiste em assegurar uma protecção eficaz e completa dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente o seu direito à privacidade, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais de dados, a expressão 'no contexto das actividades de um estabelecimento' consagrado no artigo 4 (1) (a), da directiva não pode ser interpretada de forma restritiva. (44)

A aplicabilidade de uma lei de transposição de um Estado-Membro para o tratamento de dados pessoais exige duas condições a serem cumpridas. Primeiro, o controlador deve ter um 'estabelecimento' nesse Estado-Membro. Em segundo lugar, o processo deve ser realizado 'no contexto das actividades' desse estabelecimento.

No que diz respeito, em primeiro lugar, o conceito de 'estabelecimento' na acepção do artigo 4 (1) (a) da Directiva 95/46, o Tribunal já deu esse conceito uma ampla e interpretação flexível, sustentando que ela se estende a qualquer actividade real e eficaz, mesmo que mínimo, exercida por meio de dispositivos estáveis, (45) Excluindo assim qualquer abordagem formal. (46)

Com isto em vista, deve ser avaliado tanto o grau de estabilidade das regras e o exercício eficaz das actividades no Estado-Membro em questão, (47) Com tendo em conta a natureza específica das actividades económicas e à prestação de serviços em causa. (48) Neste contexto, não se contesta que o Facebook Alemanha, com sede em Hamburgo (Alemanha), de forma eficaz e realmente exerça uma actividade mediante uma instalação estável na Alemanha. Isto é, portanto, um estabelecimento na acepção do artigo 4 (1) (a) da Directiva 95/46.

Em segundo lugar, no que respeita à questão de saber se o tratamento de dados pessoais em questão é realizada 'no contexto das atividades' de que o estabelecimento, na acepção do artigo 4 (1) (a) da Directiva 95/46, o Tribunal tem já salientado que esta disposição exige que o tratamento de dados pessoais em questão a efectuar não 'por' o estabelecimento em causa em si mas apenas 'no contexto das atividades' do estabelecimento. (49)

Como resulta do Parecer 8/2010, 'a noção de 'contexto de atividades' - e não a localização dos dados - é um fator determinante na identificação da ... lei aplicável. A noção de "contexto de atividades" implica que a lei aplicável é ... a lei do Estado-Membro [não] em que o controlador é estabelecida, mas onde um estabelecimento do controlador está envolvida em actividades que impliquem o tratamento de dados pessoais. Neste contexto, o grau de envolvimento do estabelecimento (s) nas atividades no contexto do qual os dados pessoais são processados é crucial. Além disso, a natureza das atividades dos estabelecimentos e a necessidade de garantir uma protecção eficaz dos direitos individuais deve ser considerada. A abordagem funcional deve ser tomado na análise desses critérios: mais do que a indicação teórica pelas partes da lei aplicável, é o seu comportamento prático e interação que deve ser decisivo '. (50)

No seu acórdão de 13 de Maio de 2014, Google Espanha e Google, (51) Foi necessário para a Tribunal para verificar o cumprimento desta condição. Adoptou uma interpretação ampla, sustentando que o tratamento de dados pessoais para efeitos do serviço de um motor de busca como Google Search, que é operado por uma empresa que tem a sua sede num Estado terceiro, mas tem um estabelecimento num Estado-Membro , é realizada 'no contexto das atividades' desse estabelecimento que se destine a promover e vender, nesse Estado-Membro, espaço de publicidade oferecido pelo motor de busca, que serve para fazer o serviço oferecido pelo que o motor de busca rentável. (52) O Tribunal salientou que, 'em tais circunstâncias, as atividades do operador do motor de pesquisa e as do seu estabelecimento situado no Estado-Membro em causa são indissociáveis desde as actividades relacionadas com o espaço de publicidade constituem os meios de tornar a busca motor em questão economicamente rentável e que o motor é, ao mesmo tempo, os meios que permitem essas atividades a serem realizadas. (53) O Tribunal acrescentou, em apoio da sua solução, que desde a exibição de dados pessoais em uma página de resultados de pesquisa 'é acompanhado, na mesma página, pela exibição de publicidade vinculada a termos de busca, é claro que o processamento de dados pessoais em questão é realizada no contexto da actividade comercial e publicidade de estabelecimento do tratamento situado no território de um Estado-Membro, neste caso território espanhol'. (54)

De acordo com as informações contidas no despacho de reenvio, Facebook Alemanha é responsável pela promoção e venda de espaço publicitário e outras atividades de marketing direcionadas para os residentes na República Federal da Alemanha. Dado que o tratamento de dados pessoais em causa no processo principal, que consiste na recolha de dados pessoais através de cookies instalados nos computadores dos visitantes para páginas de fãs, destina-se especificamente para permitir uma melhor Facebook para direcionar os anúncios que publica , que o processamento de dados deve ser considerada como tendo lugar no contexto das actividades em que Facebook Alemanha engaja na Alemanha. Dado que as redes sociais como o Facebook gerar grande parte da sua receita de anúncios publicados

nas páginas da web criadas e acessadas por usuários, (55) Deve concluir-se que as atividades dos controladores conjuntas Facebook Inc. e Facebook Irlanda estão indissolavelmente ligadas às de um estabelecimento, como Facebook Alemanha. Além disso, após o tratamento de dados pessoais, que é possível graças a instalação de cookies nos computadores de pessoas que visitam páginas pertencentes ao nome de domínio Facebook.com, visitar uma página Facebook fará com que para ser exibido em que os anúncios de página relativas ao visitante do centros de interesse. Deve-se deduzir que o tratamento de dados pessoais em questão é realizada no contexto da actividade comercial e publicidade de estabelecimento do tratamento situado no território de um Estado-Membro, neste instância território alemão.

O fato de que, em contraste com a situação no processo que deu origem ao acórdão de 13 de Maio de 2014, Google Espanha e Google, (56) Do grupo no Facebook tem uma sede europeia, na Irlanda, não significa que a interpretação do artigo 4 (1) (a), da Directiva 95/46, que o Tribunal de Justiça adoptou no referido acórdão não pode ser aplicada no presente caso.

Nesse acórdão, o Tribunal manifestou a intenção de que o tratamento de dados pessoais não devem escapar das obrigações e garantias previstos na Directiva 95/46. Tem sido sugerido no presente processo que o problema desses desvios não surgem aqui, porque o controlador está estabelecido num Estado-Membro, nomeadamente Irlanda. De acordo com essa lógica, o artigo 4 (1) (a) da Directiva 95/46 deve ser interpretada no sentido de que o controlador de ter em conta a legislação de um só Estado-Membro e para responder a uma única autoridade de supervisão, ou seja, legislação irlandesa ea autoridade irlandesa.

Esta interpretação, no entanto, é contrária ao texto do artigo 4 (1) (a) da Directiva 95/46, bem como para as origens desta disposição. De fato, como o Governo belga observou, com razão, na audiência, a directiva não introduz um mecanismo one-stop-shop ou um princípio do país de origem. (57) É preciso ter cuidado para não confundir os aspectos dos objectivos políticos prosseguidos pela Comissão Europeia na sua proposta de directiva e a solução finalmente adoptado pelo Conselho da União Europeia. Na Directiva 95/46, o legislador fez uma escolha para não dar prioridade à aplicação da legislação nacional do Estado-Membro em que estabelecimento principal do controlador está localizado. O resultado, chegou a Directiva 95/46, reflete os desejos dos Estados-Membros para preservar os seus poderes nacionais de execução. Ao não adoptar o princípio do país de origem, o legislador da União permitiu a cada Estado-Membro para aplicar a sua própria legislação nacional e, assim, fez a aplicação de várias legislações nacionais possíveis. (58)

Com o artigo 4 (1) (a), desta directiva, o legislador da União deliberadamente escolheu o permitir, nos casos em que um controlador tem vários estabelecimentos na União Europeia, a aplicação de vários sistemas legislativos nacionais para a protecção de dados pessoais ao tratamento dos dados pessoais dos residentes nos Estados-Membros em questão, de modo a assegurar a protecção efectiva dos seus direitos nos Estados-Membros.

Isto é confirmado pelo considerando 19 da Directiva 95/46, que afirma que, 'quando um único controlador é estabelecido no território de vários Estados-Membros, nomeadamente através de subsidiárias, ele deve assegurar, a fim de evitar qualquer

evasão de regras nacionais , que cada estabelecimento cumpra as obrigações impostas pela lei nacional aplicável às suas actividades.

Eu, portanto, inferir do artigo 4 (1) (a) da Directiva 95/46 - a segunda cláusula de que prevê, de acordo com o que é referido no considerando 19 da directiva, que, quando o mesmo tratamento estiver estabelecido no território de vários Estados-Membros, deve tomar as medidas necessárias para garantir que cada um desses estabelecimentos cumpra as obrigações previstas pela legislação nacional aplicável - que as estruturas de grupo que se caracterizam pela presença de estabelecimentos do controlador em vários Estados-Membros não deve ter o efeito de permitir que o controlador contornar as leis dos Estados-Membros sob cuja jurisdição se cada um desses estabelecimentos está estabelecida.

Gostaria de acrescentar que qualquer interpretação que favorece a aplicação exclusiva da lei do Estado-Membro no qual a sede europeia de um grupo internacional está localizado já não pode ser suportado, na minha opinião, na sequência do acórdão de 28 de Julho de 2016, Verein für Konsumenteninformation. (59) Nesse acórdão, o Tribunal decidiu que o tratamento de dados pessoais efectuado por uma empresa envolvida em comércio eletrónico é regido pela lei do Estado-Membro em que essa empresa direciona suas actividades, se for demonstrado que a empresa realiza o processamento de dados em questão no contexto das actividades de um estabelecimento localizado nesse Estado-Membro. O Tribunal chegou a essa decisão apesar do fato de que a Amazónia, como o Facebook, é uma empresa que tem não só uma sede europeia num Estado-Membro, mas também uma presença física em uma série de Estados-Membros. Em tal situação, é novamente necessário considerar se o processamento de dados é realizado no âmbito das actividades de um estabelecimento situado num Estado-Membro diferente daquele em que sede europeia do controlador está localizado.

