



IBEROJUR

2019

BOOK OF

23rd ANNUAL MEETING OF NANTERRE NETWORK

LEGAL AND INTERDISCIPLINARY CHALLENGES IN CONTEMPORARY SOCIETY

UNIVERSITY OF SALAMANCA,
FACULTY OF LAW

COORDINATORS:

LORENZO BUJOSA VADELL
FÁBIO DA SILVA VEIGA
OTMAR SEUL
STEPHANIE ROHLFING-DIJOUX



All rights reserved to the publishers of the work. No part of the work may be reproduced without the express consent of the publishers.

Publishers are not responsible for the opinions, comments or statements of the authors represented in their articles.

© Lorenzo Bujosa Vadell

© Fábio da Silva Veiga

© Otmar Seul

© Stephanie Rohlfing-Dijoux

Book of 23rd Annual Meeting of Nanterre Network. Legal and interdisciplinary challenges in contemporary society

Publishers: Lorenzo Bujosa Vadell, Fábio da Silva Veiga, Otmar Seul, Stephanie Rohlfing-Dijoux

Faculty of Law, University of Salamanca.

Salamanca

Edition from 2019.

ISBN: 978-84-09-04895-3

SCIENTIFIC COMMITTEE

Angelo Viglianisi Ferraro, Università Degli Studi “Mediterranea” di Reggio Calabria / Italy

Anita Rodina, Latvijas Universitātes, Riga / Latvia

Basak Baysal, Istanbul University, Beyazit Istanbul / Turkey

Bettina Heiderhoff, Westfälische Wilhelms-Universität Münster / Germany

Catarina Santos Botelho, Universidade Católica Portuguesa, Porto / Portugal

Fábio da Silva Veiga, Universidad Europea de Madrid / Spain / CAPES / Brazil

Federico Bueno de Mata, Universidad de Salamanca / Spain

Emil W. Plywaczewski, Uniwersytetu w Białymstoku, Białystok / Poland

Haxhi Gashi, Univerzitet u Prištini, Prishtina / Kosovo

Goran Koevski, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ - Скопје, Skopje / Macedonia

Gianpaolo Poggio Smanio, Universidade Presbiteriana Mackenzie / Brazil

Gilberto Atencio Valladares, Universidad Salamanca / Spain

Izabela Skomerska-Muchowska, Uniwersytet Łódzki, Łódź / Poland

Lorenzo Bujosa Vadell, Universidad de Salamanca / Spain

Lourdes Mella Méndez, Universidad de Santiago de Compostela / Spain

Maria Manuela Magalhães, Universidade Portucalense / Portugal

Otmar Seul, Université Paris-Nanterre / France

Pedro Curvello Saavedra Avzaradel, Universidade Federal Fluminense / Brazil

Rubén Miranda Gonçalves, Universidad de Santiago de Compostela / Spain

Soazick Kerneis, Université Paris-Nanterre / France

Stéphanie Djoux, Université Paris-Nanterre / France

Tilman Bezenberger, Universität Potsdam / Germany

Tomas Davulis, Vilniaus universiteto, Vilnius / Lithuania

Ulrike Brandl, Universität Salzburg / Austria

Vânia Aieta, Universidade do Estado do Rio de Janeiro / Brazil

Vasco Pereira da Silva, Universidade de Lisboa / Portugal

Vicenç Ribas Ferrer, Universidad de Alcalá / Spain

Zélia Luiza Pierdoná, Universidade Presbiteriana Mackenzie / Brazil

NANTERRE NETWORK

Le Nanterre network fait partie de la stratégie internationale des "cursus intégrés franco-allemands" de Paris-Nanterre en **SCIENCES JURIDIQUES**, depuis les années 1990 *)

Lors des ANNUAL MEETINGS, les délégations se composent soit uniquement d'enseignants-chercheurs des Facultés de droit impliqués dans les échanges internationaux (Erasmus et autres), soit de cadres administratifs de l' "Erasmus office" de ces Facultés / Universités chargés des échanges avec d'autres Facultés de droit, ou encore de délégations mixtes comprenant enseignants-chercheurs + cadres administratifs.

Il s'agit ici d'un réseau INFORMEL avec une structure ultra - flexible reposant sur une multitude de partenariats bilatéraux (accords Erasmus, le plus souvent).

La participation aux ANNUAL MEETINGS avec leurs Colloques est volontaire. Elles sont "ouvertes" à toute autre université / toute autre personne intéressée.

Ainsi, à l'occasion de ces MEETINGS, peuvent se nouer de nouveaux contacts qui se concrétisent tôt ou tard par un accord bilatéral (Erasmus et autres). La grande majorité des délégués sont des juristes ou des linguistes spécialisés en "langue juridique". Parfois, les professeurs envoient à leur place des collaborateurs (assistants) ou des doctorants en droit.

Pour la partie COLLOQUE, les délégations comprennent souvent des "spécialistes" ayant les compétences nécessaires pour "intervenir". Parfois, les Facultés ne sont représentées que par un "spécialiste", intervenant donc uniquement dans le cadre du Colloque.

***) A EUROPEAN NETWORK OF ACADEMIC COOPERATION**

Since the 1990s, we created and developed a European network of academic cooperation (Nanterre network) in order to settle the French-German integrated curriculum in the European Higher Education and Research Area, to give its graduates access to international careers and in order to promote French and German language and legal cultures in Europe. This (informal) network, especially based on the Erasmus-Socrates agreements and regrouping more than 40 partner universities, was formed in three main steps:

1° by integrating the Law Faculties of the Humboldt University in Berlin, of Halle-Wittenberg, of Potsdam, of Dresden (TU) and other universities of the new Länder in 1990 after the German unification;

2° by opening the network to universities of Central and Eastern Europe (Poland and the Baltic States in particular) as soon as in 2000, in some cases before they even joined the EU in 2004;

3° the last to join in 2006 were the Turkish universities (among them the Universities of Istanbul, Galatasaray, Yeditepe, and Bilgi), which belonged to a country still preparing to enter the EU.

Since 1995, annual meetings have taken place in Nanterre/Paris, Siena, Berlin, Halle, Pamplona, Prague, Vilnius, Lodz, Riga, Paris, Fribourg (Switzerland), Istanbul, Sevilla, Barcelona/ Andorra, Berlin, Lisbon, Vienna, Dresden, Zurich, Bialystok.

Since the Bologna Declaration (1999), during these meetings, delegates from partner universities address the issue of the adaptation of their own national Higher Education system to the European standards.

Coupled with a colloquium or a workshop, these meetings also lead to discussions about the broad tendencies of the ongoing law harmonization in EU countries.

In 2004, as the EU extended to countries of Central and Eastern Europe, we had another innovative idea of creating French-German summer universities with other countries, focusing on the topic of European identity, of its assumptions and policies in the context of European integration and of globalisation.

French-German Summer Universities with other countries

Presentation dated 2014 In Europe

In September 2012, the appointed Minister for European affairs, Bernard Cazeneuve, patron of the Second French-German and European Summer University on energy and environmental law, paid tribute to a form of academic *pré-rentée* by stating that its “success cannot be denied and can even be exported, thus enhancing the influence of the French-German cooperation in Europe”. The University of Paris Ouest-Nanterre-La Défense was the first to create French-German and European summer universities in legal sciences. While the French-German cooperation has proven to be an excellent vector of academic exchanges between the two countries, the French-German integrated curricula open their activities also to universities of other EU and even non-EU countries. Summer universities designed by Otmar Seul display assets that make them unique in comparison to traditional academic offerings:

1° Since 2004, these summer universities – following the example of the first and main one organized each year in cooperation with the Universities of Frankfurt on Main and Vilnius in the Lithuanian capital - follow the ongoing process of harmonization of legislations and practices in the European Union. Essentially built up in the field of European

comparative law, they not only contribute to mutual legal understanding, but also to the discovery of the countries' societal dimensions. The diversity of participants - such as historians, political scientists, economists and sociologists - enables a multidisciplinary approach to dealing with legal questions and sometimes reveals unexpected issues.

2° Summer universities also lend themselves to innovative educational approaches. Defined as a forum open to dialogue, they are likely to contribute to a better perception of law and to the intellectual enrichment of both postgraduate students and PhD students. They may even enhance PhD students' academic abilities due to their appreciation as interlocutors between researchers and professionals. The workshops allow intensive implication of young researchers through an interactive approach. For some graduate students, the work is based on preliminary research on the topic of their future thesis, which is encouraged (as for PhD students) by a close cooperation with a French-German doctoral college that will be expanded to a European level in the future.

3° Summer universities are seen as an occasion to transmit national legal cultures – as much as possible - in their national languages. This concept is spurred on by the idea of a Europe promoting its linguistic and cultural diversity.

Another summer university is organised with the University of Potsdam and the State University of Belarus since 2011 in Minsk, the capital of Belarus, a member of the Commonwealth of Independent States (CIS). This Summer University encourages the participants to reflect on the evolution of law within a European legal area in a larger context as it now includes non-EU countries.

Since 2014, the University of Paris Ouest-Nanterre-La Défense and the University of Münster (Germany) work together with the Ss. Cyril and Methodius University (Macedonia), the University of Pristina (Kosovo), the University of Podgorica (Montenegro) and the University of Tirana (Albania) in order to create an unprecedented itinerant summer university in the Balkans. For Balkan States, the European perspective (that of a future EU adhesion) exposes them to the irreversibility of political, economic and social reforms that these countries must put in place as well as peace and regional stability.

In Maghreb and Latin America

The “delocalization of the campus via the summer university” (O. Seul) is no longer limited to the European area. Paris Ouest-Nanterre and Potsdam were invited by the Robert Bosch Foundation and the French-German University (UFA/DFH) to work on an “interdisciplinary approach of public sciences: civil law, administrative law, politics, economy, society and comparative law”, and therefore founded a French-German dialogue

with the Maghreb countries in 2013 in Tunis, in cooperation with Tunis-El Manar University (continued in 2014 in Casablanca, Morocco, with the Université Hassan 2, Faculty of Ain Sebaa). They offer students the opportunity to:

- analyze current legal, political, economic and socio-cultural developments in Tunisia and, whenever possible, in other Maghreb countries in the process of rebuilding;
- examine historical experiences of different countries (France, Germany, Maghreb countries) in the fields mentioned above through a multidisciplinary approach in order to highlight similarities and converging points that could support the discussion about the most appropriate public policies for the situation in the Maghreb;
- broaden the debate to the Mediterranean region that is at the crossroads of European and North African rights, and in particular to the implementation conditions of a common cooperation framework.

In 2013, the Nanterre model was also exported for the first time to a Latin American country: a French-German-Peruvian Summer University about “Democracy and the State of Law” was created at the Pontificia Universidad Catolica del Peru in Lima. Two innovations mark this event: not only does it go beyond the academic framework by opening itself to civil society, but - as suggested by Eda Rivas A. Franchini, Peruvian Minister of Justice – this event is also given a formative role that is beneficial to senior officials of the Ministry of Justice, especially in the fields of the defense of human rights, governance of a social State of law and citizen democracy.

In 2019 the 23rd Annual Meeting of Nanterre Network was held at the Faculty of Law of the University of Salamanca, Spain, and was coordinated by the professors Lorenzo Bujosa (University of Salamanca), Fábio Veiga (IBEROJUR), Otmar Seul (University of Paris Nanterre) and Stephanie Dijoux (University of Paris Nanterre).

The following are the lectures presented at the event.

SUMMARY

The Importance of Interdisciplinarity While Investigating and Lecturing Domestic Violence Issues	11
<i>Maria Elisabete Ferreira</i>	
A Empresa Para O Desenvolvimento No Brasil.....	19
<i>João Otávio Gutiniekki e Fábio da Silva Veiga</i>	
The Eu Ocean Governance: A Concise Analysis	33
<i>Giorgio Gallizoli</i>	
Public Policies Of Implementation Of The Fundamental Rights Of Access To Justice In Brazil.....	44
<i>Fabrício Veiga da Costa and Deilton Ribeiro Brasil</i>	
The Use of The Institute of Party Loyalty in The Process of Impeachment	55
<i>Álvaro Ricardo de Souza and Lorena Nascimento Ramos de Almeida</i>	
A Interdisciplinariedade no Direito Economico Ambiental como Forma de Evolução da Conjunção Direito e Economia.....	68
<i>Claudia Ribeiro Pereira Nunes e Priscila Elise Alves Vasconcelos</i>	
Obtaining an Enforceable Title for Uncontested Monetary Claims: Parallels Between Macedonian and Spanish Law	77
<i>Tatjana Kamilovska And Milka Rakočević</i>	
Riverside Population in Amazonas and Inequalities in Access to Health	91
<i>Isabela Moreira do Nascimento and Rubén Miranda Gonçalves</i>	
Doctoral Thesis Abstract: The Principle of non-confiscation for Taxation Matters	105
<i>Gilberto Atencio Valladares</i>	
A Formação Econômica do Brasil: A Manutenção Agrícola Colonial e o Papel do Direito como Vetor de Mudança.....	119
<i>Murilo Couto Lacerda e Carolina Merida</i>	
O Encarregado da Proteção de Dados à Luz Do Rgpd (Breves Notas)	139
<i>Karenina Carvalho Tito</i>	

Acesso à Educação e Rendimento Social de Inserção: Efeitos na Escolarização das Crianças e Jovens Ciganos	147
<i>Daniel Fernandes Gomes</i>	
The Citizen’s Basic Income as a Fundamental Right in The Brazilian Legal System	162
<i>Thiago Santos Rocha</i>	
Investment Arbitration and Eu’s Credibility as an Economic Actor.....	170
<i>Marta Vicente</i>	
Violações Contemporâneas aos Direitos Humanos: A Violência Contra as Mulheres no Brasil e na União Europeia	179
<i>Ana Cláudia Augusto Pinheiro e Ana Cristina Augusto Pinheiro</i>	
Revisiting the Paradigm of Private Sphere on Personal Data Protection in The European Union – A Portuguese Approach	191
<i>Inês Pereira de Sousa</i>	
A Vulnerabilidade de Mulheres e Crianças na Migração Forçada e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos nos Sistemas Jurídicos: Luso-Brasileiro.....	202
<i>Ricardo Cotrim Chacur e Ana Paula Garcia Silva</i>	

THE IMPORTANCE OF INTERDISCIPLINARITY WHILE INVESTIGATING AND LECTURING DOMESTIC VIOLENCE ISSUES

Maria Elisabete Ferreira¹

Abstract: Domestic Violence is a serious phenomenon of our time which requires a multi-level State intervention. While investigating in this area and trying to understand it, it is fundamental to acknowledge the problem in its full extent and resort to a comprehensive multi-disciplinary approach, based on the contributions of distinct but complementary social sciences, such as Law, Psychology, Sociology, among others. In this paper we will enhance the role each of these sciences plays in the understanding of the emergence of domestic violence and their contributions to the improvement of State intervention in this subject.