Como o Governo belga sublinha, por isso é perfeitamente possível para um estabelecimento diferente sede europeia de uma empresa de ser relevante para a aplicação do artigo 4 (1) (a) da Directiva 95/46.

De acordo com o sistema estabelecido pela directiva, em que um controlador tem vários estabelecimentos na União Europeia, nem o lugar onde o processamento de dados é realizado nem o lugar onde o controlador estabeleceu a sua sede social na União Europeia é decisivo na identificação a legislação nacional que se aplica a processamento de dados ou em que permita a uma autoridade de supervisão a exercer os seus poderes de intervenção.

Neste contexto, o Tribunal não deve, na minha opinião, antecipar-se ao regime estabelecido pelo regulamento geral sobre a protecção de dados (60) Que vai aplicar a partir de 25 de maio de 2018 em diante. Como parte desse esquema de um mecanismo one-stop-shop é instituído. Isto significa que um controlador que realiza processamento de dados transfronteiras, tais como Facebook, terá apenas uma autoridade de supervisão como interlocutor, ou seja, a autoridade de supervisão chumbo, que será a autoridade para o lugar onde estabelecimento principal do controlador está localizado. No entanto, esse esquema, eo mecanismo de cooperação sofisticado, que introduz, ainda não são aplicáveis.

É certo que, no que o Facebook tem escolhido para criar o seu estabelecimento principal na União Europeia na Irlanda, a autoridade desse Estado-Membro de supervisão terá um papel importante a desempenhar em verificar se o Facebook está observando as regras decorrentes da Directiva 95/46 . Seja como for, como essa autoridade própria reconheceu, isso não significa que, no actual sistema baseado nessa directiva, que tem competência exclusiva no que diz respeito às atividades do Facebook no seio da União Europeia. (61)

Todas as considerações anteriores levam-me a considerar, como faz o Governo belga, o Governo dos Países Baixos e ULD, que a interpretação do artigo 4 (1) (a), da Directiva 95/46, que o Tribunal de Justiça adoptou no seu acórdão de 13 de Maio de 2014, Google Espanha e Google (62) É igualmente aplicável numa situação, como a do processo principal, em que um controlador está estabelecido num Estado-Membro e tem vários estabelecimentos na União Europeia.

Portanto, com base nas informações fornecidas pelo tribunal de reenvio a respeito da natureza das atividades realizadas pelo Facebook Alemanha, deve concluir-se que o tratamento de dados pessoais em questão é realizado no contexto das atividades de que estabelecimento e que o artigo 4 (1) (a), da Directiva 95/46 permite a aplicação da lei alemã sobre a protecção de dados pessoais em uma situação como a do processo principal. (63)

A autoridade de supervisão alemã faz, portanto, tem competência para aplicar a sua própria lei nacional para o tratamento de dados pessoais em causa no processo principal.

Decorre do artigo 28 (1), da directiva que cada autoridade de supervisão estabelecido por um Estado-Membro deve assegurar o cumprimento, no território desse Estado-Membro, com as disposições adoptadas pelos Estados-Membros nos termos da Directiva 95/46.

Nos termos do artigo 28 (3) da Directiva 95/46, essas autoridades de supervisão são, em particular, ser dotado de poderes de investigação, tais como o poder de recolher todas as informações necessárias para o desempenho das suas funções de supervisão e poderes efectivos de intervenção , tais como o poder de ordenar o bloqueio, apagamento ou destruição dos dados, o de proibir temporária ou definitivamente o tratamento, ou de advertência ou censura ao responsável pelo tratamento dos dados. Esses poderes de intervenção pode incluir o poder de penalizar o controlador de dados através da imposição de uma multa. (64)

Além disso, o artigo 28 (6), da Directiva 95/46 tem a seguinte redacção: 'Cada autoridade de controlo é competente, independentemente do direito nacional aplicável ao tratamento em questão, para exercer, no território do seu Estado-Membro, os poderes conferidos de acordo com o nº 3. Cada autoridade pode ser solicitada a exercer os seus poderes por uma autoridade de outro Estado-Membro.

As autoridades de supervisão devem cooperar uns com os outros na medida do necessário para o desempenho das suas funções, em particular através da troca de todas as informações úteis.'

Dado que a lei do Estado-Membro em que a autoridade de supervisão alemã pertence é aplicável ao tratamento de dados pessoais em causa no processo

principal, essa autoridade está em condições de exercer todos os seus poderes de intervenção, a fim de garantir que a lei alemã é aplicada e observada pelo Facebook em território alemão. Esta conclusão resulta do acórdão de 1 de Outubro 2015, Weltimmo, (65) Que clarificou o âmbito do artigo 28 (1), (3) e (6) da Directiva 95/46.

A principal causa nesse processo foi determinar se a autoridade de supervisão húngara tinha poder para impor uma multa a um prestador de serviços estabelecido noutro Estado-Membro, nomeadamente a Eslováquia. Para determinar isso, era necessário primeiro a examinar a questão de saber se, ao aplicar o critério previsto no artigo 4 (1) (a) da Directiva 95/46, a lei húngara era aplicável.

Na primeira parte da resposta, o Tribunal de Justiça, desde que o tribunal de reenvio com informações que permitam a este último para estabelecer a existência de um estabelecimento do controlador na Hungria. Considerou igualmente que o tratamento de dados pessoais em questão foi realizada 'no contexto das actividades' desse estabelecimento e que, de acordo com o artigo 4 (1).

(a) da Directiva 95/46, a lei húngara sobre a protecção de dados pessoais poderiam, em uma situação como a que está em causa no processo principal, ser aplicada.

A primeira parte da resposta do Tribunal, portanto, tendem a confirmar a competência da autoridade húngara de supervisão impor, nos termos da lei húngara, uma multa a um prestador de serviços estabelecido noutro Estado-Membro, nesse caso Weltimmo.

Em outras palavras, se a lei húngara poderia ser reconhecida como a legislação nacional aplicável, por aplicação do critério definido no artigo 4 (1) (a) da Directiva 95/46, a autoridade de supervisão Húngaro teria poder para assegurar o cumprimento com a legislação húngara em caso de sua violação por um controlador, mesmo estabelecido na Eslováquia.

Como resultado do efeito da referida disposição da directiva, pode-se concluir que, apesar de registrados na Eslováquia, Weltimmo também foi estabelecido na Hungria. A presença na Hungria de um estabelecimento do controlador que realizou atividades no contexto de que o processamento dos dados foi realizado constituiu o gatilho para reconhecer a aplicabilidade da lei húngara e, como corolário, a competência da autoridade de supervisão húngaro para garantir o cumprimento com essa lei em território húngaro.

A segunda parte da resposta do Tribunal, em que se destacou o princípio da aplicação territorial das competências de cada autoridade de supervisão, foi dada apenas a título subsidiário, isto é, 'no caso em que a autoridade húngara de protecção de dados deve considerar que Weltimmo [tinha], não na Hungria, mas noutro Estado-Membro, de um estabelecimento, na acepção do artigo 4 (1) (a) da Directiva 95/46, realizando atividades no contexto dos quais o processamento do pessoal dados em causa [foi] realizada'. (66) Este foi, portanto, a resposta à questão de saber se, 'se a autoridade de protecção de dados Húngaro chegar à conclusão de que a lei aplicável ao processamento dos dados pessoais não é lei húngara, mas a lei de outro Estado-Membro, o artigo 28 (1), (3) e (6), da Directiva 95/46 deve ser interpretado no sentido de que o mandato seria apenas capaz de exercer os poderes previstos no

artigo 28 (3) da referida directiva, de acordo com a lei desse outro Estado-Membro, e não seria capaz de impor penalidades. (67)

Consequentemente, nesta segunda parte da resposta, o Tribunal esclareceu tanto o escopo *ratione materiae* eo âmbito territorial dos poderes que a autoridade de supervisão pode exercer em uma situação particular, aquele em que a lei do Estado-Membro em que a autoridade de supervisão pertence não é aplicável.

O Tribunal considerou que, em tal situação, 'os poderes de que a autoridade não necessariamente incluir todos os poderes conferidos de acordo com a legislação do seu próprio Estado-Membro'. (68) Assim, 'essa autoridade poderá exercer os seus poderes de investigação independentemente da lei aplicável e antes mesmo de saber qual o direito nacional aplicável ao tratamento em questão. No entanto, se chega à conclusão de que a lei de outro Estado-Membro é aplicável, não pode impor penalidades fora do território do seu próprio Estado-Membro. Em tal situação, deve, em cumprimento do dever de cooperação previsto no artigo 28 (6) da directiva [95/46], solicitar à autoridade de outro Estado-Membro de supervisão para estabelecer uma violação da referida lei e impor penalidades se que a lei permite, com base, se necessário, nas informações que a autoridade do primeiro Estado-Membro tiver transmitido à autoridade desse outro Estado-Membro.' (69).

Eu desenho desde o acórdão de 1 de outubro de 2015, *Weltimmo* (70) As seguintes orientações para o presente caso. Em contraste com a hipótese com base na qual o Tribunal definiu a sua argumentação quanto aos poderes das autoridades de supervisão na segunda parte do seu acórdão de 1 de Outubro de 2015, *Weltimmo*, (71) O presente processo diz respeito a situação, semelhante ao abordada na primeira parte do referido acórdão, que, como já mencionado, a legislação nacional aplicável é de fato a do Estado-Membro da autoridade de supervisão que exerce os seus poderes de intervenção, como resultado da presença no território desse Estado-Membro de um estabelecimento do controlador cujas atividades estão indissolúvelmente ligado ao processamento de dados. A presença na Alemanha de que o estabelecimento constitui o gatilho para a aplicabilidade do direito alemão ao tratamento de dados pessoais em questão.

Uma vez que a condição é satisfeita, a autoridade de supervisão Alemanha deve ser reconhecido como tendo poder para assegurar o cumprimento, em território alemão, com as regras relativas à protecção dos dados pessoais, exercendo todos os poderes conferidos pelas disposições do direito alemão (3) da Directiva 95/46 transposição do artigo 28. Esses poderes podem incluir ordens proibindo processamento de dados temporária ou definitivamente.

Quanto à questão de qual entidade deve ser o destinatário de uma tal medida, duas soluções parece possível.

A primeira solução é a interpretar o âmbito territorial dos poderes de intervenção das autoridades de supervisão estreita e consideram que este pode exercer esses poderes apenas contra um estabelecimento do controlador que está localizado no território do Estado-Membro a que pertencem. Se, como no presente caso, que o estabelecimento (Facebook Alemanha neste caso) não é o controlador, e, portanto, não é capaz se a cumprir com um pedido de uma autoridade de supervisão para

trazer de processamento de dados para um fim, ele deve transmitir esse pedido para o controlador, de modo que possa executar.

A segunda solução, por outro lado, é de considerar que, uma vez que o controlador é a única entidade que exerce uma influência decisiva sobre o processamento de dados em questão, é para o controlador que qualquer medida que exige processamento de dados para ser interrompido deve ser abordado.

Na minha opinião, a segunda solução deve prevalecer, uma vez que é consistente com o papel fundamental que os controladores ocupam dentro do sistema posto em prática pela Directiva 95/46. (72) Uma vez que evita a necessidade de passar pelo intermediário que é o estabelecimento que realiza atividades no contexto da qual o processamento de dados em questão é realizada, esta solução é susceptível de assegurar a aplicação imediata e efectiva da legislação nacional relativa à protecção dos dados pessoais. Além disso, a autoridade de supervisão que aborda uma medida que exige processamento de dados para ser parado diretamente a um controlador que não esteja estabelecida no território do Estado-Membro a que pertence, como Facebook Inc. ou Facebook, a Irlanda não ultrapassando seus poderes, que consistem em assegurar que o processamento de dados está em conformidade com a lei desse Estado-Membro no território desse Estado-Membro. É irrelevante, a este respeito, se o controlador ou os controladores são estabelecidos em outro Estado-Membro ou num país terceiro.

Também gostaria de Estado, com referência à resposta que sugerem para a primeira e segunda questões prejudiciais, que, dado o objectivo de assegurar a maior protecção possível dos direitos das pessoas que visitam páginas de fãs, o fato que ULD poderá exercer os seus poderes de intervenção contra a Facebook Inc. e Facebook Ireland em nada impede que, na minha opinião, de tomar medidas contra a Wirtschaftsakademie e não pode, portanto, como tal, afectar a legalidade de tais medidas. (73).

Resulta do exposto que o artigo 4 (1) (a) da Directiva 95/46 deve ser interpretado no sentido de que o tratamento de dados pessoais, como a em causa no processo principal é realizado no contexto das actividades do um estabelecimento do responsável no território de um Estado-Membro, na acepção dessa disposição, quando uma empresa que opera uma rede social define-se nesse Estado-Membro uma subsidiária que se destina a promover e vender espaço publicitário oferecido por essa empresa e que direciona suas actividades para residentes nesse Estado-Membro.

Além disso, em uma situação como a que está em causa no processo principal, em que a lei nacional que é aplicável ao tratamento de dados pessoais em questão é a do Estado-Membro a que uma autoridade de controlo pertence, o artigo 28 (1), (3) e (6), da Directiva 95/46 deve ser interpretado no sentido de que a autoridade de supervisão pode exercer de todos os poderes efectivos de intervenção conferidas nos termos do artigo 28 (3) da directiva contra o controlador, incluindo onde esse tratamento estiver estabelecido noutra Estado-Membro ou mesmo de um país terceiro.

C. As quinta e sexta questões

Com a sua quinta e perguntas, o que é conveniente, na minha opinião, ser examinadas em conjunto, o tribunal de reenvio pergunta ao Tribunal de Justiça se o artigo 28 (1), (3) e (6), da Directiva 95/46 deve ser interpretado no sentido de que, em circunstâncias como as dos processos principais, a autoridade do Estado-Membro de supervisão em que o estabelecimento do controlador (Facebook Alemanha) está localizada tem o direito de exercer os seus poderes de intervenção de forma autónoma e sem que seja necessário primeiro a recorrer à autoridade de supervisão do Estado-Membro em que o controlador (Facebook Ireland) está localizado a exercer os seus poderes.

No seu despacho de reenvio, o Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo Federal) explica a ligação entre estas duas questões e a revisão da legalidade da ordem cautelar que deve realizar no processo principal. Ele afirma, no essencial, que a emissão de uma ordem cautelar contra o Wirtschaftsakademie poderia ser considerado como um erro de apreciação por parte da ULD se o artigo 28 (6), da Directiva 95/46 deve ser interpretado como que estabelece uma obrigação para uma autoridade de supervisão, tais como ULD, em circunstâncias como as do processo principal, a solicitar à autoridade de outro Estado-Membro de supervisão, neste caso, o comissário da protecção de dados, para exercer as suas competências no caso em que as avaliações das duas autoridades de supervisão divergem quanto a saber se o processamento de dados realizado pelo Facebook Irlanda é consistente com as regras derivadas da Directiva 95/46.

Como o Tribunal decidiu no seu acórdão de 1 de Outubro de 2015, Weltimmo, (74) Se a lei aplicável ao tratamento de dados pessoais em questão não é a lei do Estado-Membro da autoridade de supervisão que desejar exercer seus poderes de intervenção, mas a lei de outro Estado-Membro, o artigo 28 (1), (3) e (6) deve ser interpretado no sentido de que essa autoridade não pode impor penalidades com base na legislação do seu próprio Estado-Membro em um controlador que não esteja estabelecida no território desse Estado-Membro, mas deve, nos termos do artigo 28 (6), da directiva, solicitar à autoridade do Estado-Membro cuja legislação é aplicável a agir de supervisão. (75)

Em tal situação, a autoridade do primeiro Estado-Membro de supervisão perde o seu direito a exercer o seu poder de aplicar sanções em um controlador estabelecido noutro Estado-Membro. Em seguida, deve, em cumprimento do dever de cooperação previsto no artigo 28 (6), da Directiva 95/46, solicitar à autoridade de outro Estado-Membro de supervisão para estabelecer uma violação do direito desse Estado-Membro e de impor sanções se que permite a lei, com base, se necessário, nas informações que a autoridade do primeiro Estado-Membro tiver transmitido à autoridade desse outro Estado-Membro. (76)

Como já indicado, a situação no presente caso é bastante diferente, na medida em que a lei aplicável é a do Estado-Membro da autoridade de supervisão que desejar exercer seus poderes de intervenção. Nesta situação, o artigo 28 (6), da Directiva 95/46 deve ser interpretado como não exigindo a autoridade de supervisão a solicitar à autoridade do Estado-Membro em que o controlador é estabelecida a exercer os seus poderes de intervenção contra esse controlador de supervisão.

Gostaria de acrescentar que, de acordo com o segundo [parágrafo] do artigo 28 (1) da Directiva 95/46, a autoridade de supervisão que tem o direito de exercer

os seus poderes de intervenção contra um responsável estabelecido num outro Estado-Membro que o seu própria deve agir com total independência no exercício das funções que lhe são confiadas.

Como já deixou claro, a Directiva 95/46 não prevê um princípio do país de origem ou para um mecanismo one-stop-shop do tipo que aparece no Regulamento n 2016/679. Um controlador que tem estabelecimentos em vários Estados-Membros é, portanto, totalmente sujeita à supervisão de diversas autoridades de supervisão se as leis dos Estados-Membros para os quais essas autoridades pertencem são aplicáveis. Enquanto consulta e cooperação entre as autoridades de supervisão é obviamente desejável, não há nada para obrigar uma autoridade de supervisão cuja competência é reconhecida a alinhar a sua posição com a posição adoptada por outra autoridade de supervisão.

Concluo do exposto que o artigo 28 (1), (3) e (6), da Directiva 95/46 deve ser interpretada no sentido de que, em circunstâncias como as dos processos principais, a autoridade do Estado-Membro de supervisão em que o estabelecimento do controlador está localizado tem o direito de exercer os seus poderes de intervenção contra esse controlador de forma autónoma e sem que seja necessário primeiro a recorrer à autoridade de supervisão do Estado-Membro em que o controlador está localizado a exercer os seus poderes.

III. Conclusão

Tendo em conta as considerações precedentes, proponho que o Tribunal responda às questões colocadas pelo Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo Federal, Alemanha) como segue:

(1) Artigo 2 (d), da Directiva 95/46 / CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1882/2003 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de setembro de 2003 deve ser interpretado no sentido de que o administrador de uma página de fãs em uma rede social como o Facebook deve ser considerado como sendo um controlador, na acepção dessa disposição, na medida em que diz respeito à fase do tratamento de dados pessoais que consiste na recolha por essa rede social de dados relativos a pessoas que visitam a página de fãs com o objetivo de compilar estatísticas de visualização para essa página de fãs.

(2) Artigo 4 (1) (a) da Directiva 95/46, alterado pelo Regulamento n.º 1882/2003, deve ser interpretado no sentido de que o processamento de dados pessoais, como a que está em causa no processo principal é realizada no contexto de as actividades de um estabelecimento do responsável no território de um Estado-Membro, na acepção dessa disposição, quando uma empresa que opera uma rede social define-se nesse Estado-Membro uma subsidiária que se destina a promover e vender espaço publicitário oferecido por esse empresa e que direciona suas actividades para residentes nesse Estado-Membro.

(3) Em uma situação como a que está em causa no processo principal, em que a lei nacional que é aplicável ao tratamento de dados pessoais em questão é a do Estado-Membro a que uma autoridade de controlo pertence, o artigo 28 (1), (3) e (6), da Directiva 95/46, alterado pelo Regulamento n.º 1882/2003, deve ser

interpretado no sentido de que a autoridade de supervisão pode exercer de todos os poderes efectivos de intervenção conferidas nos termos do artigo 28 (3) da directiva contra o controlador, incluindo onde esse tratamento estiver estabelecido noutro Estado-Membro ou mesmo de um país terceiro.