Keywords: Domestic Violence/ State intervention/ multi-disciplinary approach.

1. Introduction.

Today I will be talking about the importance of interdisciplinarity in my experience as a researcher and lecturer about domestic violence.

Over the years I have devoted my attention to the problem of State intervention in the issue of domestic violence. This is a very serious social problem with severe implications on individuals, families, society and the State. Individually, from the victim's point of view, domestic violence diminishes self-confidence and is a factor which contributes to depression, causing victims, in more extreme cases, to fail in the execution of simple daily tasks, seldom leading to unemployment and even homelessness. As for the families, especially when there are children, domestic violence restructures the home and frequently causes animosity among relatives, sometimes due to the struggle of the extended family members to accept the marital

¹ Universidade Católica Portuguesa, CEID - Centro de Estudos e Investigação em Direito, Faculdade de Direito – Escola do Porto, Rua Diogo Botelho, 1327, 4169-005, Porto, Portugal. Professor of Criminal Law in the Oporto School of the Faculty of Law, Universidade Católica Portuguesa. Since 1999, at Oporto School of the Faculty of Law, she teaches Criminal Law, Negligent Crimes and Omission, Criminal Procedure Law and Child's rights. Research Staff Member of the Católica Research Center for the Future of Law. Licentiate degree in Law in the Oporto School of the Faculty of Law, Universidade Católica Portuguesa in July 1999. Master's degree in the same University, with a dissertation called "State intervention in Inter Spousal Violence in Portugal" (July 2004). Ph.D. in the Oporto School of the Faculty of Law, Universidade Católica Portuguesa, with the dissertation "Parental Violence and State Intervention – The Problem under the Portuguese Law", under supervision of Professor Rita Lobo Xavier (November 2014). Main areas of interest: Domestic Violence and Children's rights.

break down, because of the traditional behaviour standards. Domestic violence also poses a tremendous weight on society and the State: welfare, housing and health services, just to name a few.

So, from what I have been saying, it is easy to acknowledge the importance of an interdisciplinary approach, while researching or positively intervening in this field.

In our Law faculties, interdisciplinary studies are still poorly considered by the most traditional peers. Nevertheless, while choosing the theme and the approach to use for my doctoral thesis, I was willing to take the chance on interdisciplinary and, looking back, I don't regret it.

When looking at the areas of the law which address problems related to human rights and human dignity, it is essential that the Law and social sciences work together.

2. The importance of social sciences to the understanding of domestic violence.

Let me give you an example on how my research started: I could not understand how a woman would condone with a violent spouse and still love him and persist in maintaining the relationship. Then, I learned about Stockholm Domestic Syndrome and suddenly it all made sense to me². Victims developed a sense of empathy towards the aggressor which caused them to settle within the relationship for extended periods of time³.

So, we are led to the conclusion that understanding domestic violence implies the resource to the knowledge of social sciences such as psychology and sociology.

In 1979, psychologist Lenore Walker found that many violent relationships follow a common pattern or cycle. The entire cycle may happen in one day or it may take weeks or

² "Stockholm Syndrome was coined by Lange (1974), who described a curious bond which developed between bank-employee hostages and their captors after a failed bank robbery in Stockholm, Sweden. After exploring this account, as well as extensively surveying nine "hostage" groups (hostages, concentration camp prisoners, prisoners of war, civilians held in Chinese Communist prisons, cult members, abused children, incest victims, battered women, and pimp-procured prostitutes), Graham and associates identified conditions under which this bonding develops; the psychodynamics of the bonding; evidence that a bond (which is bidirectional) has developed; and psychological consequences of this bonding." – Nicky Ali Jackson (ed.), *Encyclopedia of Domestic Violence*, p. 689.

³ "Four conditions identified by Graham and associates as necessary precursors for the development of Stockholm Syndrome in victims of domestic violence are as follows: 1. The victim perceives a person threatening her survival. The threats may be physical or psychological. It is not important whether others view her survival as threatened, but rather whether she does. 2. The victim perceives the abuser showing her some kindness, however small. For example, the kindness may be that for one day out of the month he does not abuse her. 3. The victim is isolated from outsiders. This isolation may be physical—she is not permitted to have contact with family or friends—and/or ideological—she is permitted exposure to only the abuser's perspective. 4. The victim does not perceive a way to escape the abuser. Batterers use violence to help ensure that their partners do not leave them.", Nicky Ali Jackson (ed.), *Encyclopedia of Domestic Violence*, p. 690.

The Importance of Interdisciplinarity While Investigating and Lecturing Domestic Violence Issues

months. It is different for every relationship and not all relationships follow the cycle – many report a constant stage of siege with little relief⁴.

Domestic violence is a cycle composed of three phases: the *tension building phase* – Tension builds over common domestic issues like money, children or jobs. Verbal abuse begins. The victim tries to control the situation by pleasing the abuser, giving in or avoiding the abuse. None of these will stop the violence. Eventually, the tension reaches a boiling point and physical abuse begins. *Acute battering episode* – When the tension peaks, the physical violence begins. It is usually triggered by the presence of an external event or by the abuser's emotional state – but not by the victim's behaviour. This means the start of the battering episode is unpredictable and beyond the victim's control. However, some experts believe that in some cases victims may unconsciously provoke the abuse, so they can release the tension, and move on to the honeymoon phase. *The honeymoon phase* – First, the abuser is ashamed of his behaviour. He expresses remorse, tries to minimize the abuse and might even blame it on the partner. He may then exhibit loving, kind behaviour followed by apologies, generosity and helpfulness. He will genuinely attempt to convince the partner that the abuse will not happen again. This loving and contrite behaviour strengthens the bond between the partners and will probably convince the victim, once again, that leaving the relationship is not necessary.

This cycle continues over and over and may help explain why victims stay in abusive relationships. The abuse may be terrible, but the promises and generosity of the honeymoon phase give the victim the false belief that everything will be all right.

Over the years, several models came to light, trying to explain the prevalence of domestic violence. The ecological model is one of them⁵. It is a four-level model to better understand violence and the effect of potential prevention strategies⁶. This model considers the complex interplay between individual, relationship, community and societal factors. It allows us to understand the range of factors that put people at risk for violence or protect them from experiencing or perpetrating violence. At an *Individual* level, we try to identify biological and personal history factors that increase the likelihood of becoming a victim or a perpetrator of violence. Some of these factors include age, education, income, substance use, or history of abuse. The second level (*Relationship*) examines close relationships that may

⁴ Lenore Walker, *The battered Woman*, Harper and Row, 1979.

⁵ About the ecological model, see Bonnie E. Carlson, *Causes and Maintenance of Domestic Violence: An Ecological Analysis*, Vol. 58, No. 4 (Dec., 1984), pp. 569-587.

⁶ Dahlberg LL, Krug EG. *Violence-a global public health problem*. In: Krug E, Dahlberg LL, Mercy JA, Zwi AB, Lozano R, eds. *World Report on Violence and Health*. Geneva, Switzerland: World Health Organization; 2002:1–56.

increase the risk of experiencing violence as a victim or perpetrator. A person's closest social circle-peers, such as partners and family members influence their behaviour and contributes to their experience. The third level (*Community*) explores the settings, such as schools, workplaces, and neighborhoods, in which social relationships occur and seeks to identify the characteristics of these settings that are associated with becoming victims or perpetrators of violence. Finally, we find the *Societal* or fourth level. Here, we look at the broad societal factors that help create a climate in which violence is encouraged or inhibited. These factors include social and cultural norms that support violence as an acceptable way to resolve conflicts. Other large societal factors include the health, economic, educational and social policies that help to maintain economic or social inequalities between groups in society.

It is a fact that domestic violence is a partially induced and culturally explainable problem and the contribution of social sciences play a decisive role in the enlightenment towards this issue.

3. Interdisciplinarity and State intervention in domestic violence: the Duluth model.

Since the early 1980s, Duluth, a small community in northern Minnesota, in the United States of America, developed an innovator approach in the fight against domestic violence, towards the goal of holding batterers accountable and keeping victims safe. The “Duluth Model” is an ever-evolving way of thinking about how a community works together to end domestic violence⁷. Communities using the Duluth Model approach have taken the blame off the victim and placed the accountability for abuse on the offender; they share policies and procedures for holding offenders accountable and keeping victims safe across all agencies in the criminal and civil justice systems, prioritizing the voices and experiences of women who experience battering in the creation of those policies and procedures. This model believes that battering is a pattern of actions used to intentionally control or dominate an intimate partner and actively works to change societal conditions that support men's use of tactics of power and control over women. It offers change opportunities for offenders through court-ordered educational groups for batterers. It enhances the importance of ongoing discussions between criminal and civil justice agencies, community members and victims to close gaps and improve the community's response to battering.

⁷ Available in <https://www.theduluthmodel.org/what-is-the-duluth-model/> (July 2018).

The Importance of Interdisciplinarity While Investigating and Lecturing Domestic Violence Issues

Domestic Abuse Intervention Programs (DAIP) began in 1980 as an initiative to reform the criminal justice system in Duluth, Minnesota. At that time, victims of domestic violence had little recourse when being assaulted by their intimate partners. Perpetrators were rarely arrested unless the assault happened in front of an officer or the injuries sustained by the victim were serious. Choices for victims were limited: initiate criminal justice charges, endure the abuse or flee the relationship.

DAIP organizers, activists in the battered women's movement, set out to understand the laws, policies and procedures of the criminal justice system, as well as understand the cultures of each of the involved agencies. In doing so, they built relationships that allowed new interventions to be proposed and tested. The results were strikingly effective in keeping batterers from continuing their abuse. Eventually, eleven community agencies agreed to continue to formally work together to continue to make positive change in the criminal justice system around battering. This effort became known as "The Duluth Model."

DAIP's Intervention Project team was the first in the nation to coordinate the efforts of police, local courts and battered women's shelters to make victims safer and hold batterers accountable. Known as the Duluth Model, this interagency approach has become the leading community model for responding to domestic violence. The Duluth Model is an interagency approach that helps local police, law enforcement, probation, the courts, and the wider community protect battered women. Better interagency coordination means better use of information to stop the worst and highest risk offenders.

The Duluth Model has evolved and changed over the last 30 years and has spread across the globe. DAIP continues to work toward ending violence against women through its programs in Duluth and in partnership with domestic violence practitioners around the world.

4. What can we learn from the Duluth Model?

The first conclusion we are led to is that State intervention through law enforcement is not enough. Especially when we are thinking about the resource to criminal law, we tend to realize its' weaknesses.

On the one hand, one of those weaknesses lies, sometimes, in the poor conditions granted to the victims throughout the criminal procedure. Victims are battered by their spouse and are latter abused by the system, which seldom leads the victims not to step forward. Fortunately, in Western States, the awareness on victims of domestic violence's

rights and special needs is rising and most of States have created special legislation regarding victim's rights. In Portugal, we have Statute number 112/2009, which introduced several measures to protect domestic violence victims that go through a criminal procedure against his or her assailant. This law aims for adequate and immediate police and jurisdictional protection to the victims, appropriate coercive measures and punishment. This protection is also granted by the existence of special police units where this victim is heard. While in court, it is possible to resort to video and teleconference, to avoid physical contact with the batterer and to avoid revictimization, it is possible to record the victim's testimony in the early stages of the criminal procedure and use it later in trial, preventing that the victim has to re-live the traumatic events all over again.

On the other hand, holding batterers accountable implies the serving of an imprisonment sentence or the use of alternative means, such as the suspension of the execution of that sentence, subject to the fulfilment by the convicted batterer of certain patterns of behaviour, frequency of mandatory classes, treatment of addictions, and so on. Prison sentences themselves, alone, are not the answer to the domestic violence problem, in comparison to other types of offenders – non-related or unknown offenders. When addressing domestic violence, we must keep in our thoughts that the batterer and the victim are, or were, involved in a relationship and those ties are seldom difficult to destroy – if ever possible – especially when children are involved.

The resource to criminal law and prison sentences should only be the tip of the iceberg of State intervention in this area. It is known for a fact that, seldom, this kind of intervention enhances violence and in extreme cases leads to the death of the victims at the hands of the batterer. And this is the reason why I introduced the Duluth Model as row model to follow. State approach towards domestic violence must be holistic, multidisciplinary and multiagency.

5. Portuguese State intervention in domestic violence: a multidisciplinary approach.

As mentioned earlier, domestic violence is a complex phenomenon which requires the knowledge of several social sciences to allow its full understanding. Once we are fully enlightened about all the surroundings of the case, it is imperative that the intervention developed is comprehensive, addressing all the aspects of the victim's and the batterer's

needs. Yes, the batterer's, too. Unlike other cases, these aggressors have particular characteristics connected to the special relationship, whether lawful or merely affectional, present or past, with the victim. This makes it difficult that victim and aggressor never cross paths with each other again in the future and enhances the need to address the basic relational issue, fighting the aggressive tendencies and the factors that triggered the violence in the first place. That is why our criminal code establishes the possibility of sentencing the batterer to the frequency of programs of control of aggressiveness.

There is still not a lot of feedback about the positive influence of this measure, nevertheless, it is essential that we keep insisting in its enforcement and improvement. On the other hand, we find the victim, and it is obvious that she or he requires our fullest attention, because it is a person whose human dignity was severely violated.

Concerning the victim, our Statute number 112/2009 establishes a few measures which aim to: develop awareness policies in the field of education, media, health, justice and social support, providing the public authorities with proper instruments to achieve those goals; recognize victim's rights and ensure their fast and effective protection; develop protection measures to prevent, avoid and punish domestic violence; establish a coordinated response from emergency and victim support social services, ensuring a quick and effective access to those services; protect the rights of workers who are victims of domestic violence; ensure the economic rights of these victims, in order to permit their autonomy; incentive the development of community organizations aimed to combat domestic violence and induce their cooperation with public authorities; ensure proper health care to domestic violence victims.

Also, in recent years, the law recognized that the abusive relations between adults have consequences in children's lives. The abusive husband often uses children as a weapon and when visitations occur, he takes advantage of the moment when he picks the child up or drops the child off, to continue to harass the victim. Today, that fact is directly led into account while deciding on parental rights and visitation rights.

6. Brief conclusions.

My choice for becoming a researcher in the field of domestic violence using a multidisciplinary approach was a risk I was willing to take. Yes, I have a law degree, and a master's in law, and even a doctorate in law. Nevertheless, we all learned the first days we set foot in our law faculties that law is created to regulate society and transform society. The law

is created by the people and to the people. People are complex human beings, with flesh, bone, heart and soul. A good law should always have that in consideration. We tend to look at the law as cold and ruthless, but when addressing problems so delicate and intricated as the topic of domestic violence, law must be bright, colourful and hearted. Law must join hands and drink from the wisdom of History, Psychology and even Medicine. Domestic violence is a nightmare of which we slowly begin to wake. It will be a long time until we stop it permanently. My life as a scholar and as a person is devoted to this cause. I pass it on every year to my master's students and every year the course is full. I hope in their future professional lives, they can all make a difference.

REFERENCES

- CARLSON Bonnie E., *Causes and Maintenance of Domestic Violence: An Ecological Analysis*, Vol. 58, No. 4 (Dec., 1984), pp. 569-587.
- DAHLBERG LL, KRUG EG. *Violence-a global public health problem*. In: Krug E, Dahlberg LL, Mercy JA, Zwi AB, Lozano R, eds. *World Report on Violence and Health*. Geneva, Switzerland: World Health Organization; 2002:1–56.
- FERREIRA, Maria Elisabete, *Da intervenção do Estado, na questão da violência conjugal em Portugal*, Coimbra: Almedina, 2005.
- FERREIRA, Maria Elisabete, *Violência parental e intervenção do Estado: a questão à luz do Direito Português*, Porto: Universidade Católica Editora, 2016.
- JACKSON, Nicky Ali (ed.), *Encyclopedia of Domestic Violence*, Routledge, 2007.
- SHEPARD, Melanie F. and PENCE, Ellen L., *Coordinating Community Responses to Domestic Violence, Lessons from Duluth and Beyond*, Thousand Oaks – London: Sage Publications, 1999.

A EMPRESA PARA O DESENVOLVIMENTO NO BRASIL

João Otávio Bacchi Gutinieki⁸

Fábio da Silva Veiga⁹

RESUMO: O presente texto busca, por meio da utilização do método dedutivo, compreender a base constitucional da atividade empresarial e sua objetivação para o desenvolvimento. Para tanto, primeiramente busca tratar da livre iniciativa e do princípio da função social da empresa, esmiuçando questões conceituais e de aplicação pragmática. Em seguida trata da questão do desenvolvimento e da necessidade da atividade empresarial para a consecução do mesmo, trazendo o caminho da visão estruturalista do direito. A última parte do trabalho é dedicada a uma análise do projeto de Código Comercial (Projeto de Lei 1572/11 da Câmara dos Deputados) a partir das ideias estruturalistas, demonstrando as fragilidades do primeiro título do projeto, em especial no que tange às disposições que terminam por manter o *status quo* do poder econômico concentrado e dos interesses individualistas. Por fim, demonstra ser a utilização da visão estruturalista, de recolocar o direito como o verdadeiro organizador social, sempre levando em conta os diferentes interesses, um desafio a ser aceito pelos juristas.

Palavras-chave: Desenvolvimento. Livre iniciativa. Empresa. Estruturalismo. PL 1572/11.

ABSTRACT: The present paper seeks, through the use of the deductive method, to understand the constitutional basis of business activity and its objectification for development. In order to do so, it first seeks to deal with free enterprise and the principle of the social role of the business firm, analyzing conceptual questions and pragmatic application. It then addresses the issue of development and the need for business activity to achieve it, bringing the path of the structuralist view of law. The last part of the paper is devoted to an analysis of the draft Brazilian Commercial Code (Bill 1572/11 of the Brazilian Chamber of Deputies) from structuralist ideas, demonstrating the weaknesses of the first title of the project, especially with regard to the provisions that end up maintaining the status quo of concentrated economic power and individualistic interests. Finally, it demonstrates the use

⁸ Mestrando em Direito Econômico e Financeiro na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

⁹ Doutor em Direito Empresarial pela Universidade de Vigo, Espanha. Professor no *Máster en Abogacía* da Universidad Europea de Madrid. E-mail: fabio.da@edu.uah.es

of the structuralist view of law, of reinstating law as the true social organizer, always taking into account different interests, a challenge to be accepted by jurists.

Keywords: Development. Free enterprise. Business firm. Structuralism. PL 1572/11.

INTRODUÇÃO

O direito ainda é visto como uma área em constante atraso e dissonância. Há a percepção de que as leis e sua interpretação e aplicação pelos tribunais estão muitas vezes distantes da realidade social e dos anseios do povo. Não são raras as vezes em que as decisões judiciais vão em desencontro com as necessidades e a vontade de determinada população ou setor da sociedade. As razões passam desde a falta de *aggiornamento* legislativo e vão até questões que envolvem a falta de percepção social por parte dos aplicadores da lei.

Em meio a este verdadeiro desequilíbrio entre as expectativas e a realidade, urgem ao direito diversos desafios, o principal deles está em ser visto e enxergar-se como um verdadeiro organizador social, a quem cabe ser um sistema de normas que assegure de maneira ativa a existência digna do homem na sociedade. Isto acaba por nos fazer lembrar os primeiros estudos de teoria do Estado nos quais se aprendia ser o homem um ser gregário, que por evolução e natureza termina sempre por viver em um grupo, e que entregou parte de sua liberdade ao Estado em busca de uma vida melhor.

Tal organizador social, o Direito, tem por finalidade assegurar a liberdade de agir dos indivíduos, ao mesmo tempo em que subordina esta liberdade ao interesse coletivo, buscando encontrar, segundo Eros Roberto Grau¹⁰, um ponto de equilíbrio entre estes dois valores (liberdade e interesse coletivo). Este ponto de equilíbrio tem por finalidade manter as possibilidades de livre desenvolvimento dos indivíduos e de suas vontades, buscando, sincronicamente, garantir a coesão e a proteção da coletividade.

Isto tudo para que as vontades privadas dos indivíduos, de maneira individual ou unidos de maneira associativa, não venham a ferir aos outros membros da sociedade, os quais também têm por garantia o livre desenvolvimento de suas existências. Assim, tal equilíbrio tem por finalidade maior garantir a todos a dignidade que lhes é necessária para viverem de maneira plena.

Dentre as ditas “atividades” que podem ser exercidas pelos indivíduos, como maneira de expressão de seus anseios e personalidade, temos a atividade econômica, que pode expressar-se através da empresa. Empresa que pode ser definida como: a atividade

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p.1.

econômica organizada¹¹ para a produção ou circulação de bens e de serviços, praticada de maneira profissional por alguém, que é o empresário¹².

Neste ponto, nos recordamos de que a empresa pode se apresentar, segundo o pensamento de Amartya Sen¹³, como um ambiente de relações entre *entitlements*, propiciando a produção e a troca destes, legitimando a propriedade. *Entitlements* são conceituados pelo próprio Sen como um conjunto bens alternativos que uma pessoa tem domínio na sociedade, podendo usar a totalidade de direitos e oportunidades sobre eles possui¹⁴. Com estas lentes, vê-se a atividade empresarial como uma constante troca de bens.

Afim de não se entrar em grandes discussões conceituais, em que pese estas serem de grande importância, tomaremos por premissa ser a empresa a maneira pela qual a atividade econômica é majoritariamente desenvolvida, sendo por meio das atividades empresariais que os participantes do mercado se apresentam e desenvolvem suas práticas.

Desta maneira, a empresa tem ligação com o que se considera atividade econômica, vista como um todo, e, por via de consequência, tem também responsabilidades para com a questão do desenvolvimento. Isto porque, como se tratará mais adiante, é também por meio da atividade econômica empresarial que se conseguiria chegar a melhores patamares econômicos, sociais e culturais.

O desafio está, assim, com a finalidade de concluir estas notas introdutórias, em perceber como e quanto a empresa é importante para o desenvolvimento, buscando fazer com que estas atividades gerem para além do lucro, mudanças positivas na sociedade que se encontra ao seu redor.

Não se trata aqui, jamais, de “terceirizar” as atividades típicas e de obrigação do Estado, entregando-as para as mãos dos particulares. Mas sim de fazer com que, de maneira simbiótica, possam tais atividades privadas contribuírem de maneira verdadeira para com a melhoria nas condições de vida das pessoas que compõem a sociedade nas quais as empresas estão inseridas.

As próximas páginas deste texto, portanto, serão dedicadas ao manejo do direito de maneira com que ele volte a ser protagonista dentro das relações sociais, cumprindo seu

¹¹ Cf. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Direito Comercial: Teoria Geral**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 123: “Não há empresa sem organização, diferenciado-se uma das outras, entre outras circunstâncias, pelo nível e pela dimensão da organização. Microempresários ou pequeno empresários, ou ainda, empresas altamente especializadas em sua atividade atuam em níveis restritos de organização”.

¹² Definição de “empresário” dada pelo Art. 966 do Código Civil de 2002.

¹³ SEN, Amartya. *Poverty and Famines: An Essay on Entitlement and Deprivation*. Oxford: Oxford University, 1999, p. 1-3.

¹⁴ *Idem*. *Resources, Values and Development*. Oxford: Basil Blackwell, 1984, p. 497.

papel de organizador social, deixando de ser um mero acatador dos ideais e dos objetivos econômicos individualistas.

1. LIVRE INICIATIVA, EMPRESA E FUNÇÃO SOCIAL

A Constituição Federal de 1988 estabelece que a ordem econômica é fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano¹⁵ ¹⁶, tendo por finalidade assegurar a todos existência digna, tendo em conta os ditames da justiça social e respeitando uma série de princípios. Isto é o que está descrito no caput do art. 170 da Constituição.

Entretanto, a mera prescrição constitucional, em que pese marcante, não nos parece ser suficiente para fazer com que a empresa tenha efeitos sobre a questão desenvolvimentista. As bases fundadoras, livre iniciativa e valorização do trabalho humano, são demasiado amplas e indefinidas. Os ditos princípios a serem respeitados, dos quais destacamos a “função social da propriedade” e a “redução das desigualdades sociais e regionais” também parecem carecer de maior certeza e profundidade.

A criação de balizas e definições mais certas aos conceitos trazidos no texto constitucional parece ser a primeira etapa necessária para que estes sejam verdadeiramente respeitados. Certamente tais balizas e definições estão ligadas diretamente a escolhas políticas, mas não se pode olvidar que tais escolhas subordinam-se às escolhas do constituinte, que definiu no *caput* do art. 170 e no art. 3º da Constituição caminhos e objetivos, entre os objetivos temos o “desenvolvimento nacional” e a “erradicação da pobreza”.

Os fundamentos e princípios da Ordem Econômica, por mais que pareçam indefinidos, estão subordinados diretamente aos objetivos fundamentais da República, com a presença maciça do ideal de desenvolvimento, melhoria da qualidade de vida da população, em síntese, conforme discorre Carlos Portugal Gouvêa, de reduzir as desigualdades¹⁷.

¹⁵ Cfr. GUTINIEKI, João Otávio Bacchi; VEIGA, Fábio da Silva. A livre iniciativa na ordem constitucional luso-brasileira. In: Maria Manuela Magalhães Silva, Daniela Serra Castilhos, Fábio da Silva Veiga, Rubén Miranda Gonçalves. (Org.). **Dimensões dos Direitos Humanos**. 1ed.Porto: Universidade Portucalense, 2016, v. 1, p. 67-78.

¹⁶ Sobre a proteção dos direitos humanos no entorno empresarial, vide: VEIGA, Fábio da Silva. El gobierno de las sociedades y los derechos humanos de los stakeholders. In: Rubén Miranda Gonçalves. (Org.). **Derechos Humanos y Juventud**. 1ed. Santiago de Compostela: Xunta de Galicia, 2015, v. 1, p. 37-52.

¹⁷ PORTUGAL GOUVÊA, Carlos. Social Rights Against the Poor. **Vienna Journal on International Constitutional Law**, v. 7, n. 4, 2013, p. 461: “*In the case of the Brazilian constitutional system, there cannot be any doubt that the purpose of the protective system for social and economic rights is reducing inequality. First of all, in the very preamble of the Federal Constitution of 1988 it is clearly established that one of the primary functions of the Brazilian government involves equality, in the sense of the word defined in the third clause in Article 3, which sets as one of the four fundamental objectives of the Federal Republic of Brazil, 'to eradicate poverty and substandard living conditions and to reduce social and regional inequalities'*”.

Modo pelo qual, não se pode interpretar conceitos em contradição a estes objetivos definidos na Constituição, sob pena deles levarem ao “nada jurídico”. O desenvolvimento é, claramente, um destes objetivos, senão o principal deles.

Perceba-se que a Constituição nem faz menção exclusiva ao “desenvolvimento econômico”, mas coloca a questão como sendo de “desenvolvimento nacional”.

Assim, o simples crescimento quantitativo da atividade empresarial e das trocas econômicas, aumento dos parques fabris, podem até aumentar o Produto Interno Bruto (PIB) do país, indicando o crescimento em números, mas que, em última instância, por vezes, nada apresentam para o desenvolvimento integral de uma sociedade¹⁸. O crescimento do PIB *per capita*, igualmente, pode indicar uma maior concentração de capital, não indica, de maneira direta, que a renda está a ser distribuída, questão que foi tratada em profundidade por Raúl Prebisch no que concerne à distribuição de renda na América Latina¹⁹. Assim, o PIB, sozinho, não pode ser colocado como um índice fiável de desenvolvimento²⁰.

Ademais, não basta um desenvolvimento quantitativo, mas sim um desenvolvimento qualitativo. Assim, não se pode confundir “desenvolvimento” com “crescimento”. Para Fábio Nusdeo, o desenvolvimento acontece quando o crescimento do PIB “faz-se concomitantemente com profundas alterações em toda a estrutura do país envolvido, por trazer como consequência uma série enorme de modificações de ordem não apenas econômica, mas também cultural, psicológica e social”²¹.

O alcance do desenvolvimento e da justiça social²², segundo Modesto Carvalhosa²³, não se dá exclusivamente pelo crescimento da produção, mas, por outro lado, é impossível desvincular tal objetivo do aumento e diversificação da produção de bens e serviços. Portanto, na atual patamar econômico mundial, o desenvolvimento se daria de maneira

¹⁸ Cf. NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento Econômico – Um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calisto.. **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 16.

¹⁹ Sobre o aumento da renda *per capita* PREBISCH, Raul. O desenvolvimento econômico da América Latina e alguns de seus principais problemas. In: BIELSTHOWSKY, Ricardo (Org.). **Cinquenta anos de pensamento na Cepal**, v. 1, p. 116: “É evidente que o crescimento econômico da América Latina depende do aumento da renda média *per capita*, que é muito baixa na maioria desses países, e do aumento da população. O aumento da renda média *per capita* só poderá ser obtido de duas maneiras. Primeiro, através do aumento da produtividade, e segundo, dada uma determinada produtividade, através do aumento da renda por trabalhador na produção primária, comparada à renda dos países industrializados que importam parte dessa produção. Esse reajuste, como já foi explicado, tende a corrigir a disparidade de renda provocada pela forma como o fruto do progresso técnico é distribuído entre os centros e a periferia”.

²⁰ Neste sentido PIKETTY, Thomas. **Capital in the Twenty-First Century**. Cambridge: Harvard University, 2014, p. 66: “*The reality of inequality between countries is multidimensional, and it is misleading to say that it can all be summed up with a single index leading to an unambiguous classification, especially between countries with fairly similar average incomes*”.