(4) O artigo 28 (1), (3) e (6), da Directiva 95/46, alterado pelo Regulamento n.º 1882/2003, deve ser interpretado no sentido de que, em circunstâncias como as dos processos principais, a autoridade de supervisão do Estado-Membro em que o estabelecimento do controlador está localizado tem o direito de exercer os seus poderes de intervenção contra esse controlador de forma autónoma e sem que seja necessário primeiro recorrer à autoridade de supervisão do Estado-Membro em que o controlador está localizado a exercer os seus poderes.

Instrumentos de administração de conflitos e de promoção da cidadania ativa na ordem jurídica constitucional brasileira

Luciane Mara Correa Gomes¹

Centro Universitário Augusto Motta

Tauã Lima Verdán Rangel²

Universidade Federal Fluminense

Introdução

O Estado Democrático de Direito assumiu a posição de garantidor de inúmeros direitos aos indivíduos, conferindo aos mesmos aquelas acepções que foram internalizadas pelos regramentos internacionais como direitos humanos mínimos e essenciais a condição humana. Doutrinariamente identificáveis como dimensões ou gerações de direitos para estruturar a importância e a possibilidade de ponderação e relativização pelo Poder Judiciário.

Imperioso se faz delinear que na esfera dos direitos sociais, a assunção de contornos de direitos de primeira geração são considerados estruturantes ao indivíduo como homem, como cidadão. Para tanto, a abordagem teórica da cidadania é um dos pontos do qual se ocupa a presente reflexão pois a construção de decisões cuja participação do cidadão se esquadrinha torna-se muito mais sólida em termos de participação política do que aquelas que são vazias de representação popular. Muito embora, a formação democrática no Brasil é revestida de alguns aspectos pormenorizados e singularidades próprias face a deficiência de atuação da sociedade civil. Sendo latente que a falta de tradição no campo da cidadania traz para o Brasil uma criação de nichos corporativistas de defesa de interesses coletivos imanentes aqueles grupos, avivando ainda mais a desigualdade social, tornando ainda mais robusta a cultura estadista.

Viabilizar esta atuação dos indivíduos inclinados a delegar ao Estado a decisão acerca de seus próprios interesses é uma tarefa da qual o trabalho se ocupa num

¹Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá. Bacharel em Ciências Jurídicas e Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professora no Centro Universitário Augusto Motta.. Endereço eletrônico: lucianemara@uol.com.br. Acesso currículo Plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7142619530244859>

² Bolsista CAPES. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo. Professor na Faculdade Metropolitana São Carlos – Bom Jesus do Itabapoana e na Multivix – Unidade Cachoeiro de Itapemirim-ES. Endereço Eletrônico: taua_verdan2@hotmail.com. Acesso currículo Plataforma Lattes <http://lattes.cnpq.br/8802878793841195>.

primeiro momento para que a mudança no sistema jurídico não seja frustrada e por conseqüência burlar o fundamento de sociedade justa e participativa, ponto nodal da jurisdição constitucional. Fomentar a participação popular como experimento de cidadania é um exercício que engloba não só os canais de comunicação como também o reconhecimento de princípios de cooperação e colaboração não gestão dos conflitos.

É fato que, no território nacional, o sistema jurídico estabelecido privilegia, sobremaneira, o enfrentamento entre as partes envolvidas no litígio, agravando, comumente, conflitos inúteis, alongando as batalhas e fomentando o confronto entre os envolvidos no dissenso causador da lide. Não bastasse a ótica adversarial que torna os limites do caderno processual um verdadeiro campo de batalhas, a morosidade do desenvolvimento da marcha do processo tem o condão de desencadear nefastos desgastes, comprometendo, por vezes, o discernimento dos envolvidos no que toca à administração do conflito. No sistema vigente, cuida reconhecer que a conflituosidade tende a emoldurar os procedimentos judiciais.

Os litigantes, em decorrência dos mecanismos processuais agasalhados na legislação processual, são obrigados, comumente, a apresentar motivos justificadores a existência do dissenso, buscando se colocar em situação de vítima e a parte *ex-adversa* como culpada pela ocorrência do conflito, utilizando, por vezes, de argumentos que são hipertrofiados e que não refletem, em razão do grau de comprometimento psicológico dos envolvidos, a realidade existente, aguçando, ainda mais, a beligerância entre os envolvidos. Nesta senda, o objetivo do trabalho é buscar fomentos a participação dos indivíduos, na tomada de decisão dos conflitos como meio de exercício de cidadania. Especificamente, toma como parâmetro construir meios de tornar os indivíduos mais participativo na tomada de decisões, adotando como hipótese a superação da noção de um estado paternalista e a capacitar os indivíduos para atuar no sistema adversarial brasileiro, em contraposição a explosão de litigiosidade e complexidade dos conflitos que assoberbam o sistema processual pátrio.

A pesquisa é sustentada em Benevides, Chaui e Vieira para compreender os conceitos inerentes a cidadania e as peculiaridades do sistema democrático brasileiro se reporta a visão apresentada por Garcia, Andrade, Castro e Pereira. O suporte para a formação do raciocínio acerca do aumento de conflitos se faz em Vasconcelos e Foley. Adotando perfil qualitativo, com métodos bibliográfico da revisão temática proposta e documental a partir de observações do sistema de fomento em fase prematura no Brasil.

2 DA SUPERAÇÃO DA ESTADANIA À EDIFICAÇÃO DA CIDADANIA ATIVA

Em um primeiro comentário, cuida destacar que, em sede de teoria constitucional contemporânea, *cidadão* é o indivíduo que detém vínculo jurídico com o Estado. "É portador de direitos e deveres por uma determinada estrutura legal (Constituição, leis) que lhe confere, ainda, a nacionalidade" (BENEVIDES, 1994, p. 07). Cidadãos, portanto, são, em tese, livres e iguais perante a lei, porém são considerados súditos em relação ao Estado. Neste aspecto, nos regimes democráticos, compreende-se que os cidadãos participarem ou aceitaram o pacto estruturante da nação ou, ainda, de uma nova ordem jurídica. Por sua vez, no quadro da democracia liberal, o termo *cidadania* corresponde ao conjunto das liberdades

individuais – os denominados direitos civis de locomoção, pensamento, expressão, integridade física, associação, etc. Denota-se, neste primeiro contato, que a cidadania advém da construção e reconhecimento dos direitos humanos de primeira dimensão. “Os direitos de primeira geração [dimensão] ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade” (BONAVIDES, 2007, p. 563), aspecto este que passa a ser característico da dimensão em comento. Com realce, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, refletindo um ideário de afastamento daquele das relações individuais e sociais.

A edificação da democracia social introduziu, àqueles direitos do indivíduo, os direitos trabalhistas, também nomeados de direitos a prestações de natureza social reclamadas ao Estado, tais como educação, saúde, seguridade e previdência. Bonavides, ao tratar do tema, destaca que os direitos de segunda dimensão “são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal” (BONAVIDES, 2007, p. 564). Os direitos alcançados pela rubrica em comento florescem umbilicalmente atrelados ao corolário da igualdade. Como se percebe, a marcha dos direitos humanos fundamentais rumo às sendas da História é paulatina e constante. Ademais, a doutrina dos direitos fundamentais apresenta uma ampla capacidade de incorporar desafios. “Sua primeira geração enfrentou problemas do arbítrio governamental, com as liberdades públicas, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os direitos econômicos e sociais”, como bem evidencia Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2004, p. 47).

Em ambos os casos o cidadão, nesta concepção, é titular de direitos e liberdades em relação ao Estado e a outros particulares – mas permanece situado fora do âmbito estatal, não assumindo qualquer titularidade quanto a funções públicas. Mantém-se, assim, a perspectiva do constitucionalismo clássico: direito do homem e do cidadão são exercidos frente ao Estado, mas não dentro do aparelho estatal (BENEVIDES, 1994, p. 08).

Ora, o cidadão, além de ser alguém que é capaz de exercer direitos, cumpre deveres ou goza de liberdades em relação ao Estado, assim como é titular, mesmo que parcialmente, de uma função ou poder público. Com efeito, a possibilidade de participação direta no exercício do poder político confirma o ideário de soberania popular como elemento imprescindível ao delineamento da democracia. Mais que isso, é verificável o reforço da importância de se somarem direitos políticos aos direitos sociais, porquanto aqueles favorecem a organização para a reclamação desses. Nesta toada, como bem destaca Chauí (1984), a cidadania pode ser definida pelos princípios da democracia, traduzindo-se, necessariamente, em conquista e em consolidação social e política. Benevides (1994), em arremate ao esposado, aponta que a cidadania reclama instituições, mediações e comportamentos próprios, substancializando-se na criação de espaços sociais de lutas (movimentos sociais, sindicais e populares) e na definição de instituições permanentes para a expressão política, tais como partidos, legislação e órgãos do Poder Público.

Do apresentado, há que se distinguir a cidadania passiva – “aquela que é outorgada pelo Estado, com a ideia moral do favor e da tutela” (BENEVIDES, 1994, p. 08) – da cidadania ativa, aquela que empodera o cidadão como portador de direitos

e deveres, mas, fundamentalmente, criador de direitos para abrir novos espaços de participação política. Assim, a cidadania ativa, a partir da concepção exposta, reclama, em sede do território nacional, uma substancial ampliação dos direitos políticos para possibilitar a participação direta do cidadão no processo das decisões de interesse público. Todavia, o exercício da cidadania ativa não pode está limitado apenas a uma atuação na esfera política institucional, reclamando plurais arenas de materialização. Neste passo, há que se reconhecer, também, que é imprescindível a existência de espaços públicos independentes das instituições do governo, do sistema partidário e das estruturas do Estado é condição imprescindível à democracia contemporânea e o exercício da cidadania ativa. “Como intermediações entre o nível do poder político e as redes da vida cotidiana, esses espaços públicos requerem simultaneamente os mecanismos da representação e da participação” (VIEIRA, s.d., p. 09).