²¹ NUSDEO, *op. cit.*, p. 17.

²² Segundo GRAU, *op. cit.*, p. 56: “O elemento fundamental na noção de *justiça social*, como fim da ordem econômica, está centralizado na pressuposição de uma melhoria da repartição do produzido como consequência da sua realização”.

²³ **Ordem Econômica na Constituição de 1969**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 70.

conjunta com o crescimento econômico, crescimento que, ao nosso ponto de vista, não se dá apenas de modo baseado em grandezas matemáticas, mas em especial na qualidade e no “valor agregado” que carregam os produtos.

1.1. A LIVRE INICIATIVA NA ORDEM CONSTITUCIONAL

Do título deste capítulo do texto, temos que um dos pontos sobre os quais nos comprometemos a enfrentar é o da “livre iniciativa”. O conceito de liberdade de iniciativa pode ser compreendido como o de um direito, um direito que pode ser exercido pelos cidadãos em iniciarem uma atividade empresarial, consoante à ordem econômica, sem amarras ou barreiras à entrada.

Tal “direito” de exercer atividades privadas é praticamente única saída para o domínio das atividades econômicas, vez que o Estado tem competência residual para a prática de atividades econômicas, ou seja, estas devem ser praticadas por privados, salvo exceções, nos termos do art. 173 da Constituição.

Nas palavras de Modesto Carvalhosa²⁴ “conceitua-se, portanto, a iniciativa econômica privada como direito subjetivo dos residentes de, preferencialmente, organizarem e exercitarem qualquer meio de atividade econômica voltada à obtenção de um rendimento de capital”.

Porém, não estamos diante de um direito absoluto. A livre iniciativa, por mais que seja a base fundamental de toda a ordem econômica, tem por freio a valorização do trabalho humano, e também passa por restrições. Eros Roberto Grau²⁵ escreveu que “(...) o princípio é consagrado não em termos absolutos, mas apenas relativos. O jogo da concorrência econômica é ordenado pelo Estado e passa ele também papel ativo como conformador do processo econômico”.

A livre iniciativa, para além de um direito, é um “instituto”²⁶ que baseia a ordem econômica constitucional, passível de restrições e destinado à atividade de objetivos, entre eles a justiça social e o desenvolvimento nacional. Tal delimitação molda a liberdade de prática de atividades econômicas de modo a garantir outros objetivos, já citados anteriormente, respeitando os princípios elencados em toda a Constituição e na ordem

²⁴ *Ibidem*, p. 116.

²⁵ GRAU, *op. cit.*, 1981, p. 83.

²⁶ Segundo VERÇOSA, *op. cit.*, p. 116, instituto seria um objeto de direito delimitado em seus elementos pela lei ou pela doutrina.

jurídica como um todo, vez que, como sempre explicita Eros Roberto Grau, o direito não se interpreta em tiras, mas como um todo²⁷.

Assim, podemos perceber e concluir parcialmente que, a livre iniciativa, enquanto fundação mestra da ordem econômica, não é um direito de liberdade absoluto, mas antes um instituto permeado de restrições e de objetivos. Não se pode, portanto, interpretar a livre iniciativa como sendo uma abertura permanente e indefinida, mas sim uma liberdade dada aos cidadãos para ser exercida com responsabilidade, pautada na própria Constituição e na lei.

1.2 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE (E DA EMPRESA)

Continuando a trabalhar questões pertinentes ao Art. 170 da Constituição, temos que, dentre os ditos princípios que orbitam ao redor da atividade empresarial, temos o princípio da “função social da propriedade”. Um primeiro pensamento sobre a definição de “função social da propriedade”, certamente, confirma as dúvidas que antes levantamos sobre os perigos da indefinição trazida pelos princípios.

Isto porque, já na década passada, com a presença deste mandamento na Constituição de Weimar (“a propriedade obriga”), diversas eram as discussões sobre como aplicar a função social da propriedade, se esta se restringia à propriedade de bens de raiz, como a propriedade imobiliária, ou se sujeitaria também a propriedade mobiliária e, destaque-se, os meios de produção.

Parece-nos, que seria até ingênuo pensar que, mesmo disposto no artigo da Constituição que trata sobre a ordem econômica, como um princípio a ser seguido, este não se aplicaria aos meios de produção. Mesmo antes da vigência do atual texto constitucional, vez que a função social da propriedade não debuta na Constituição de 1988, Fábio Konder Comparato já havia escrito sobre o assunto, em um artigo denominado “Função social da propriedade dos bens de produção”²⁸.

Porém, para nós, a questão principal está em saber até que ponto a “função social da propriedade” aplicada à atividade empresarial, transformando-se em “função social da empresa”, resolvem dúvidas e orientam a atividade empresarial rumo ao desenvolvimento.

Isto porque, como já antes tratado, o excesso de princípios que orbitam sobre determinadas situações jurídicas, como é o caso da atividade empresarial, terminam por resultar algo que, na prática, nada tem de positivo, não agrega valor, não gera nenhuma

²⁷ Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

²⁸ Função social da propriedade dos bens de produção. RDM, nº 63, 1986, p. 71-79.

mudança. Peca-se pelo excesso. Princípios tidos por importantes para a interpretação dos contratos e das relações jurídicas, como o da função social da propriedade, são de difícil definição. O que esperar da empresa com a aplicação sobre as atividades desenvolvidas por ela do princípio da função social da propriedade?

Como o próprio Fábio Konder Comparato²⁹ expôs em um texto posterior, a atividade empresarial é cada vez mais descentralizada, chamada pelo autor de “terceirizada”, isto é, dá-se por meio das redes contratuais que inter-relacionam diversas empresas. Como exigir uma “atuação social direta” de uma empresa quando, na realidade atual, o interesse dela está todo voltado para a geração de lucros?

É difícil imaginar o feitio de exigências para as empresas com fundamento na função social da propriedade. Até porque, tais exigências, na maioria dos casos, envolvem atividades que são, na realidade, função e obrigação do Estado. Estado que não pode furtar-se de cumprir com os seus deveres simplesmente pela presença de um princípio constitucional que exige que a propriedade privada, e, no caso em questão, a empresa, cumpra uma função social.

Estas são dificuldades que levantamos aqui não são para dizer que não há saída alguma. Mas antes para ressaltar a necessidade de mudanças que vão para muito além do endeusamento dos princípios, que parecem virar uma verdadeira caixa de soluções para tudo.

Os princípios, claramente, têm grande importância integrativa e interpretativa dentro do sistema jurídico, mas, sozinhos, não conseguem solucionar toda a miríade de problemas atuais, muito menos a questão do desenvolvimento. Pode-se até acreditar que eles têm a capacidade de solucionar todos os conflitos, mas quem nisto crê, não percebe que, no fundo, estar-se-ão tomando medidas arbitrárias, deficitárias de legitimação democrática.

Isto porque, esta será uma decisão a ser tomada por alguma autoridade que, se não for o Poder Legislativo, usurpará as funções deste, criando uma decisão arbitrária e fora dos ditames constitucionais. Assim, o próprio Fábio Konder Comparato termina por declarar a inutilidade do princípio da função social da empresa, quando visto de maneira solitária e considerando o atual modo de organização empresarial³⁰.

Disto, temos a necessidade da lei interpretativa para a consecução dos próprios princípios garantidos na Constituição. A mudança nas estruturas, que será tratada no próximo capítulo deste texto, busca solucionar incertezas e direcionar, de maneira clara, a empresa rumo ao desenvolvimento.

²⁹ Estado, Empresa e Função Social. **Revista dos Tribunais**, v. 732, 1996, p. 38-46.

³⁰ COMPARATO, *Op. cit.*, 1996, p. 45-46.

2. MUDANÇAS RUMO AO DESENVOLVIMENTO

Como tratado brevemente no último capítulo, o direcionamento das atividades empresariais para o desenvolvimento, pode dar-se por mudanças de caráter estrutural. Tal visão estruturalista busca recolocar o direito em seu papel de organizador social, vez que a ciência jurídica, na atualidade, passou a ter um papel de conformador da atividade econômica, tendo a finalidade de reduzir os chamados “custos de transação”³¹ para a maximização da eficiência (lucro), assunto de enfoque do movimento *law and economics*, chamado no Brasil de “análise econômica do direito”³².

Não se trata aqui de fazer com que as empresas tenham por *motte* o desenvolvimento do Brasil, o que parece algo barroco. Até porque, no mundo real, as decisões corporativas são tomadas tendo em conta os custos e os benefícios, um jogo matemático para o qual pouco importa se está ou não impulsionando o desenvolvimento de determinada nação. O fim precípuo da atividade empresarial é a geração do lucro.

Portanto, aqui, a questão é fazer com que o direito tenha um papel de protagonismo, de responsável pela organização social, papel que hoje encontra-se nas mãos dos detentores do poder econômico. Assim, por esta saída, conseguir-se-ia fazer com que a regulamentação e regulação da atividade empresarial gerasse efeitos diretos sobre o desenvolvimento econômico do país.

Tudo sem esperar qualquer “benevolência” por parte do mercado, mas criando legislação e fortalecendo as instituições que irão aplicá-las, de maneira a moldar as atividades econômicas e suas consequências, fazendo com que estas tenham efeitos e mudanças positivas sobre questão que vão além da mera divisão de lucro.

Com tais mudanças estruturais, segundo Calixto Salomão Filho, o direito deixa de ter uma atividade de lógica meramente compensatória, de reparar danos *post factum* e passa a utilizar-se de soluções includentes, visando proteger os interesses daqueles que são afetados pela atividade empresarial e que, na maioria das vezes, não são sócios nem acionistas do negócio.

A regulamentação da empresa, parte, então, de ideias de acesso e inclusão. Tendo em consideração que as ditas regras compensatórias, apesar de importantes, não são suficientes e terminam por manter o estado atual das coisas. Pois existem desequilíbrios contínuos que não podem ser continuamente recompensados, criando uma verdadeira cifra negra, de

³¹ Cf. COASE, Ronald. The nature of the firm. *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 16, 1937, p. 386-405.

³² Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. Malheiros: São Paulo, 2013, p. 52-53.

atividades que prejudicam a comunidade, mas não a recompensam, entrando tal cifra negra também para a contabilidade de lucros.

Estes desequilíbrios contínuos terminam por gerar desproteção aos que, de uma maneira ou outra, sofrem efeitos de atividades empresarias. Meio ambiente, trabalho, pobreza e urbanização são questões afetadas pelos ditos desequilíbrios. Como dito, tais indenizações entram para a conta dos custos da atividade, em especial nas grandes empresas, sendo repassadas aos consumidos finais (prejudicados), ao ponto de que a infração à lei e o pagamento de multas e reparações compense, mantendo a lucratividade.

Desta maneira, ao fazer uma radiografia da situação da legislação brasileira, podemos chegar à conclusão, sem maiores empirismos, que algo está a falhar. Se por um lado temos uma imensidão de princípios postos, do outro temos a dificuldade e os perigos na conceituação e aplicação destes princípios, ainda a tendência à manutenção do estado da arte.

Isto porque, como escrevemos logo no início, o direito afastou-se dos problemas sociais, e, segundo Calixto Salomão Filho, tal afastamento se deu por conta do próprio positivismo, racional e intimista, que fizeram com que o direito perdesse a capacidade de considerar os interesses sociais, perdendo a capacidade de organizador, subordinando a solução dos grandes problemas da sociedade a outras ciências (como a ciência econômica)³³.

Neste ponto, uma pergunta vem à mente: qual o caminho a seguir? Grandes mudanças?

Segundo os estudos do Professor Calixto, para a aplicação das reformas de caráter estrutural não são necessárias mudanças em todo o sistema. São mudanças estruturais por levarem em conta a estrutura econômica e social, conhecimentos interdisciplinares que foram deixados de lado pelas codificações e pelo positivismo. Temos que a ter a ideia de que, o direito, por si só, não se basta.

Desta maneira, os câmbios estruturais estariam ligados a um direito que bem percebesse o funcionamento das estruturas, a divisão e a concentração do poder, para assim poder verificar quais são os interesses envolvidos em determinada atividade para, a partir deste “termômetro dos interesses” poderem ser feitas declarações que os considerem.

Tais declarações de interesses oferecem balizas, guias de interpretação para a interpretação da lei e dos princípios inerentes à determinada questão. A questão, portanto, não é apenas de conteúdo material das normas, mas de organizar e reger as relações em

³³ SALOMÃO FILHO, Calixto. Novo Estruturalismo Jurídico: uma alternativa para o direito? **Revista Dos Tribunais**, Vol. 926/2012, p. 533 – 547, Dez/2012.

sociedade³⁴. Passe-se a considerar os interesses divergentes, e não apenas a mera aplicação da letra da lei de maneira ordinária, dogmática e intimista, mantendo o *status quo*.

Assim, “a empresa para o desenvolvimento”, com a utilização de uma lente estruturalista, vai para além da necessidade de regulamentação dos princípios, como nos primeiros capítulos defendíamos, por conta da falta de certeza causada pela abertura dos princípios. É necessário que tal regulamentação se disponha a intervir na organização empresarial, estabelecendo quais são os interesses a serem considerados³⁵.

Portanto, a legislação empresarial deve ter capacidade de intervir nas estruturas econômicas de maneira a criar inclusão e oportunidade de escolha para os indivíduos, e as declarações de interesses, como tratamos anteriormente, servirão de guias para o aplicador da lei, que deve ter noção exata de quem são os afetados pela ação a ser tomada, e quais os interesses devem ser levados em conta.

3. O PROJETO DE NOVO CÓDIGO COMERCIAL: VELHAS NOVIDADES?

A proposta de um novo Código Comercial para o Brasil, representada pelo Projeto de Lei (PL) n° 1572/2011, da Câmara dos Deputados, tem, seus oito primeiros artigos, formando um título ao qual foi dado o nome de “Dos Princípios do direito da empresa”. Considerando que nestes primeiros artigos estão a base principiológica para toda a aplicação de todo o código, será neste título que iremos dar foco.

Mas, primordialmente, cabe uma crítica ao “positivismo dos códigos”, à codificação, que termina por gerar uma legislação hermética, de difícil modificação, indo em contramão as próprias características do direito comercial, como o dinamismo e o fragmentarismo. O dinamismo das relações comerciais exigem constantes mudanças legislativas, em virtude, inclusive, das próprias mudanças tecnológicas.

Disto, criar um novo Código Comercial é, além de desnecessário, prejudicial para uma aplicação do direito como organizador social³⁶.

O PL do Código Comercial, além de repetir, em seu artigo 4º, princípios presentes no artigo 170 da Constituição, termina-se por estranhamente esquecer da “valorização do

³⁴ SALOMÃO FILHO, *Ibidem*, 2012.

³⁵ *Idem*. Regulamentação da atividade empresarial para o desenvolvimento. **Revista de Estudios Brasileños**, v. 1, n. 1, p. 47.

³⁶ Conforme SALOMÃO FILHO, *ibidem*, p. 49: “Exatamente para fugir ao intimismo supra criticado não se pode cair na armadilha dos códigos, que em meio à miríade de artigos, escondem um sistema que visa garantir a permanência das estruturas existentes, sob as mais diversas justificativas (econômicas, sempre) possíveis, desde a garantia da segurança jurídica, até o incentivo à eficiência da atuação empresarial”.

trabalho humano”, que também é base fundante da ordem econômica, reforça-se a “liberdade de iniciativa”.

Tamanho é o reforço da “liberdade de iniciativa” que o artigo 5º do projeto de lei traz o “reconhecimento” de questões decorrentes da daquele primeiro princípio. Busca-se, neste artigo, reconhecer, entre outros, o seguinte: da imprescindibilidade da empresa privada, do lucro como principal fator de motivação da iniciativa privada e da importância da proteção jurídica do investimento privado.

O balanceamento disto tudo é feito com o já citado princípio da “função social da empresa”. O artigo 7º do projeto explicita, de maneira genérica, como seria cumprida a dita função social³⁷. Nada trazendo de novidades, deixando cláusulas abertas, como a questão do desenvolvimento econômico, social e cultural poder ser “da comunidade”, “da região” ou, ressalte-se o uso da conjunção “ou”, “do país”.

Parece, a uma primeira vista, da leitura do artigo 7º, que a função social se cumpre simplesmente pelo respeito ao mínimo de legislação, remetendo mais ao conceito de crescimento econômico que de desenvolvimento por si só. Além do mais, a utilização da conjunção “ou” sobre a localização dos efeitos do desenvolvimento, faz-se perceber que é possível o prejuízo de determinada comunidade em benefício de uma maioria, retornando aos ideais utilitaristas, refutado pelo próprio espírito de igualdade material presente na Constituição de 1988.

Por último, o artigo 8º do projeto de lei revela o intimismo e o hermetismo do eventual Código Comercial, dispondo expressamente o seguinte: “*Nenhum princípio, expresso ou implícito, pode ser invocado para afastar a aplicação de qualquer disposição deste Código ou da lei*”.

O projeto de Código fecha-se em si mesmo, impedindo que outros princípios ou balizas de interpretação surjam, muito menos que se utilize de legislação de outras áreas nas atividades empresariais. É como se o artigo dissesse que o Código basta por si só e se fecha em um espaço próprio.

Destas breves visões, e da interpretação literal do que está escrito no projeto de lei, temos que o projeto de novo Código Comercial não traz inovações quanto à evolução da legislação empresarial vista por lentes estruturalistas. O projeto parece estar preocupado na manutenção do poder econômico nas mãos de quem ele hoje está, sobrevalorizando a liberdade de iniciativa e a autonomia privada.

³⁷ Art. 7º: “A empresa cumpre sua função social ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, ao adotar práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeitar os direitos dos consumidores, desde que com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita”.

Pouco interessa, no projeto, os interesses da comunidade e daqueles hipossuficientes que sofrem influencia direta da atividade de uma empresa. Desta maneira, com a aprovação de uma legislação com este conteúdo, dificilmente se conseguirá, por meio do direito, superar a atual situação de subdesenvolvimento vivida pelo país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição de 1988, nas normas conhecidas como de “constituição econômica”, vale dizer, no capítulo da “Ordem Econômica”, trouxe garantias e responsabilidades para o exercício da atividade econômica. Garante o acesso da iniciativa privada ao mercado, mas, concomitantemente, visa garantir dignidade aos trabalhadores e a observância de uma série de princípios, como a função social da propriedade, a defesa do meio ambiente e a redução das desigualdades regionais. Isto conjugado com os objetivos da República presentes no art. 3º da mesma Constituição.

Entretanto, pudemos perceber que isto não é suficiente para garantir que as atividades econômicas empresariais levem ao desenvolvimento integral. Sendo um possível caminho a ser percorrido para a mudança social ver o direito como um organizador social, com uma regulamentação que intervenha na atividade empresarial e explicita os interesses envolvidos, dando ao cidadão maior igualdade e oportunidades. Mudando de maneira copernicana o modo de operação do direito, que passaria de ser mero complacente do poder econômico para ser um ator principal na organização da sociedade, diluindo as estruturas de poder concentrado.

Esta saída se mostra como um desafio aos juristas, que devem sair de seus gabinetes para compreender a realidade da estrutura social e econômica do país, dialogando com outras áreas do conhecimento, a fim de bem compreender quais são os interesses envolvidos em cada situação que lhe for apresentada, interesses estes que servirão de guia para a aplicação do direito. Um desafio que o país espera que aceitemos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHOSA, Modesto. **Ordem Econômica na Constituição de 1969**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

COASE, Ronald. The Nature of the Firm. **Economica**, New Series, Vol. 4, No. 16, 1937, p. 386-405.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, Empresa e Função Social. **Revista dos Tribunais**, v. 732, 1996, p. 38-46.

_____. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil (RDM)**, n° 63, 1986, p 71-79.

GRAU, Eros Roberto. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

GUTINIEKI, João Otávio Bacchi; VEIGA, Fábio da Silva. A livre iniciativa na ordem constitucional luso-brasileira. In: Maria Manuela Magalhães Silva, Daniela Serra Castilhos, Fábio da Silva Veiga, Rubén Miranda Gonçalves (Orgs.). **Dimensões dos Direitos Humanos**. 1ed. Porto: Universidade Portucalense, 2016, v. 1, p. 67-78.

NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento Econômico – Um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

PIKETTY, Thomas. **Capital in the Twenty-First Century**. Cambridge: Harvard University, 2014.

PORTUGAL GOUVÊA, Carlos. Social Rights Against the Poor. **Vienna Journal on International Constitutional Law**, v. 7, n. 4, 2013, p. 454-475.

PREBISH, Raúl. O desenvolvimento econômico da América Latina e alguns de seus principais problemas. In: BIELSTHOWSKY, Ricardo (Org.). **Cinquenta anos de pensamento na Cepal**, v. 1, Rio de Janeiro: 2000, p. 69-136.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. Novo Estruturalismo Jurídico: uma alternativa para o direito? **Revista Dos Tribunais**, Vol. 926/2012, p. 533 – 547, Dez/2012.

_____. Regulamentação da atividade empresarial para o desenvolvimento. **Revista de Estudios Brasileños**, v. 1, n. 1, 2014.

SEN, Amartya. **Poverty and Famines: An Essay on Entitlement and Deprivation**. Oxford: Oxford University, 1999.

_____. **Resources, Values and Development**. Oxford: Basil Blackwell, 1984, p. 497.

VEIGA, Fábio da Silva. El gobierno de las sociedades y los derechos humanos de los stakeholders. In: Rubén Miranda Gonçalves. (Org.). **Derechos Humanos y Juventud**. 1ed. Santiago de Compostela: Xunta de Galicia, 2015, v. 1, p. 37-52.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Direito Comercial: Teoria Geral**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

THE EU OCEAN GOVERNANCE: A CONCISE ANALYSIS

Giorgio Gallizioli³⁸

Abstract: The European Commission is very active in promoting the protection of the planet's natural resources which are under severe threats. Building on the competences conferred on it by the Treaties, especially as regards the conservation of marine living resources, it has taken a series of initiatives in the marine and maritime domain. Given the shortcomings of the actual framework of the Law of the sea, the European Commission seeks to redress the situation by promoting coordination and cooperation amongst the main stakeholders in the international fora. It has developed a new policy, the maritime policy, which encompasses an important external dimension. The EU aspires to become a major player in international ocean governance and its action can be beneficial to ensure implementation of international instruments and hence effective protection of natural resources. The term governance is insufficiently defined and its use casual. The EU concept of ocean governance is a heading that comprises multiple actions related to the oceans.

Keywords: European Union, UNCLOS, sustainable development goals, planet's resources, ocean governance, blue economy.

1.- Introduction; 2.- The importance of the oceans' and seas' resources; 3.- The UN regulatory framework; 4.- The opportunities and the threats; 5.- The EU initiatives as regards seas and oceans; 6.- The EU "ocean governance"; 7.- What is governance? 8.- Conclusions.

1. The seas and oceans is a topic currently ranking very high in the European Institutions' agenda. Besides the undeniable importance of their economic, environmental and political dimension, this sector offers to the European Union, and namely to the European Commission, the opportunity to play a role in the international arena.

In a period of only ten years, the European Commission has been able to develop a new policy which is not mentioned in the Treaties: the maritime policy. By its nature, this policy has an important external dimension.

The initiatives undertaken by the European Commission clearly show the ambition to expand this aspect in such a way that the European Union, represented by the European

³⁸ Former Adviser at the European Commission.

Commission, would become a major player on the world stage with regards to marine and maritime affairs.

Given the notorious inefficiencies and shortcomings of the United Nations law of the sea framework any initiative that would allow progress in protecting the planet should undoubtedly be favourably welcomed.

Against this background, the use of a particularly appropriate terminology could be of help to reach the objective. Accordingly, the European Commission has grouped a series of initiatives under the concept of ocean governance.

2. Seas and oceans cover 72 % of earth's surface and ocean and coastal ecosystems provide considerable economic output, besides essential ecological services. The oceans' potential to meet sustainable development needs is enormous, but human activity should be managed in a way that ensures that the planet's resources are exploited in a sustainable manner.

Under the concept of the "blue economy" are gathered economic activities which are marine-based or marine-related. It is a fast growing sector that is estimated to contribute 1.3 trillion € to global gross valued added. In the European Union (EU) alone it is worth 350 billion € per year and provides jobs for 3.5 million people. 90% of the EU's external trade and 40% of internal trade is carried on sea routes. With more than 20 million km², the EU's Member States collectively have jurisdiction over the largest exclusive economic zone in the world. The EU's single market is the largest market for fisheries products in the world.

The "Blue economy" encompasses a significant list of activities. Some are traditional, such as extraction and commercialisation of marine living resources, marine extraction of oil and gas, ports, warehousing and water projects, maritime transport, shipbuilding and repair and coastal tourism. Others are emerging sectors. Amongst the latter, one can mention: marine renewable energy, blue bio-economy, desalinisation, deep-seabed mining and coastal and environmental protection.

In addition, under the "Blue economy" are commonly included parts of the public sector competencies relating to coastal and ocean issues (national defence, the coast guard, marine environmental protection, marine education and research).

Besides the economic and environmental aspects, the overwhelming political importance of the oceans should be considered. To illustrate this point, it suffices to bear in mind that 60% of oceans are outside the borders of national jurisdiction and that 3 billion people in the world rely on fish proteins for their living.

Bearing this in mind, the interest of the EU in the oceans' and seas' health and on effective implementation and compliance with the rules is obvious.

3. It is not surprisingly therefore that the access to and the exploitation of marine resources has been regulated via international conventions and mainly by the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) adopted in 1982, but entered into force only in 1994. The UNCLOS governs the use of the oceans and their resources by means of a series of regional and international institutions and fora which are responsible for regulating the different activities that take place at sea.

Unfortunately, this plethora of entities and arrangements has created a situation of confusing fragmentation of authority leading to delays and inefficiencies due to activities which are too often heterogeneous, sectoral and uncoordinated. In addition, it occurs that agreed rules and practices are repeatedly not ratified, complied with or implemented.

The setting-up of UN-Oceans, an inter-agency mechanism designed to enhance the coordination and effectiveness of UN bodies, has not solved the problem yet. In this context, it is of paramount importance that primary stakeholders take the lead in pushing forward those initiatives which are deemed to be essential in order to protect the planet and its resources. One of these initiatives is undoubtedly the *UN 2030 Agenda for Sustainable Development*, adopted in September 2015.

Following the similar path of the *Millennium Summit* (2000) which ended with the adoption of eight millennium development goals, world leaders identified seventeen sustainable development goals (SDG), to be achieved within a 15-year period, in order, *i.a.*, “to ensure the lasting protection of the planet and its natural resources”. Since our interest concerns the oceans, we will focus on SDG n°14, which is tagged as “Life below water”. The goal is to conserve and sustainably use the oceans, seas and marine resources so to guarantee their sustainable development.

Under this SDG four targets should be considered: to prevent and significantly reduce marine pollution of all kinds by 2025 (14.1); to regulate effectively harvesting and end overfishing and illegal fishing by 2020 (14.4); to prohibit harmful forms of fisheries subsidies by 2020 (14.6); to enhance the conservation and sustainable use of oceans and their resources by implementing UNCLOS (14.c). The EU is committed to facilitating the achievement of SDG n°14. SDG n°17 “Partnership for the goals” is also relevant in our context. It underlines how important it is to strengthen the means of implementation and to revitalize the *Global Partnership for sustainable development*. In

fact, as we have noted before, without genuine cooperation amongst stakeholders, it is hard to obtain any significant result.

4. Seas and oceans not only offer immense opportunities: they are at the same time under severe threats. These threats are the consequence of the industrialization and other human activities which have led to harmful climate change, pollution of the seas, acidification of waters, loss of biodiversity and coastal erosion, just to mention some of the present menaces. 8 million tons of plastic litter are poured into the seas each year.

Moreover seas are the theatre of illegal activities. Unsustainable exploitation of living marine resources is one of these serious threats. Illegal fishing is pushing some fish stocks to the brink of extinction and at the same time impoverishes the population of the less developed countries that depends on fishing for their livelihood.

Other threats are represented by piracy, the smuggling of arms and narcotics, illegal migration and the traffic of human beings.

Numerous are the conventions adopted with a view to countering these phenomena. Notwithstanding the efforts accomplished by the parties to these conventions in order to implement them, progress is slow and results uncertain, given the complexity of the problems and the insufficient coordination amongst authorities.

5. The European Commission's interest in the maritime world is pretty recent, with the exception of shipping and fisheries, domains which have been under EU competence since the beginning of the EU. In fact, only in 2006 under the reign of President Barroso – who launched a similar initiative in his capacity as Portugal's Prime minister – were European Commission's services tasked to write a document on a "Future maritime policy". This instruction gave birth to the *Integrated Maritime Policy* (IMP) devised as the policy that "will truly encompass all aspects of the oceans and seas in a holistic, integrated approach: we will no longer look only at compartmentalized maritime activities, but we will tackle all economic and sustainable development aspects of the oceans and seas, including the marine environment, in an overarching fashion".

An international dimension was immediately added to an initiative which was originally conceived as a means of enhancing coordination amongst departments dealing with areas under EU responsibility. This because by occupying a leading position in maritime activities and scientific research, the EU has "a duty to maximise its influence in international maritime affairs". The word "maritime governance" appeared at this stage, although no definition was provided.

For the limited scope of this paper, we can omit the other documents produced since then on this topic and focus on a recent one of the greatest political relevance.