Salta aos olhos, portanto, que ambos são fundamentais para a existência da democracia nas sociedades complexas, eis que, consoante Melucci (1988) os espaços públicos são pontos de conexão entre as instituições políticas e as demandas coletivas, entre as funções de governo e a representação de conflitos. Nesta linha, a edificação dessa esfera social-pública, na condição de participação social e política dos cidadãos, passa pela existência de entidades e movimentos não-governamentais, não-mercantis, não-corporativos e não-partidários. Ora, tais entidades e movimentos são privados por sua origem, mas públicos por seu escopo. Eles promovem a articulação entre esfera pública e âmbito privado como nova forma de representação, perseguindo alternativas de desenvolvimento democrático para a sociedade. Segundo Vieira (s.d.), as organizações da sociedade civil que cumprem funções públicas percebem sua prática inovadora na articulação de uma nova esfera pública social, sendo consideradas precursoras de uma nova institucionalidade emergente. Verifica-se, assim, que o Estado, o mercado, as corporações e os partidos não seriam suficientes para a articulação e ampliação da esfera pública em sua integralidade, nem seriam adequados para a estruturação de uma nova institucionalidade social-pública. Ao reverso, a pressão advinda de uma esfera social-pública emergente é que poderia reformar e democratizar efetivamente o Estado, o mercado, as corporações e os partidos.

Os chamados novos movimentos sociais - movimentos ecológicos, feministas, de minorias, de consumidores etc. - se organizaram de forma autônoma fora dos partidos políticos, pois sentem-se (sic) afugentados pela forma piramidal, burocrática e profissional das lutas político-partidárias. Em suma, essas entidades e movimentos da sociedade civil, de caráter não-governamental, não-mercantil, não-corporativo e não-partidário, podem assumir um papel estratégico quando se transformam em sujeitos políticos autônomos e levantam a bandeira da ética, da cidadania, da democracia e da busca de um novo padrão de desenvolvimento que não produza a exclusão social e a degradação ambiental (VIEIRA, s.d., p. 10).

Tecidos estes comentários, há que se destacar, ainda segundo a visão apresentada por Garcia (2009), que o Brasil é um país que concentra inúmeras peculiaridades, sejam elas históricas, climáticas, geográficas, culturais e étnicas. Contabiliza-se, dentro das inúmeras singularidades, a relação construída entre

governantes e governados, porquanto o Brasil não é uma ação de direitos conquistados, mas sim de direitos concedidos. Desta feita, percebe-se que, desde o Brasil colônia até os dias atuais, a relação entre a população e detentores do poder se caracterizou pela constante subordinação e pelo excesso de autoritarismo. Com ênfase, “o Estado brasileiro é caracterizado por políticas paternalistas e populistas, assimiladas como formas de concessões e benefícios oferecidos pelo governante a seus cidadãos” (ANDRADE; CASTRO; PEREIRA, 2012, p. 185).

A trajetória histórica nacional revela que a democracia e a cidadania tiveram uma formação dessemelhante da encontrada em outras partes do globo, porquanto, no território nacional, em primeiro lugar vieram os direitos sociais, em seguida direitos políticos e, por fim, os direitos civis. Cuida salientar que a implementação de cada um desses direitos não ocorreu de forma ideal e satisfatória, eis que parcela dos direitos supramencionados permanece inacessível a uma grande parte da sociedade brasileira. Ao lado disso, Paulo Franzaglia (2007) acrescenta, ainda, que os fatos que marcaram a trajetória histórica brasileira funcionaram como obstáculos para a formação de uma cultura cívica consolidada. Carvalho (2001) explica que o Brasil pode ser enquadrado entre aqueles países que desenvolveram sua cidadania de “cima para baixo”, porquanto os grandes marcos históricos se deram sem revolução social e política. Essa precariedade de participação reflete até nos dias atuais, sendo tímido o papel desempenhado pela sociedade civil.

Denota-se, no Brasil, em consonância com as ponderações apresentadas por Moura e Silva (2008), o predomínio de perspectivas que conferem maior destaque ao Estado, na condição de ator e protagonista na estruturação da vida social, subsistindo, assim, uma concepção “estatista”, conferindo ao Estado a capacidade de iniciativa e de condução da dinâmica sociopolítica e/ou da modernização do país, incumbindo aos atores não estatais um papel de coadjuvantes na arena da cidadania. “No Brasil não predomina uma tradição de vida civil ativa, o que fortalece a premissa de que o Estado sempre assumiu uma postura central na relação entre poder público e sociedade” (ANDRADE; CASTRO; PEREIRA, 2012, p. 186). Em uma perspectiva adicional, denota-se que o Poder Público não é garantidor dos direitos de todos, mas sim de grupos econômicos e de cidadãos que com ele edificam uma rede clientelista de distribuição particularista de bens públicos. Assim, é denotável que a cultura “estatista” favorece uma visão corporativa dos interesses coletivos.

Consoante Carvalho (2007), a ausência de ampla organização autônoma da sociedade faz com que os interesses corporativos prevaleçam. “Assim, a representação política não funciona No Brasil, diversos fatos da história da administração pública propiciaram o fortalecimento de uma “estadania”” (ANDRADE; CASTRO; PEREIRA, 2012, p. 186). Nesta linha de exposição, a crescente desigualdade social do país fomenta a consolidação de uma cultura pouco favorável à atuação coletiva e aos valores igualitários, essenciais à democracia. Ribeiro (2007), por sua vez, destaca que a democracia vindica a participação de todas as pessoas dotadas de autonomia moral, o que demanda um grau razoável de independência e segurança econômica. Assim, Ribeiro defende a ideia de que no Brasil predomina uma “democracia representativa excludente”, em que poucos desfrutariam da real condição de cidadania.

No mais, cuida destacar que uma sociedade democrática é caracterizada pela existência de cidadãos capazes de solucionar, com habilidade, os problemas e embates sociais, decorrentes do convívio com outros indivíduos, em especial quando o fenômeno judicializante que vigora no Brasil obsta a pacificação social e a manutenção dos laços de convivência contínua, estando voltado para o julgamento mecânico das lides e atendimento de metas. Tal capacidade, com efeito, decorre da estruturação de uma educação associada ao desenvolvimento da acepção estrutural de cidadão, enquanto integrante da vida pública, e por meio da prática cotidiana da participação livre e experiente da cidadania. "Participação e cidadania são conceitos interligados e referem-se à apropriação pelos indivíduos do direito de construção democrática do seu próprio destino" (NASCIMENTO, 2010). Ora, é verificável que ambos estão umbilicalmente atrelados, porquanto a cidadania só é substancializada na presença de uma participação social entendida enquanto ação coletiva e o seu exercício consciente, voluntário e conquistado. Nesta esteira, a construção de uma vivência democrática transparente reclama uma gestão que se alicerce na inclusão da comunidade em geral, assegurando, por extensão, a igualdade de participação, tal como possibilite a expressão das ideias que possam ser discutidas em momento de deliberação coletiva.

Assim, é imprescindível o exercício da comunicação, eis que quando os indivíduos passam a ter oportunidade plena de interagir, debater e deliberar a respeito dos problemas concretos que a comunidade apresenta diariamente, é desenvolvido a capacidade de lidar com estes problemas, bem como convergir esforços para a sua resolução. Ao lado disso, não se pode olvidar que em um procedimento tão livre e autocorretivo de intercomunicação, o surgimento de conflitos entre os indivíduos é algo inevitável, principalmente que cada um tem seu modo de encarar as necessidades, fins e consequências, tal como tolerar níveis de desgaste. Com realce, a solução para tais conflitos está jungida na cooperação amigável, sendo que as controvérsias devem ser convertidas em empreendimentos cooperativos, nos quais as partes aprendem possibilidades de se expressar. A gestão democrática e participativa de conflitos requer o desenvolvimento de um olhar de cada espaço como um elo de resolução das pendências e colisões de interesses interpelando os envolvidos e os demais integrantes da comunidade à participação e ao envolvimento nesse procedimento.

Ora, cuida reconhecer que a superação da estadia supramencionada não se dá apenas nas raias da representatividade política, mas ganha pungência em um sistema processual que valoriza a ideologia estruturada no binômio ganhador-perdedor³. É possível, contudo, adiantar que uma sociedade democrática é caracterizada pela existência de cidadãos capazes de solucionar, com habilidade, os problemas e embates sociais, decorrentes do convívio com outros indivíduos, em especial quando o fenômeno judicializante que vigora no Brasil obsta a pacificação social e a manutenção dos laços de convivência contínua, estando voltado para o julgamento mecânico das lides e atendimento de metas. Tal capacidade, com efeito, decorre da estruturação de uma educação associada ao desenvolvimento da acepção estrutural de cidadão, enquanto integrante da vida pública, e por meio da prática

³ Sobre o sistema processual adversarial brasileiro e a ideologia ganhador-perdedor, o artigo aprofundará tal temática na seção 02.

cotidiana da participação livre e experiente da cidadania. "Participação e cidadania são conceitos interligados e referem-se à apropriação pelos indivíduos do direito de construção democrática do seu próprio destino" (NASCIMENTO, 2010). Ora, é verificável que ambos estão umbilicalmente atrelados, porquanto a cidadania só é substancializada na presença de uma participação social entendida enquanto ação coletiva e o seu exercício consciente, voluntário e conquistado. Nesta esteira, a construção de uma vivência democrática transparente reclama uma gestão que se alicerce na inclusão da comunidade em geral, assegurando, por extensão, a igualdade de participação, tal como possibilite a expressão das ideias que possam ser discutidas em momento de deliberação coletiva.