In a joint communication by the European Commission and the High representative of the Union for foreign affairs and security policy, issued in 2016, it is stated that the EC should “strengthen its role as a global player through greater and more unified participation in multilateral fora, in coherence with the principle of the unity of the EU external representation”, [and] “play(s) an important role as a champion of sustainable development, a global actor *in the ocean governance framework* and a user of ocean resources. The EU should step up its efforts to ensure that the oceans are safe, secure, clean and sustainably managed, to the benefit of current and future generations”.

This statement was welcomed by the EU Council of ministers in their conclusions adopted in 2017, while reaffirming that UNCLOS sets out the legal framework within which all activities in the oceans and seas must be carried out and remains of strategic importance as the basis for national, regional and global action and cooperation in the marine sector. The Council went on by stressing that “all activities in the oceans and seas, including those undertaken in the framework of the IMP, should be consistent with the Treaties and the legal framework set out by the UNCLOS”.

6. As regards the seas, the EU has exclusive competence to adopt measures for the conservation of marine biological resources (under the Common fisheries policy: Art.3 Treaty on the Functioning of the EU). Because of this competence conferred by the Treaty, the EU can enter into agreements on this matter with third countries and international organisations.

Not surprisingly it is in the fisheries sector (and in commercial policy, another area of exclusive competence) that the European Commission is particularly active in negotiating international conventions and agreements.

It should be noted that the EU has a sizeable law book as regards the rational exploitation of marine living resources and the fight against “illegal, unregulated and undeclared” fishing (IUU fishing) carried out by vessels irrespective of their flag and of where they are operating.

Moreover other measures taken with a view to protecting the planet’s natural resources are of relevance. The European Commission participates actively in 17 Regional Fisheries Management Organisations. Their area of competence covers almost entirely the high seas. The European Commission can play a predominant role in these organisations where conservation and control measures are negotiated, adopted and implemented.

Furthermore, the European Commission has negotiated Sustainable Fisheries Partnership Agreements with 18 third countries, whereby financial support is given to the third country taking due account of the aim to ensure the sustainable exploitation of marine resources in their Exclusive Economic Zone.

Other initiatives, such as the recent proposal to adhere to the Agreement to prevent unregulated high seas fisheries in the Central Arctic Ocean, pursue the same goal of protecting natural resources.

Finally, the European Commission is sitting at the table of negotiations relating to the development of an international legally binding instrument under UNCLOS on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction.

Besides the actions in the traditional fisheries domain, the EU has developed a Maritime Security Strategy aimed at promoting, *i.a.*, rules-based good governance at sea in waters under sovereign rights and jurisdiction of Member States but also on the high seas. In this context, the European Commission is reinforcing its means in order to counter terrorism, illegal immigration, traffic of human beings and is intensifying cooperation with other stakeholders and international organisations, in particular with the International Maritime Organisation and the International Labour Organisation, whilst not being a party to these two bodies.

The European Community is also party to three Conventions for the Protection of the Marine Environment: in the North-East Atlantic (the [OSPAR Convention](#)), in the Baltic Sea Area (the [Helsinki Convention](#)) and in the Mediterranean Sea (the [Barcelona Convention](#)).

Amongst recent initiatives, it is worth mentioning that the European Commission organised a major and successful international event on the oceans in October 2017 in Malta. During the conference, the EU, its Member states and other countries, and the corporate sector, took hundreds of tangible commitments in relation to marine pollution, marine protected areas, maritime security, sustainable blue economy, sustainable fisheries and climate change.

All these initiatives present a direct link to the objectives pursued by SDG n°14.4 (*i.e.* to counter overfishing and illegal fishing) and thus the European Commission can rightly declare it is actually fostering the “international ocean governance”.

This stance reinforces its legitimacy to intervene in a domain that is not contemplated by the

treaties and allows to attract financial backing, namely through the fisheries fund, wittily renamed European Maritime and Fisheries Fund.

7. At this juncture it becomes relevant to seek to define international ocean governance.

It is worth noting that although the word “governance” appears in the Treaty on the European Union in a chapter relating to the EU external action (Art.21), there is no reference to “ocean governance” in the Treaties. Furthermore there is no internationally recognised definition of “international ocean governance”.

With the term “ocean governance” one generally refers to rules, institutions, processes, agreements, arrangements and activities carried out to manage the use of oceans and seas in an international context. It is no controversial that the international ocean governance framework is based on the “Law of the Sea”, codified by UNCLOS, the overarching legal framework.

Looking into the EU texts, we come across these definitions:

- “*international ocean governance*’ means a Union initiative to improve the overarching framework encompassing international and regional processes, agreements, arrangements, rules and institutions through a coherent cross sectoral and rules-based approach to ensure that oceans are healthy, safe, secure, clean and sustainably”;
- “*international ocean governance* is about managing and using the world's oceans and their resources in ways that keep our oceans healthy, productive, safe, secure and resilient”;
- “The Union's *ocean governance* policy is a new policy that covers the oceans in an integrated manner”;
- “integrated *maritime governance* means the coordinated management of all sectoral policies at Union level affecting the oceans, seas and coastal regions”.

None of these definitions seems to have taken into account the meaning of the concept of “governance” which was first introduced into the EU discourse by the *White paper*

on *European governance*. Governance in that text meant indeed *rules, processes and behaviours that affect the way in which powers are exercised* [at national/European/global level], *particularly as regards openness, participation, accountability, effectiveness and coherence*". In other words, what is stressed is the way a regulatory power is exercised, not the goal. Governance in that document implies to administer with transparency, democracy and pragmatism. These elements are not present in a manifest way in the activities pursued under the tag "ocean governance".

This rather casual use of the term governance is confirmed by examples extracted from other recent documents issued by EU institutions. With a view to giving a hint of it, we have listed just a few here:

- "European Commission's planned reform of the *governance* of the body" (Eurojust, The European Union's Judicial Cooperation Unit), meaning that allocation of responsibilities shall be reconsidered;
- "the EU adopted the *governance* rules base for projects" (PESCO, The Permanent Structured Cooperation), to indicate that new procedures have been introduced;
- "the *governance* shall be reinforced" (EFSA, The European Food Safety Authority), to admit that the present rules do not remove any risk of conflict of interest;
- "Improve *governance* of European semester" (Committee of Regions), to ask consultations to be extended to regional authorities;
- "keeping key features of *governance* decision making process" (ESM, The European Stability Mechanism), to reject any proposal to make major changes;
- "*governance* of local fisheries resources and maritime activities (EMFF, The European Maritime and Fisheries Fund), to ask for the chart of those in charge to be provided.

It should also be noted that the term governance generally requires an adjective to have a complete significance, though the outcome may sometimes seem contradictory or senseless. Here a list of the most frequent expressions: sustainable governance -

good/better/poor governance - global economic/fiscal governance - governance framework – participatory governance – democratic governance – comprehensive governance – international governance – maritime governance – integrated governance.

For the EU, the missing adjective could be “effective” international ocean governance.

But the overall impression is that the term “governance” is nothing more than a catchword.

8. Concluding this short review on the concept of ocean governance as it emerges from the EU texts, we propose the following as a definition which encompasses the elements contained in those texts: the EU international ocean governance is the array of initiatives taken by the European Commission, within its powers, with a view to achieving a more coordinated and effective management of oceans resources, in order to obtain an equitable and efficient exploitation of oceans resources, in the general interest.

This same definition, when applied to a general context, and hence not limited to the handling of maritime affairs, could be expressed under this formula: the European Commission shall promote the general interest of the Union and take appropriate initiatives to that end.

But this is simply the main task assigned to the European Commission, as it is stated in Art.17.1 of the Treaty on the European Union.

BIBLIOGRAPHY

CYPRUS PRESIDENCY OF THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Declaration of the European Ministers responsible for the Integrated Maritime Policy and the European Commission, on a Marine and Maritime Agenda for growth and jobs, the “Limassol Declaration”, 2012.*

EUROPEAN COMMISSION, *European governance. A white paper*, COM(2001)428.

EUROPEAN COMMISSION, *Green Paper on A Future Maritime Policy for the Union: a European Vision of the Oceans and Seas*, COM(2006)275.

EUROPEAN COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, *An Integrated Maritime Policy for the European Union*, SEC(2007)1278.

EUROPEAN COMMISSION, *Developing the international dimension of the Integrated Maritime Policy of the European Union*, COM(2009)536.

EUROPEAN COMMISSION and THE HIGH REPRESENTATIVE OF THE UNION FOR FOREIGN AFFAIRS AND SECURITY POLICY, *For an open and secure global maritime domain: elements for a European Union maritime security strategy*, JOIN(2014)9.

EUROPEAN COMMISSION and THE HIGH REPRESENTATIVE OF THE UNION FOR FOREIGN AFFAIRS AND SECURITY POLICY, *International ocean governance: an agenda for the future of our oceans*, JOIN(2016)49.

EUROPEAN COMMISSION and THE HIGH REPRESENTATIVE OF THE UNION FOR FOREIGN AFFAIRS AND SECURITY POLICY, *Second report on the implementation of the EU Maritime Security Strategy Action Plan*, SWD(2017)238.

EUROPEAN COMMISSION, *Sustainable blue economy. Productive seas and oceans*, 2017.

EUROPEAN COMMISSION, *The 2018 annual economic report on the EU blue economy*, 2018.

EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Council decision on the signing, on behalf of the European Union, of the Agreement to prevent unregulated high seas Fisheries in the Central Arctic Ocean*, COM(2018)454.

EUROPEAN PARLIAMENT, *Report on international ocean governance: an agenda for the future of our oceans in the context of the 2030 SDGs*, (FARIA J.I.), A8-0399/2017.

GIULIANI, J.-D., *L'Europe et la mer*, speech at the military academy, Paris, 2013.

GRZESZCZAK, R., *The Concept and Practice of Good Governance in the European Union*, *International Journal of Law and Political Sciences*, 2015, p.449.

KIMBALL LEE, A. (2001). *International Ocean Governance: Using International Law and Organizations to Manage Marine Resources Sustainably*, IUCN, 2001.

INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT/THE WORLD BANK, *The Potential of the Blue Economy: Increasing Long-term Benefits of the Sustainable Use of Marine Resources for Small Island Developing States and Coastal Least Developed Countries*, 2017.

LEUVEN CENTRE FOR GLOBAL GOVERNANCE STUDIES, *Study for the Assessment of the EU's Role in International Maritime Organisations*, 2009.

OECD, *The Ocean Economy in 2030*, 2016.

PYĆ, D., *Global Ocean Governance*, *The International Journal on Marine Navigation and Safety of Sea Transportation*, 2016, p.159.

UN, *Sustainable development goals report 2017*, 2017.

UNDP, *Sustainable development goals*.

UNGA, *The future we want*, Resolution n.66/288, adopted by the General Assembly on 27 July 2012.

UNGA, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015.

Main UN bodies responsible for the oceans and environmental issues

FAO, The Food and Agriculture Organization of the United Nations is a specialized agency of the United Nations that leads international efforts to defeat hunger.

ILO, The International Labour Organization is a United Nations agency dealing with labour problems, particularly international labour standards, social protection, and work opportunities for all.

IMO, The International Maritime Organization is a specialised agency of the United Nations responsible for regulating shipping.

IOC-UNESCO, The **Intergovernmental Oceanographic Commission of UNESCO**, established in 1960 as a body with functional autonomy within UNESCO, is the only competent organization for marine science within the UN system.

ISA, The International Seabed Authority is an [intergovernmental body](#) based in [Kingston, Jamaica](#), that was established to organize, regulate and control all mineral-related activities in the international seabed area beyond the limits of national jurisdiction, an area underlying most of the world's [oceans](#). It is an organization established by the [Law of the Sea Convention](#).

ITLS, The International Tribunal for the Law of the Sea is an independent judicial body established by the [United Nations Convention on the Law of the Sea](#) to adjudicate disputes arising out of the interpretation and application of the Convention.

IUCN, The International Union for Conservation of Nature is an international organization working in the field of nature conservation and sustainable use of natural resources.

UNCTAD, The United Nations Conference on Trade and Development was established in 1964 as a permanent intergovernmental body. UNCTAD is the part of the United Nations Secretariat dealing with trade, investment, and development issues.

UNEP, The United Nations Environment Programme is an agency of United Nations and coordinates its environmental activities, assisting developing countries in implementing environmentally sound policies and practices.

UN-Oceans is an inter-agency mechanism that seeks to enhance the coordination, coherence and effectiveness of competent organizations of the United Nations system and the International Seabed Authority, within existing resources, in conformity with the United Nations Convention on the Law of the Sea, the respective competences of each of its participating organizations and the mandates and priorities approved by their respective governing bodies

PUBLIC POLICIES OF IMPLEMENTATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS OF ACCESS TO JUSTICE IN BRAZIL

Fabrício Veiga Costa³⁹

Deilton Ribeiro Brasil⁴⁰

ABSTRACT: The goal of the research is to demonstrate that the access to justice is a fundamental right expressly laid down in the text of the Brazilian Federal Constitution of 1988 (article 5., XXXC clause), which exercise derives from the implementation of public policies which aim to promote the ample, equal and effective access of the judiciary to all citizens. The choice of the subject is due to its practical and theoretical relevance, due to the fact that amplifying the access to the judiciary constitutes a way to guarantee the exercise of democracy. By means of bibliographical and documental research, as well as critical analysis, both theoretical and interpretational, it has been show that the creation of special courts, the institutionalization of the public defenders and the approval of Law 1060/50 constitute clear examples of Brazilian public policies which aim to guarantee the ample access of the judiciary to all citizens, especially to the disadvantaged parties.

KEYWORDS: Access to justice; Public policies; Public defense; Special Law Courts; Law 1060/50; Brazilian Federal Constitution of 1988; Fundamental Rights.

INTRODUCTION

The goal of this research is to investigate the fundamental law of the access to justice in Brazil, so to understand which public policies were implemented to secure jurisdictional access of the exercise of citizenship by access to the judiciary.

The choice of the present subject is due to its practical, legal and theoretical relevance, considering that such law is corollary to human dignity and citizenship. The access to justice in the Democratic Rule of Law materializes itself by the possibility of effective exercise of the fundamental rights expressly envisaged in the Brazilian Federal Constitution. In these terms, the constitutional process is seen as an enclosure and space in which the parts may

³⁹ Permanent Professor of the Post-Graduation Program in Protection of Fundamental Rights of the Itaúna University (PPGD-UIT). Post-PhD in Education from Federal University of Minas Gerais (Brazil). PhD in Law from Pontifical Catholic University of Minas Gerais (Brazil). Email address: fvcufu@uol.com.br

⁴⁰ Permanent Professor of the Post-Graduation Program in Protection of Fundamental Rights of the Itaúna University (PPGD-UIT). Post-PhD from Università degli Studi di Messina (Italy). PhD in Law from University Gama Filho, Rio de Janeiro (Brazil). Email address: deilton.ribeiro@terra.com.br

amply debate the controversial points of the demand, seek the participated construction of merit, and thus, recognize its claims.

Initially, it has been demonstrated the importance of public policies in the construction of the Democratic Rule of Law, specifically in which encompasses the implementation of the fundamental rights through jurisdictional activity. The study of the fundamental right of access to justice, as of the comprehension of the principle of the inseparability of the jurisdictional control, which was essential to prove that such right does not materialize only as the right of the jurisdictional part to knock on the doors of the judiciary, but, also, as means to legitimate democracy bestowed to all subjects of the process of building the procedural merit of the claim.

In this propositional context, the following problem question was presented: does Brazil have a public policy for planning and implementing the fundamental right of access to justice? Through bibliographic and documentary research, as well as critical, thematic, interpretative and comparative analyzes, it was possible to demonstrate that the approval of Law 1060/50; availability of public defenders and special courts are examples that illustrate well the current public policy of access to justice in Brazil.

1 THE IMPORTANCE OF PUBLIC POLICY IN THE CONSTRUCTION OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

The implementation of the fundamental rights foreseen in the constituent and instituting plan is the central objective of the Democratic Rule of Law, emphasizing that the public policies are tools used as benchmarks to enable the exercise of these rights by citizens. "In the constitutional democratic plane, public policies appear as citizen demands to the realization of fundamentally constitutional rights, not as a mere isolated measure practiced by the State with the aim of giving effectiveness to fundamental rights", or to the "Democratic Rule of Rights" (Penna, 2011, p. 211-212).

"The Democratic Rule of Law is regulated by a legal system in the sense of having its power limited by the participation of the people in the government and the guarantee of their fundamental rights" (Tavares, Cunha, Souza, Versiani, Silva, & Paula, 2011, p. 293). "Fundamental rights constitute a hermeneutical parameter and the highest values of the entire constitutional and juridical order" (Sarlet, 2004, p. 77).

It is in the democratic space governed by constitutional directives that the recognition of human dignity becomes feasible and, thus, the possibility of giving each individual the enjoyment of fundamental rights. In this respect: the Fundamental rights are constituted by

democracy; but once created, they become instruments of assurance of the moral guarantee of the democratic regime "(Melo, 2004, p. 151).

Public policy can be termed "that kind of standard of conduct which signals a goal to be achieved, usually an improvement in some economic, political or social characteristic of the community, even though certain goals are negative", considering the "fact of imply that a certain characteristic must be protected against hostile change "(Bucci, 2006, p. 253).

The legitimate legal substrate of democracy lies "in public policies conducted in the primary public interest and in the effective will of the Constitution, as a legal and political instrument of a nation" (Moreira, 2012, p. 167).

The jus philosophical understanding of the importance of public policies in the Democratic Rule of Law is essential to show that through them the state entity assumes the obligation to ensure that human beings are protected in their legal assets and thus can exercise the rights provided in the plan legislative. In the case of omissive conduct of the State, the citizen may appeal to the judiciary as a way of enforcing the rights that the constitutional text ensures, corollaries of human dignity. It is in this context that access to justice is elevated to a fundamental right expressly provided for in article 5, XXXV clause of the Brazilian Federal Constitution of 1988 (principle of non-exhaustiveness of jurisdictional control).

2 FUNDAMENTAL RIGHT OF ACCESS TO JUSTICE: A STUDY OF THE PRINCIPLE OF THE INAFSTABILITY OF JURISDICTIONAL CONTROL

"The meaning of the term access to justice has a polysemous, relative character and connotation stemming from an authoritarian conception of a process in which the judge is legitimated to decide alone" (Costa, 2012, p. 74). That is, "access to justice through the process necessarily presupposes the existence of an element that is the link, the link between the alleged right that someone claims to have and the decision of the judicial function as to whether or not this request comes "(Magalhães, 2003, p. 25).

The theoretical systematization of this right is based on the premise that "access to justice has been increasingly accepted as a basic social right in modern societies" (Cappelletti, & Garth, 2002, p. 15). It is a law that guarantees the human person the possibility of seeking the effectiveness of rights in relation to a particular good of life, given that "access to justice is not identified as mere admission to the process or possibility of entry into court." "In order

to have effective access to justice, it is essential that the greatest number of people be admitted the applicant to suitably demand itself or defend themselves, in cases of judicial choice, and that there is security of their own solutions in cases of extrajudicial "(Bezerra, 2001, p. 101).

Access to justice receives the *status* of a fundamental right not only in the legal context of the country, but also in international law, notably in article 8, 1 of the American Convention on Human Rights - Pact of San José, Costa Rica; in article 10 of the Universal Declaration of Human Rights, adopted by the United Nations General Assembly in 1948 and article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966, of which Brazil is a signatory.

Article 8, 1. Every person has the right to be heard, with due guarantees and within a reasonable time, by a competent, independent and impartial court or tribunal previously established by law in the investigation of any criminal charge against him, or to determine their rights or obligations of a civil, labor, fiscal or of any nature.

Article 10. Every human being has the right, in full equality, to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, to decide on his rights and duties or the ground of any criminal charge against him.

Article 14. All persons are equal before the courts and the courts. Every person shall have the right to be heard publicly and with due guarantees by a competent, independent and impartial tribunal established by law in the investigation of any criminal charge against him or in the determination of his civil rights and obligations. The press and the public may be excluded from the entirety of a judgment, whether on grounds of public morality, public order or national security in a democratic society, or where the private where this is strictly necessary in the opinion of the courts, in specific circumstances in which publicity would prejudice the interests of justice; however, any sentence handed down in criminal or civil matters shall be made public, unless the interests of minors require otherwise, or proceedings relate to marital disputes or custody of minors.

Originally, access to justice was understood as the right to appeal to the judiciary to solve the problems arising from human and social relations, that is, consubstantiated in the right of action seen only in its formal aspect. It is because of the social transformations and those provoked by the process of constitutionalisation of the process, propitiated by the

Democratic Rule of Law, to understand access to justice in this restrictive and limiting way is no longer possible.

From the point of view of the text of the Brazilian Constitution of 1988, access to justice is a right whose effectiveness stems not only from the possibility given to the parties to bring their claim to the judiciary. "It is necessary to clarify initially that access to the judiciary, as foreseen in article 5, XXV clause, of the Brazilian Federal Constitution of 1988 [...], consists of the right of the legally concerned parties to participate directly in the construction of the merit of the demand"(Costa, 2012, p. 76). This right of equal participation conferred on the parties in the construction of the legal decision ensures their democratic legitimacy, reflecting their dialogic-participatory formation.

In this scenario, "at the heart of all the problematic of broad and democratic access to the judiciary is to enable the open participation of all legitimate parties interested in the construction of the provision and procedural merit" (Costa, 2017, p. 119).

It is as if a colorful and real universe of the true scope of "access" is unveiled, which will be perfected as long as the search for the desired justice is allowed in an egalitarian, isonomic and adequate way, abandoning that superficial and anachronistic idea once defended.

In this perspective of conceptual resignification of access to justice, it is important to not only compromise with the possibility of joining the judiciary, but with the conflict itself brought to the analysis, since it is through the treatment to this dispensed that the legitimacy will be ensured democratic process of final apportionment, a reflection of the construction participated by the subjects of the process.

Understanding the issue of access to justice in the perspective of the democratic constitutional process constitutes a critical understanding of the subject, especially in what concerns the analysis of the self-constitutive means brought by the legislator of the current civil procedural law in force. "The constitutional process raises the process to the constitutional institution oriented by the fundamental rights and guarantees, whose master-beam is the due constitutional process, which is the normative space (*locus* of discursiveness), where it will be possible the ample defense, by argumentative exhaustion "(Cruz, 2016, p. 66).

Mauro Cappelletti and other scholars identified the hardships of the judiciary and proposed, in the Florence Project, prepared in the 70's, solutions that aimed to establish other doors and alternatives for conflict resolution (Cappelletti, & Garth, 2002). This phenomenon that has gained worldwide prominence, known as "Renewal Waves of

Procedural Law", was considered the precursor of the incentive to self-composed means, meeting the evolutionary needs instituted by the Democratic Rule of Law, among which, justice to the citizens.

Citizenship is one of the foundations of the Federative Republic of Brazil, expressly provided for in Article 1, clause II of the Brazilian Constitution of 1988 (BRASIL, Federal Constitution of 1988). In the same constitutional provision, sole paragraph and clause I, the proposition that "all power emanates from the people, exercising it by means of elected representatives or directly, under the terms of this Federal Constitution" is expressly stated (BRAZIL, Federal Constitution of Brazil of 1988).

It is important to emphasize in this context that access to justice is a legitimate way of guaranteeing the exercise of citizenship to all subjects indistinctly, materialized through the possibility of discussing in court the controversial points of the demand, through the search for recognition of rights and protection of legal assets.

"Citizenship is an integral part of what he calls political emancipation" (Tonet, 2005). "Citizenship has to do with identity and belonging to a collectivity" (Jacobi, 2003, p. 198). "Citizenship implies passing the history and the policy of preservation and construction of the past by the sieve of its collective and plural significance" (Paoli, 1992, p. 1). Citizenship is "an eminently political idea that is not necessarily linked to universal values but to political decisions" (Soares, 1998, p. 41).

Being a citizen is to enjoy public policies aimed at implementing the fundamental right of access to justice. In this sense, the State must create, plan and execute such public policies in order to enable the recognition of rights at the legal level.

Individual and collective freedom, exercised in a legitimately democratic context, is one of the pillars of the implementation of citizenship, which is materialized by the effective possibility of popular participation in decision-making in the interest of the community. In this context, "citizenship is something that is won, is not donated and is not a gift of rulers, who in fact only give in to the expansion of rights through popular pressure," since "popular awareness campaigns seek their communicative self-emancipation" (Peruzzo, 2007, p. 19).

The basis of democratic society lies in dissent (not in *consensus*), in debate, in popular participation, in the close dialogue of issues that relate to individual, collective and diffuse rights. The legal propositions brought by the text of the Brazilian Federal Constitution of 1988 are based on the participatory system, which confers legal legitimacy to the individual to exercise citizenship through popular participation through the process. For this, it is fundamental that there is material equality in the right of individuals to participate in

collective decision-making, emphasizing that access to justice will be effected through the right that each citizen will have to discuss in the procedural sphere the controversial points of the demand.

The construction and implementation of public policies aimed at the recognition and exercise of the right of broad access to justice, besides constituting a corollary of access to justice, is a way to enable the exercise of citizenship in the Democratic Rule of Law.

3 PUBLIC POLICY OF ACCESS TO JUSTICE IN BRAZIL

The public policy of access to justice implemented in the Brazilian legal system aims to broaden and democratize access to the judiciary as a means of enabling the exercise of citizenship through the implementation of fundamental rights. The Brazilian legislator has used several strategies to guarantee access to justice in an ample way, in an equal and effective way to all people.

Law 1050/50 is considered an important legal instrument that instituted in Brazil the public policy of free legal and integral assistance to all, as well as to widen the access routes to the judiciary. "One of the strengths of Law 1060/50 is to guarantee the right of exemption that the party may require, consisting in not paying the fees, costs and expenses procedural, that is, the law takes care of exempting from the payment of the cost of the process the person who needs it "(Nunes, 2007, p. 229)."Only with the edition of Law 1060, of February 5, 1950 - until now in force with some modifications - is that the States were interested in the creation of special organs for the provision of legal assistance to those in need"(Lima Filho, 2003, p. 136).

Access to justice is enshrined in article 5, clause XXXV, of the text of the Brazilian Federal Constitution of 1988, which expressly establishes the principle of non-exhaustiveness of legal control (the law will not exclude from the review by the judiciary any violation or threatened violation of a right). The respective principle analyzes public policy that is expressed by the guarantee granted to the citizen of the realization of his fundamental rights, whatever the nature (individual, collective), and all appropriate and effective of all relevant instruments and means must be made available to full access to the judiciary and the provision of a speedy judicial protection, adequate and that will enable the implementation of those rights provided for in the constituent plan.

On January 12, 1994, the National Organic Law of the Public Defender (Complementary Law 80) was enacted. "In addition to organizing and establishing the

general rules of the Public Defender's Offices of the Federal Government, the states, the Federal District and territories, the mentioned Complementary Law enumerated in article 4 some of its institutional functions." "The defense of the economic hardship is the form of action that must be prioritized by the institution" (Martins, 2005, p. 28).

The Constitutional Amendment 80, of June 4, 2014, begins to treat the public defender constitutionally as an essential function of justice, since it is a permanent institution with legal guidance, promotion of human rights and defense in all degrees, legal and extrajudicial, from individual and collective rights to those who are underinsured. This is one more example of public policy instituted in Brazil with the objective of making the implementation of equal access to justice available to all without distinction, especially to those individuals who do not have the economic and financial conditions to pay the costs and other legal expenses.

Another Brazilian public policy focused on broad access to justice was the creation of state special courts, with the advent of Law 9099/95. "The democratization of the judiciary, in the sense of opening its doors to the most deprived sectors of the population, inspires proposals that foresee the creation of new Special Courts" (Sadek, 2004).

Through procedural and procedural techniques, the constitutional and infraconstitutional legislator has systematized public policies that aim to significantly increase access to justice in Brazil, so as to allow not only the right to sue the judiciary but, above all, to discuss the points to discuss the merits of the claim and to recognize the fundamental rights expressly provided for in the constituent plan.

CONCLUSION

The access to justice is a fundamental right expressly provided for in the text of the Brazilian Federal Constitution of 1988 (article 5, XXXV clause), which brought the principle of inafasability of legal control. In this sense, it is verified that the democratic constitutional process must be seen as the locus of ample debate of the demand and evidence produced, with the objective of making feasible the implementation of the fundamental rights expressly foreseen in the constituent plan.

Brazil has implemented public policies aimed at expanding access to justice. The approval of Law 1060/50, by granting free legality to those who were proven to be poor in

the legal sense, began to ensure more effective access to the judiciary, allowing the jurisdiction to build the procedural merit of the claim.

The creation of the public defender's office in 1994 illustrates the second Brazilian public policy aimed at expanding access to justice. It is an institution that is constitutionally considered to be an essential function of justice, whose objective is the provision of a free access to the judiciary for the underinsured.

In this same sense, the special court was created, through Law 9099/95, another example of a public policy of access to justice. Based on the principles of celerity, procedural economy, informality, orality and simplicity, the special courts were created to process and adjudicate less complex demands, with a value of up to forty minimum salaries, in addition to crimes of lesser offensive potential.

Thus, it is concluded that the Brazilian State has turned to the creation, planning and execution of public policies that aim to confer citizenship and human dignity to every individual who has a broad right of access to justice.

BIBLIOGRAPHY

Bezerra, P. C. S. (2001). *Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. Rio de Janeiro: Renovar Editor, 101.

Brasil (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

Bucci, M. P. D. (2006). *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva Editor, 253.