Assim, é imprescindível o exercício da comunicação, eis que quando os indivíduos passam a ter oportunidade plena de interagir, debater e deliberar a respeito dos problemas concretos que a comunidade apresenta diariamente, é desenvolvido a capacidade de lidar com estes problemas, bem como convergir esforços para a sua resolução. Ao lado disso, não se pode olvidar que em um procedimento tão livre e autocorretivo de intercomunicação, o surgimento de conflitos entre os indivíduos é algo inevitável, principalmente que cada um tem seu modo de encarar as necessidades, fins e consequências, tal como tolerar níveis de desgaste. Com realce, a solução para tais conflitos está jungida na cooperação amigável, sendo que as controvérsias devem ser convertidas em empreendimentos cooperativos, nos quais as partes aprendem possibilidades de se expressar. A gestão democrática e participativa de conflitos requer o desenvolvimento de um olhar de cada espaço como um elo de resolução das pendências e colisões de interesses interpelando os envolvidos e os demais integrantes da comunidade à participação e ao envolvimento nesse procedimento.

3 O SISTEMA ADVERSARIAL BRASILEIRO E O ACIRRAMENTO DA LITIGIOSIDADE ENTRE OS ATORES PROCESSUAIS

Em um primeiro comentário, faz-se notório destacar que o *conflito* é algo intrínseco à condição humana, tendo o seu nascedouro desde os primórdios da formação da sociedade e se consolidando com as pretensões adversas apresentadas pelos indivíduos em contínua convivência. Neste sentido, o conflito materializa o dissenso, decorrendo das expectativas, valores e interesses contrariados. "Embora seja contingência da condição humana, e, portanto, algo natural, numa disputa conflituosa costuma-se tratar a outra parte como adversária, infiel ou inimiga", como complementa Vasconcelos (2012, p. 19). Desta feita, é oportuno assinalar que a percepção do *conflito* experimentada pela sociedade contemporânea transmuda a parte como adversária, apenas por apresentar objetivos distintos e dissonantes, tal como responsabiliza aquela como causadora do conflito, sendo, portanto, a raiz do problema que atenta contra a pacificação social, devendo, pois, ser expurgado. Ao lado disso, a partir de uma perspectiva puramente legal, "o conflito é resultado de uma violação da lei ou de uma desobediência a um padrão, fato que lhe confere uma aversão social", conforme pondera Foley (2011, p. 246).

Corriqueiramente, é verificável uma conjunção de esforços, por vezes sobre-humanos, para concentrar todo o raciocínio e elementos probatórios na busca insaciável de alcançar novos fundamentos para fortalecer o posicionamento unilateral, com o objetivo único de enfraquecer e destruir os argumentos apresentados pela parte *ex-adversa*. O crítico cenário descrito é plenamente

observável, especialmente, em processos judiciais, nos quais o desgaste das pessoas diretamente afetadas pelo litígio é ofuscante, quer seja em razão da morosidade, quer seja em decorrência do comprometimento psicológico daqueles na questão discutida. A visão tradicional que envolve o conflito, como sendo algo ruim, é tão arraigada na sociedade contemporânea que obsta os envolvidos de analisarem a questão de forma madura, compartilhando a responsabilidade sobre a questão, mas sim promovendo uma constante busca em transferir “ao outro” a culpa pelo surgimento e o agravamento do conflito. Ao invés de envidar esforços para tratar o conflito, por meio de estratégias sóbrias e racionais, a abordagem tradicional do dissenso concentra todos os empenhos em identificar o culpado pelo surgimento do conflito e puni-lo. Foley, neste sentido, anota que:

No sistema judicial oficial, o conflito é solucionado por meio da aplicação do ordenamento jurídico ao caso concreto. O processo é o palco no qual interesses são dialeticamente confrontados sob uma aura adversarial que confere ao conflito uma dimensão de disputa. O vencedor da demanda encontra satisfação de seus interesses materiais e o derrotado, em geral, sente-se injustiçado. Não há um processo de compreensão das origens e das circunstâncias em que se situa o conflito, tampouco se verifica uma participação na busca de uma solução criativa capaz de contemplar os reais interesses em disputa. (FOLEY, 2011, p. 248).

Desta sorte, seguindo as ponderações apresentadas por Pinho e Paumgartten (s.d.), a explosão de litigiosidade que caracteriza, de maneira geral, as sociedades contemporâneas é dotada de elevada complexidade, sendo, sem dúvidas, alimentada, de maneira abundante, por sistemas extremamente normativos, que de forma isolada, sem a intervenção do Poder Judiciário, não consegue prevenir o surgimento e, por vezes, agravamento do conflito. Mais que isso, é experiência peculiar de países com ordenamento jurídico pouco efetivo e diminuta credibilidade social, que dificulta o conhecimento ou confunde a população, tornando, comumente, verdadeiro obstáculo ao cumprimento de tal arcabouço jurídico. Ademais, há que reconhecer que a litigiosidade encontra caudalosa fonte no fato de algumas sociedade ao desenvolvimento e emprego da autocomposição dos conflitos, seja por uma cultura demandista/adversarial ou em razão da atuação do Poder Judiciário que, em um contínuo processo de inchaço, não admite a perda do controle e poder sobre a sociedade, culminando em uma sobrecarga e o exaurimento da capacidade produtiva jurisdicional.

O sistema jurídico, em vigor, apresenta como robusto aspecto a confrontação entre as partes em litígio, agravando, corriqueiramente, conflitos inúteis, alongando as batalhas e fomentando o confronto entre os envolvidos no dissenso causador da lide. Trata-se da valoração do dualismo perdedor-ganhador fomentado pelo sistema processual adotado, no qual, imperiosamente, a morosidade do processo acarreta o desgaste ainda maior, comprometendo, por vezes, o discernimento dos envolvidos para uma abordagem madura da questão. No sistema vigente, pautado na conflituosidade que caracteriza os procedimentos judiciais, os litigantes são obrigados, comumente, a apresentar motivos justificadores a existência do dissenso, buscando se colocar em situação de vítima e a parte *ex-adversa* como culpada pela ocorrência do conflito, utilizando, por vezes, de argumentos que são hipertrofiados e que não refletem, em razão do grau de

comprometimento psicológico dos envolvidos, a realidade existente, aguçando, ainda mais, a beligerância entre os envolvidos.

Ademais, a tônica desenvolvida na liturgia processual, pragmática, engessada, voltada à satisfação de índices e metas estabelecidos, com o único intento de promover a materialização ao direito fundamental e constitucional à duração razoável do processo, mascara um sistema ineficiente, no qual não se trata o problema (o conflito), mas tão somente coloca fim a mais um processo, atendendo as expectativas frias e débeis de finalização de processos. Ora, é crucial destacar que o apostilado processual não se resume a uma sequência lógica de peças que observam um rito, previamente estabelecido, culminando, em sede de primeiro grau, com a prolação de uma sentença que, por excelência, encerra a prestação jurisdicional. Ao reverso, trata-se de um compêndio que reflete, comumente, as angústias e anseios dos envolvidos, os quais, mais que o pronunciamento do Estado-juiz, buscam o tratamento do conflito, das causas ensejadoras e consequências decorrentes do dissenso, de maneira a abreviar uma situação que cause desgaste emocional, psicológico e físico.

O estado emocional fomenta as polaridades e atalha a percepção do interesse comum, mascarando-o sob a falsa perspectiva de atingir apenas o interesse individual, mantendo-se incólume aos efeitos reflexos advindos do desgaste proporcionado pela gestão ineficiente do conflito. Como bem destacam Moraes e Spengler (2008, p. 54), "o conflito transforma o indivíduo, seja em sua relação um com o outro, ou na relação consigo mesmo, demonstrando que traz consequências desfiguradas e purificadoras, enfraquecedoras ou fortalecedoras". Partindo da premissa que o conflito interpessoal não tem solução, é possível estabelecer diretrizes sóbrias que busquem solucionar as disputas pontuais, confrontos específicos, dispensando ao dissenso um aspecto positivo. Com efeito, trata-se da premissa de utilizar o conflito como algo positivo para aqueles que estão inclusos nele, permitindo amadurecimento na administração e empoderamento na edificação de consensos. Acerca do tema, é oportuno colacionar as anotações de Vasconcelos:

O conflito não é algo que deva ser encarado negativamente. É impossível uma relação interpessoal plenamente consensual. Cada pessoa é dotada de uma originalidade única, com experiências e circunstâncias existenciais personalíssimas. Por mais afinidade e afeto que exista em determinada relação interpessoal, algum dissenso, algum conflito estará presente. A consciência do conflito como fenômeno inerente à condição humana é muito importante. Sem essa consciência tendemos a demonizá-lo ou a fazer de conta que não existe. Quando compreendemos a inevitabilidade do conflito, somos capazes de desenvolver soluções autocompositivas. Quando o demonizamos ou não o encaramos com responsabilidade, a tendência é que ele se converta em confronto e violência.

O que geralmente ocorre no conflito processado com enfoque adversarial é a hipertrofia do argumento unilateral, quase não importando o que o outro fala ou escreve. Por isso mesmo, enquanto um se expressa, o outro já prepara uma nova argumentação. Ao identificarem que não estão sendo entendidas, escutadas, lidas, as partes se exaltam e dramatizam, polarizando ainda mais as posições. (VASCONCELOS, 2012, p. 19-20).

Com efeito, a solução transformadora do conflito reclama o reconhecimento das diferenças e do contorno dos interesses comuns e contraditórios, subjacentes, já que a relação interpessoal está calcada em alguma expectativa, valor ou interesse comum. Já restou devidamente demonstrada que a visão tradicional não produz os resultados ambicionados, já que a eliminação do conflito da vida social é algo que contraria a existência e interação em sociedade. O mesmo pensamento vigora com a premissa de que a paz social só pode ser alcançada, essencialmente, com a erradicação do conflito; ao reverso, a paz é um bem precariamente conquistado por pessoas e sociedades que apreendem a abordar o conflito de forma consciente e madura, dispensando um tratamento positivo, em prol do crescimento e amadurecimento dos envolvidos e não como elemento de destruição.

Segundo Foley (2011, p. 246), toda situação conflituosa deve ser analisada como uma oportunidade, na proporção em que possibilita a veiculação de um processo transformador. Ora, os conflitos são detentores de sentidos e, quando compreendidos, as partes neles envolvidas têm a possibilidade de desenvolver e transformar a sua vida, logo, como são elementos constituintes da vida humana, não podem ser concebidos como exceção, mas sim como mecanismos oriundos da coexistência em sociedade que permite o amadurecimento dos envolvidos e, por vezes, a alteração da ótica para analisar as situações adversas a que são submetidos. Neste passo, conceber o conflito como uma aberração social é contrariar a própria essência do convívio em sociedade, no qual indivíduos complexos, com entendimentos e posturas variadas e plurais, em convívio contínuo, tendem a apresentar interesses opostos, os quais, inevitavelmente, entram em rota de colisão.

Na atualidade, o Brasil verifica um acentuado quadro de conflitos sociais que se estender por distintos segmentos. Trata-se de uma generalização de conflitos que se desenvolve fomentado pelo estresse da contemporaneidade, conjugado com a ausência de mecanismos eficientes na resolução de conflitos, de maneira extrajudicial e que permita a manutenção das relações continuadas. "Áreas urbanas e rurais, bairros de diferentes classes e também escolas estão sendo palco de agressões físicas e psicológicas quase diárias, gerando uma sensação de insegurança e revolta na população do país" (SALES; ALENCAR; FEITOSA, 2009, p. 282). Tal fato decorre, em especial, devido à erosão das instituições sociais que são responsáveis pelo desenvolvimento dos cidadãos e pela segurança dos indivíduos. Neste aspecto, comumente destaca-se que a família, a escola e os órgãos de segurança pública, entre outros, estão falhando no cumprimento de suas funções sociais. Denota-se, deste modo, que nas últimas décadas houve um progressivo esfacelamento da estrutura que sustenta a sociedade brasileira, agravado robustamente em decorrência da distorção de valores e costumes, bem como influenciado pelo ritmo frenético que caracteriza a vida contemporânea, em especial nos grandes centros.

Especialmente nas grandes metrópoles, a difícil crise vivenciada pelos poderes judiciais locais, a crescente heterogeneidade sócio-cultural, a especialização da divisão do trabalho, a diversificação e fragmentação de papéis sociais, e os problemas e dificuldades de acesso das camadas populares a bens materiais e imateriais valorizados no âmbito da sociedade abrangente, são fatos que favorecem a noção de complexidade do mundo contemporâneo. Constata-se uma significativa mudança nos padrões "tradicionais" relativos aos valores e crenças, que se deslocam em busca de

adequação a um novo *establishment*. A valorização do indivíduo encontra um papel determinante não só na dimensão econômica, como também na dimensão interna da subjetividade. O trânsito entre mundos sócio-culturais distintos favorece os inúmeros choques de valores e interesses, demandando a utilização de novos padrões de comportamento e comunicação, em cujo cenário a "negociação" é a fonte primária dos interrelacionamentos (entre partes e organizações). (MENDONÇA. 2006, p. 31).

Salta aos olhos que, em decorrência da contínua judicialização dos conflitos e o ativismo propiciado à população, acarretam o engessamento do Poder Judiciário que, em razão do vultoso número de demandas ajuizadas diariamente, assim como ausência de recursos humanos suficiente e um sistema processualista desarmonioso com a realidade em que está inserido, não logra êxito em uma de suas funções estruturantes, qual seja: a pacificação social. Moraes e Spengler (2008, p. 54) destacam que "o conflito transforma o indivíduo, seja em sua relação um com o outro, ou na relação consigo mesmo, demonstrando que traz consequências desfiguradas e purificadoras, enfraquecedoras ou fortalecedoras". Em razão deste caótico cenário, no qual o desgaste das partes e o agravamento do conflito se tornam uma constante, conjugado com a necessidade de desenvolvimento de uma cultura pautada no diálogo entre os indivíduos

A mediação comunitária, nesta faceta, retira do conflito o seu aspecto negativo, conferindo-lhe um significado positivo, natural e imprescindível para a lapidação das relações, tal como a sua boa administração representa o percurso para o entendimento e para o restabelecimento da pacificação entre as partes. Sobre o tema, Foley (2011, p. 252) salienta que "quando a prática da mediação ocorre na esfera comunitária, pode haver uma integração das estratégias de fortalecimento da comunidade: o acesso à informação, a inclusão e a participação, a corresponsabilidade, o compromisso e a capacidade de organização local". Em decorrência de seus aspectos característicos, a mediação se revela como um mecanismo de solução adequado a conflitos que abordem relações continuadas, aquelas que são mantidas apesar do problema existente. Tal fato deriva da premissa que nessa espécie de conflitos se encontra as maiores dificuldades para a manutenção do diálogo e da comunicação, em razão da intensidade dos sentimentos envolvidos e da proximidade existente entre as partes, configurando verdadeiro obstáculo a reflexão. "A mediação conduz a um determinado grau de democratização, equivalente à realização de cidadania plena alcançada por quem dela participa, ao passo em que gere cidadãos ativos que compartilham efetivamente da vida social de sua comunidade", como bem evidencia Nascimento (2010).

A mediação comunitária representa a coesão e a solidariedade sociais desejando a efetividade das chamadas *democracias de alta intensidade*. A mediação comunitária aglomera as comunidades mais carentes em busca da solução e prevenção dos seus conflitos, almejando a paz social, com base na solidariedade humana. Sendo essa mediação realizada em comunidades periferias, onde o desrespeito aos direitos constitucionais é flagrante, representa um meio ainda mais efetivo de transformação da realidade. A mediação comunitária é um processo democrático de solução de conflitos, na medida em que possibilita o acesso à justiça (resolução dos conflitos) à maior parte da população de baixa renda. Além de possibilitar essa resolução, oferece aos cidadãos o sentimento de inclusão social. Ao

lado disso, quadra salientar que a base do processo de mediação é o princípio da solidariedade social. A busca de soluções adequadas para casos, pelas próprias partes, incentiva a conscientização das mesmas para a necessidade da convivência em paz.

Conforme sublinha Sales (2004, p. 136), a mediação comunitária estimula o indivíduo a participar ativamente da vida política da comunidade em dois sentidos: “quando possui a responsabilidade de resolver e prevenir conflitos (mediador) e ainda quando se tem a certeza de que existe um local, próprio da comunidade, direcionado a resolver as controvérsias que apareçam (mediados)”. Desta feita, a mediação comunitária viabiliza a construção de uma identidade política comum, ou melhor, a construção de um senso de pertencimento físico e espiritual com relação a uma dada localidade, privilegiando a comunidade como o *locus* fértil para o exercício de tal método de tratamento de conflitos. Ao promover a capacidade para a autogestão dos conflitos, empodera a comunidade sob uma perspectiva relacional, afixando um poder comunitário expressado no “poder com o outro”; na horizontalidade da conquista compartilhada e no resgate da consciência de que cada ser humano, num contexto coletivo, identifica-se como ator social, protagonista de destinos.

É imperioso a ressignificação do vocábulo “conflito”, adequando-o à realidade contemporânea, de modo que não seja empregado apenas em um sentido negativo, mas sim dotado de aspecto positivo, permitindo aos envolvidos o desenvolvimento de uma análise madura e sóbria da questão, de modo a enfrentar o dissenso como algo corriqueiro e integrante da vida em sociedade e não como uma exceção a ser combatida. Ressignificar o conflito, neste cenário, é extrair a moldura tradicional que desencadeia a incessante busca dos envolvidos em determinar o culpado e demonizá-lo, mas sim assegurar que haja o tratamento dos motivos e causas que desencadeiam os dissensos, propiciando a estruturação cultural de uma nova visão do tema.

4 PONDERAÇÕES FINAIS: O DIÁLOGO COMO INSTRUMENTO DE FOMENTO NA ADMINISTRAÇÃO DE CONFLITOS E NA PROMOÇÃO DA CIDADANIA ATIVA

Diante do cenário apresentado, é possível pontuar que, conquanto a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também nomeada de “Constituição Cidadã”, assegurar, formalmente, o acesso à justiça, há que se salientar que o Poder Judiciário, em decorrência do pragmatismo existente e da visão processual adotada, diariamente, frustra a promoção de tal direito. Na realidade, a busca insaciável por diminuição de processos, com emissões de pronunciamentos do Estado-juiz, pautado, corriqueiramente, na distorcida visão do acordo como elemento de satisfação das partes, apenas atende o aspecto quantitativo de índices e dados que buscam demonstrar que o Judiciário, como zeloso e sensível Poder constituído, trava uma batalha pela materialização do princípio da duração razoável do processo. Ora, a falaciosa cultura acordista, adotada no modelo nacional, não trata o conflito nem as causas que o desencadeiam; ao reverso, fomenta apenas o tradicionalismo adversarial arraigado que, imperiosamente, agrupa os envolvidos em polos conflitantes que, uma vez infantilizados pelo monopólio na solução dos litígios, transferem ao terceiro, Estado-juiz, a capacidade de gerir o dissenso e determinar, a partir do arcabouço jurídico posto, qual dos envolvidos é detentor do direito pleiteado ou mesmo quem ganha e quem perde.

Ainda que seja experimentado viver em um tempo de *judicialização da política* e de *ativismo judicial*, no qual o magistrado não é simplesmente *la bouche de la loi*, agindo ativamente ante as mazelas e falhas das instituições, é forçoso reconhecer que esse ativismo (igualmente foco de críticas) não é capaz de dar vazão a todas as necessidades e emergências que surgem a cada dia na realidade de cada comunidade. Neste passo, como bem salientou Aléxis Tocqueville:

[...] um poder central, por mais que se possa imaginá-lo civil e sábio, não pode abranger sozinho todos os detalhes da vida de um grande povo, não pode, porque um trabalho assim supera as forças humanas. Quando quer criar e fazer funcionar, apenas com as suas forças, tantos elementos diferentes, ou contenta-se com um resultado muito incompleto, ou esgota-se em esforços inúteis (TOCQUEVILLE, 1963, p. 29).

Na esfera do Poder Judiciário, os obstáculos a seu acesso são notáveis, principalmente àqueles menos favorecidos, o que estimula o desenvolvimento e a consolidação de novas fórmulas, surgindo, neste contexto, a *mediação comunitária*, como força pulsante na solução de conflitos. Superando a realidade de que a maioria desconhece seus direitos (e deveres) e que o processo judicial essencialmente dispendioso, o é proporcionalmente ainda mais caro aos mais pobres, como já observou Boaventura de Souza Santos (1985, p. 167).

Em oposição à visão negativa de abordagem dos conflitos, a mediação, como método extrajudicial de tratamento dos dissensos, busca promover uma mudança cultural, pautada no empoderamento dos envolvidos, de modo que, a partir do diálogo e amadurecimento dos mediandos, seja possível estabelecer uma responsabilização compartilhada, em substituição à figura do culpado, culminando na construção de consensos que decorram, de fato, da confluência da vontade dos envolvidos. Mais que isso, há que reconhecer que o diálogo permite uma experiência de aproximação com o outro, criando um cenário de comunhão, espontaneidade de perguntas e respostas e o ser humano deixa-se ser e dizer para o outro, revelando-se. O diálogo, em um cenário de aguçada litigiosidade, se apresenta como instrumento dotado de relevante proeminência, permitindo aos mediandos um crescimento pelo falar e pelo ouvir, abandonando a visão tradicional de imposição que é advinda do representante do Estado-juiz.

Não mais vigora a ideologia dualística do ganhador-perdedor, mas sim uma ótica segundo a qual o diálogo estruturado permite que ambos os envolvidos experimentem uma nova percepção do conflito, algo intrínseco e inseparável da convivência em sociedade. A cultura de empoderamento dos indivíduos possibilita que seja desenvolvida uma autonomia participativa que refletirá diretamente na construção dos consensos formados, eis que derivarão da conjunção de esforços e anseios dos envolvidos. Trata-se, com efeito, de reconhecimento e fortalecimento da cidadania ativa como instrumento capaz de conferir amadurecimento aos indivíduos, inclusive na condução e administração do conflito, sem que isso se reflita no fortalecimento da tradicional infantilização social e estadania. Neste cenário, o consenso é fruto da vontade dos envolvidos que, uma vez empoderados, logram êxito na gestão do conflito e no melhor mecanismo para tratá-lo, distinguindo-se, via de consequência, do pronunciamento estatal que, corriqueiramente, é imposto pelo

julgado, alheio às nuances e aspectos caracterizadores dos envolvidos, estando atrelado apenas ao arcabouço jurídico.

Cuida assinalar, neste sedimento, que “tudo aquilo que puder ser feito pela própria sociedade deve ser feito por ela, quando ela não puder fazer, o Estado interfere, mas não se trata de um Estado mínimo ou máximo, mas sim do Estado necessário” (MONTORO, 2002). Essas palavras, proferidas pelo professor André Franco Montoro, em Seminário sobre o “Federalismo e o fortalecimento do poder local”, expressam o coração do tema ora posto em reflexão: a perspectiva de um Estado mediador, que se encontra em um *meio termo* (nem absenteísta, nem interventor) e abraça um povo que se coloca como ator e responsável pela realidade que o cerca. Nessa projeção, sinaliza-se para o fenômeno do fortalecimento da sociedade civil, consolidando sua responsabilidade na realização do *bem comum*, tendo por meta a efetivação de uma democracia possível, com a concretização do primado da dignidade da pessoa humana e o reconhecimento de valores como a solidariedade e a participação popular.

Ora, há que reconhecer que em prol da edificação de um sistema pautado no empoderamento dos mediandos e no fortalecimento, por consequência, da cidadania ativa, o protagonismo está vinculado àqueles em detrimento do Estado-juiz. Mais que isso, em tal cenário, inexistente a figura do juiz togado, cuja legitimidade é proveniente do reconhecimento dispensado pelo Estado e pelo sistema burocrático, mas sim o mediador, o terceiro imparcial, escolhido consensualmente pelos envolvidos, cuja legitimação decorre do próprio reconhecimento da comunidade que, ao invés de emanar uma decisão, apenas orientará a condução do diálogo, permitindo que os mediandos alcancem o tratamento mais adequado ao conflito existente.

É denotável, portanto, que, ao conceder protagonismo aos mediandos, está, por consequência, conferindo reconhecimento à autonomia e amadurecimento daqueles diretamente envolvidos no conflito, inclusive no que toca à edificação de consensos que reflitam seus reais interesses e não pronunciamentos judiciais (sentenças e decisões) incapazes de tratar o conflito, mas que apenas colocam fim a mais um caderno processual. Assim, a mediação, em tal cenário, se apresenta como instrumento capaz de resgatar a capacidade do indivíduo de se expressar ativamente, manifestando-se na administração dos conflitos em que está envolvido, tal como permitir que o litígio não fosse encarado como algo destrutivo, uma arena de combate, mas sim um campo de amadurecimento, emancipação e cidadania ativa.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Daniela Meirelles; CASTRO, Carolina Lescura de Carvalho; PEREIRA, José Roberto. Cidadania ou “estadania” na gestão pública brasileira. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 46, v. 01, jan.-fev. 2012, p. 177-190. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v46n1/v46n1a09.pdf>>. Acesso em 16 set. 2015.
- BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais: A Nova Mediação Paraprocessual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

- BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. Cidadania e Democracia. **Revista Lua Nova**, n. 33, 1994, p. 05-16. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n33/a02n33.pdf>>. Acesso em 16 set. 2015.
- BEZERRA, Tício. A Mediação enquanto instrumento de Emancipação da Cidadania e de Democratização da Justiça e do Direito. **Revista Direito & Sensibilidade**, 2011, p. 211-226. Disponível em: <<http://seer.bce.unb.br/index.php/enedex/issue/current>>. Acesso em 16 set. 2015.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.
- CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.
- _____. Cidadania, estadania, apatia. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, p. 8, 24 jun. 2001.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.
- FOLEY, Gláucia Falsarella. A Justiça Comunitária para Emancipação. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas César (org.). **Justiça Restaurativa e Mediação: Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos Sociais**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011.
- FRONZAGLIA, Paulo M.L. Estado, cidadania e políticas de bem-estar no Brasil: uma abordagem histórica. **Revista Mackenzie**, São Paulo, n. 3, B07, 2007.
- GARCIA, Cláudia Moreira Hehr; VERDAN, Tauã Lima. A Mediação no Novo Código de Processo Civil Brasileiro: Críticas à Efetivação do Instituto de Composição de Litígios, a partir de uma análise construtiva das tradições *Civil Law* e *Common Law*. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; *et all.* (org.). **Mediação Judicial e Garantias Constitucionais**. Niterói: Editora do PPGSD, 2013.
- GARCIA, Gustavo S. Prado. **Estadania x cidadania**. Disponível em: <http://www.pradogarcia.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=60&Itemid=7>. Acesso em 16 set. 2015.
- GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos a partir do Direito Fraternal**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.
- MELLUCCI, A. Social Movements and the Democratization of Everyday Life. **Civil Society and the State**. Londres: Verso, 1988.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: Alternativas à jurisdição**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- MOURA, Joana Tereza Vaz; SILVA, Marcelo Kunrath. Atores sociais em espaços de ampliação da democracia: as redes sociais em perspectiva. **Revista Sociologia Política**, Curitiba, v. 16, n. suplementar, ago. 2008, p. 43-54.
- NASCIMENTO, Vanessa do Carmo. Mediação comunitária como meio de efetivação da democracia participativa. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 83, dez. 2010. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 16 set. 2015.
- NUNES, Dierle José Coelho Nunes. **Processo jurisdicional democrático. Uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2011.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele. **O acesso à justiça e o uso da mediação na resolução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário**. Disponível em: <<http://www.reajdd.com.br/html/humberto.pdf>>. Acesso em 19 set. 2015.

- RESTA, Elígio. **O Direito Fraterno**. VIAL, Sandra Regina Martini (trad.). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.
- RIBEIRO, Luiz Cesar Queiróz. Desafios da construção da cidadania na metrópole brasileira. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 22, n. 3, set. dez. 2007, p. 525-544. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v22n3/03.pdf>>. Acesso em 16 set. 2015.
- RIOS, Paula Lucas. Mediação Familiar: Estudo Preliminar para uma Regulamentação Legal da Mediação Familiar em Portugal. **Verbo Jurídico**, v. 2, 2005. Disponível em: <<http://www.verbojuridico.com>>. Acesso em 16 set. 2015.
- SANTA CATARINA (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Mediação Familiar: Formação de Base**. Florianópolis: 2004, 98p. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em 16 set. 2015.
- SILVA, João Roberto da. **A Mediação e o Processo de Mediação**. São Paulo: Paulistanajur Edições, 2004.
- SOARES, Samira Iasbeck de Oliveira. **Mediação de Conflitos Ambientais: Um novo caminho pra a Governança da Água no Brasil?** Curitiba: Editora Juruá, 2010.
- SPENGLER, Fabiana Marion. Uma nova abordagem dos conflitos sociojurídicos por meio do Direito Fraterno. **Direito em Debate**, n. 26, jul.-dez. 2006, p. 33-56. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/articloe/viewFile/676/393>>. Acesso em 19 set. 2015.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012.
- VIEIRA, Liszt. **Cidadania e Sociedade Civil no espaço público democrática**. Disponível em: <<http://empreende.org.br>>. Acesso em 16 set. 2015.
- WALTRICH, Dheimy Quelem; SPENGLER, Fabiana Marion. Reflexões acerca da Mediação Comunitária como Estratégia Prática de Cidadania Participativa. **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP**, a. 17, n. 25, 2013, p. 161-181. Disponível em: <<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/546>>. Acesso em 16 set. 2015.
- WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus Editora, 2001.