Cappelletti, & Garth (1988). *Acesso à Justiça*. Translator Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 15.

Costa, F. V. (2012). *Mérito processual: a formação participada nas ações coletivas*. Belo Horizonte: Arraes Editor, 76.

Costa, F. V. (2017). O acesso à justiça como direito ao mérito participado nas ações coletivas. *Revista Cidadania e Acesso à Justiça*, v.3, n. 1, January-june, Brasília, 109-130. Available at: <http://www.indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/2418/pdf>.

Cruz, C. (2016). *A ampla defesa na processualidade democrática*. Coleção Estudos da Escola Mineira de Processo. v. 10. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editor, 66.

Jacobi, P. (2005). *Educação Ambiental, Cidadania e Sustentabilidade*. Cadernos de Pesquisa, n. 118, 189-205. Available at <http://www.scielo.br/pdf/cp/n118/16834>.

Lima Filho, F. C. (2003). Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 136.

Magalhães, J. L. (2003). Tópicos processuais de acesso à justiça. Teresina: SEGRAJUS/PI Editor.

Magalhães, J. L. (2010) Jurisdição e processo em Giuseppe Chiovenda. Anais do XIX Encontro Nacional do Conpedi. Fortaleza, 25. Available at: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3501.pdf>.

Martins, R. M. (2005). A defensoria pública e o acesso à justiça. Revista CEJ, Brasília, n. 30, 26-33, july-september. Available at: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/675/855>.

Mello, C. A. (2004). Democracia constitucional e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 151.

Moreira, E. R. (2012) A possibilidade de controle judicial das políticas públicas. Novos rumos para o direito público: reflexões em homenagem à professora Lúcia Valle Figueiredo. Coordenador Marcelo Figueiredo. Belo Horizonte: Fórum Editor, 167.

Nunes, R. (2007). A assistência judiciária e a assistência jurídica: uma confusão a ser resolvida. Revista do Curso de Direito da Universidade Metodista de São Paulo, v. 4, n. 4. Available at: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/523/521>.

Paoli, M. C. (1992) Memória, história e cidadania: o direito ao passado. O direito à memória: patrimônio histórico e cidadania. São Paulo: DPH, 25-28. Available at: <http://gpaf.info/dtd/ArqPerm/MCPaoli.pdf>.

Penna, S. V. (2011). Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil. Belo Horizonte: Fórum Editor, 211-212.

Peruzzo, C. M. K. (2007). Direito à comunicação comunitária, participação popular e cidadania. *Lumina*, v.1, n.1, june, 19. Available at: <https://lumina.ufjf.emnuvens.com.br/lumina/article/view/201/196>.

Sadek, M. T. (2004). Judiciário: mudanças e reformas. Estudos Avançados, v. 18, n. 51, São Paulo, may-august. Available at: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200005&script=sci_arttext.

Sarlet, I. W. (2004). A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editor, 77.

Soares, M. V. M. B. (1998). Cidadania e Direitos Humanos. Cadernos de Pesquisa, n. 104, 41. Available at: <http://publicacoes.fcc.org.br/ojs/index.php/cp/article/view/715/731>.

Tavares, F. H., Cunha, M. F., Souza, A. C., Versiani, E. F., Silva, T. O., & Paula, V. L. (2011). Elementos do Estado Democrático. Novíssimos Estudos em Direito Público. Curitiba: CRV Editor, 293.

Tonet, I. (2005). Cidadania e Emancipação Política. Revista Espaço Acadêmico, n. 44, january. Available at:

https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/45076627/Cidadania_ou_Emancipacao_Humana.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1525900432&Signature=AV5UVaOr%2FmKC32AqgsDSFiJKdqM%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DCidadania_ou_Emancipacao_Humana.pdf

THE USE OF THE INSTITUTE OF PARTY LOYALTY IN THE PROCESS OF IMPEACHMENT

Álvaro Ricardo de Souza Cruz ⁴¹

Lorena Nascimento Ramos de Almeida ⁴²

Abstract: The present work aims to shed light to the research on the theme of party loyalty, under the focus on the exercise of the parliamentarians' vote during the process of impeachment. First, we will analyze the institution of party loyalty, under the focus of its treatment on the country's legal order. In addition, we will study what would be the "fixation of matter" and how it would function – in a generic way – inside Brazilian political parties. We will then study the process of impeachment and the performance of parliamentarians (Deputies and Senators) and their function within the theory of checks and balances, in the previously mentioned procedure. Finally, we will bring a case study on the "fixation of matter" by the Democratic Labor Party - PDT, during the impeachment process of former Brazilian President Dilma Rousseff. In order to reach the scientific objectives outlined above, we will proceed to an exploratory qualitative study based on a bibliographical legal literature research in order to better understand the legal institutions involved in it as well as turning effective the counter parts of already existing positions on the topics described above, intending to understand the best positioning on the themes through the argumentative development of current theories.

Keywords: Party Loyalty. "Fixation of Matter". Impeachment. Separation of Powers. Legislative Mandate.

1 Introduction

The impeachment process occurs whenever there is suspicion that the Chief of Executive has committed a crime. As dealing with the calculation of the responsibility crime,

⁴¹ Post-Doctor in History, from Federal University of Minas Gerais - UFMG (2017). Doctor of Law from UFMG (2003). Master in Law from UFMG (1990). Graduated in Economics from the Pontifical Catholic University of Minas Gerais (1985), Graduated in Law from UFMG (1986). Prosecutor of the Federal Public Ministry and Adjunct Professor III of the Pontifical Catholic University of Minas Gerais.

⁴² Master degree in Public Law by Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Specialist in Administrative Law and Constitutional Law by Signorelli International Faculty. Bachelor of Law from UFMG. Lawyer in the office Diniz, Guimarães, Gomes e Ribeiro Associados, Secretary of the Military Law Commission of order of brazilian lawyers.

the parliamentarians occupy a featured position, as they are delegated to the same reckoning and judgement as the Chief of Executive. In that way, parliamentarians – Deputies and Senators – are put in the position of judges, executing a typical function of Judicial Power and therefore acting in an atypical manner as members of the Legislative Power.

The study of the attitude of these parliamentarian members becomes then relevant as the development of the impeachment process occurs, especially as concerning their subordination to their related parties, once that in our [Brazilian] representative democracy, the party membership is mandatory to the exercise of the mandate.

There are several questions to be made thenceforth. Firstly, the possibility of a party to shape the way its members should vote during the impeachment process is questioned. Secondly, there should be an imperious analysis if, in being in a certain way, the parliamentarians are being determined to act that way only associated to that party's commandment. Developing that investigation, in the case of noncompliance to that party premises, could there be punishment because of party betrayal? Finally, can the parliamentarian have its mandate revoked by the party for not having obeyed a fixed guideline as voting during the impeachment process?

All these questions are extremely important, since depending on the responses found, we should have the possibility of a parliamentarian elected by direct means, i.e., through the popular vote, to lose his mandate because of a counter positioning to the bounded party. That is one of the reasons why that subject deserves to have its studies deepened.

2 Party Loyalty

2.1 The Party Loyalty

The [Brazilian] word for Loyalty or Fidelity, *fidelidade*, is one of those words that carries an affective meaning in a bigger or lesser degree, depending on the interlocutor, at the same time that it brings the desire of respect, loyalty and righteousness. In that way, to determine if a subject is worth of faith – faith(full) – in relation to whatever it is, there shall be a careful analysis, once the conclusion to the (in)fidelity will always bring effects (either positive or negative) into the World.

That being said, we go from the assumption that, in Brazil, there is an electoral system formed by a proportional representation exercised by an open list. That is, despite of a mandatory membership from the candidate to a political party to concur in an election, the

voters will vote directly in its candidate (and not in a closed college list). In that way, even knowing that there is the party's quotient and that the seats are distributed accordingly to the proportion obtained by the sum of votes of the candidates of the party – we are not aiming to unravel the complex Brazilian electoral system here –, it is important to say that the open list system, not only gives incentives to the candidate's autonomy, but that it also makes one bonded to one's electoral basis, in a much robust way than to one's own party – in a greater amount.

With that on mind, according to the hierarchical order of the Juridical Order, we shall begin the analysis of the institution of Party Loyalty by studying what is disposed on the Brazilian Federal Constitution of 1988⁴⁴ (henceforth BFC/88) on the matter. In that way it was determined under the text of Article 17, 1st paragraph that the political parties are free to establish in its regular statutes disciplinary and loyalty norms.

Starting with the analysis of the Magna Carta, it is important to emphasize that there is no definition, contour or specification of what would be the so called party loyalty and, unlike the previous Brazilian Constitution (Article 152 of the Constitutional Amendment of 1969)⁴⁵, there is no prediction of mandate loss in function of party betrayal in the current Constitution.

In that way, we begin analyzing the infraconstitutional laws on the matter, more specifically the Law 9.096/95 – The Law of Political Parties – that disposes in articles 24 to 26, about party loyalty.

By reading them, as one can notice the mentioned norm directs the details about the party loyalty rules to each political party's statutes. Therefore, if we want to know what each party understands by party loyalty it is necessary to analyze casuistically each of the founding party's Law for delimitating its contours – what escapes from the proposal of the present study. We aim, yes, to discuss the contours of the party loyalty in a *lato* sense, without the need to particularize what every Brazilian party (which are many) would understand by party betrayal and its respective penalties.

The party loyalty institution has as a first goal to bind the parliamentarian act to the party ticket program to which it has been affiliated, objecting cohesion between its members in what concerns to questions connected to the guidelines set by the party' statute.

⁴⁴ BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Viewed: 2017-05-29.

⁴⁵ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Diário Oficial. Brasília. Disponível em:** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm> Viewed: 2017-09-20.

The existence of a party loyalty norm is necessary to bring this cohesion to the parties, because it avoids that each elected politician starts to act solo, disrespecting their guidelines, what would make them to lose their indispensability, and what would consequently cause a democracy's ideological deterioration, in such a way that we would only have individuals without the binding to any "ensigns", acting aimlessly or without a basis of beliefs to support them. In that manner, party loyalty is what, in fact, makes possible the connection between the party and the elector, whereas the conducting wire is the elected parliamentarian.

Notwithstanding its [extreme] need to the development of the representative democracy, party loyalty can't suppress the parliamentarian itself, as Professor Clève well put it:

One cannot tolerate the institution's denaturalization, as to allow the emergency of a party dictatorship or the dominance of political oligopoly. Nor can, in addition, transform the parliamentarian in a mere automaton, as an unwilling mouth, destined only to express, violating the consciousness and the liberty of conviction, any deliberation taken by a party authority, not always democratically constituted and, in furthermore, by mandate's headlines conferred by the electorate itself.

(...)

In that case, as Marcel Waline stresses, it would be the "equivalent to say that each party constitutes a state inside the state. It could suppress the parliamentarian and give to each party a corresponding coefficient to the percentage of its vote in the country."⁴⁶

The constitutionalist starts shedding light on the theme as clarifying that the party loyalty cannot be taken to the point to transform the parliamentarian into mere "party's mouth" – as the Judge is not (or it should not be) the *bouche de la loi*, as put by Montesquieu⁴⁷ –, removing the most fundamental rights of the Republic like the liberty of consciousness, belief, philosophical and political believes.

Well, any ordinary citizen has the above portrayed rights assured, so one cannot expect less from those that have been elected exactly to represent them. It would be an enormous contradiction to elect representatives that had their rights to express taken from them precisely from their political parties.

As one can verify, the line in which the party loyalty stands is thin and fickle, and should it hang too much for the parliamentarian's liberality side – in relation to their parties –, we would certainly be in front of the debauchery from the primordial ideology of parties;

⁴⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Fidelidade Partidária e Impeachment – Estudo de Caso*. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, pp. 28.

⁴⁷ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1979, *passim*.

or in the other case, the line could incline too much for the obligatoriness of the parliamentarians to vote in a recurrent and same way, and one would notice the denaturalization of the representative democracy, once the voted candidate would not express his position – and from the parcel of the population that saw in him their representative – only repeating what has been ordered from them by the party, which would be then the State of Parties (the *Parteienstaat* to the Germans or the *partitocrazia* to Italians).

In that sense, the balance on the use of the party loyalty is imperious, under the penalty of transforming the “people’s representative” into the “party’s representative”, fitting here the small addendum in the sense that the national executives, the management and other bodies of the political parties, i.e., those that define what would be treated as a voting mandatory theme by the parliamentarians through the party loyalty would not be elected democratically, being formed internally by the party without any popular participation.

2.2 Operation of the “Fixation of Matter”

The institution of party loyalty is necessary – as glimpsed above – and the instrument used by the political party to attach its parliamentarians, in the cases in which there is desire to direct their votes in a specific manner, is the “fixation of matter”. In other words, when the political party (in the foreseen way in its Statute – be it via General Assembly, National Executive, Ethics Council, etc.) determines that all their congressmen must place themselves in unison about a certain matter that will be debated in Parliament.

Therefore, at the moment in which there is the “fixation of matter” the party puts the thesis to be followed, subjecting to those that fail the referred order to the penalties provided by the Code of Ethics and by the Statute – mostly there is prevision of the party’s expulsion and mandate loss (among the surveyed).

Nevertheless, that is a matter that shall be treated with precaution, as we did to the party loyalty. The use of the instrument of the “fixation of matter”, as well said by Bastos:

However, the fixation of the matter, surrounding determined points, as fixing guidelines to be compulsorily accomplished, must be used with moderation, that is to say, only in those cases in which there is discussion about the frequent programmatic ideas, obviously, the instrument of foundation of the party, as well as the full public knowledge. (...) The use of this institution brings, thus, frequently the serious menace of an internal dictatorship of the party.⁴⁸

⁴⁸ BASTOS, Celso Ribeiro de. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 614.

That is, the party should only use the studied instrument in the moments in which there has been in debate norms capable of affecting the basis and founding guidelines of it, what makes every sense, since the elector, besides choosing its candidate, believes in the ideological base to which one has been affiliated and, in case that the parliamentarian should vote in discordance to the referred norm, one would clearly be breaking the trust bond firmed between the elector and the political party. As an example, if a party has as its first base the defense of workers, it makes plausible the “fixation of matter” firming an opposed position to a project or law enforcement to be voted that would limit worker’s rights.

However, as well put by Bastos⁴⁹, the fixation of matter shouldn’t be used in an indiscriminate form, forcing the parliamentarians through the use of the norm’s coercivity (which foresees penalties) to positioning in matters that haven’t been correlated to the party’s guidelines or in issues eminently programmatic, constant in the Statute and party’s founding norms, and of complete public knowledge.

The determinations poured by the themes originating from the “fixation of matter” cannot aspire to transform the nature of the mandate, since the representative mandate cannot be mistaken for the imperative mandate (in which the representative was obliged to repeat the determination of its electors under penalty of destitution), transforming it in a party imperativeness.

In so being, the institution of party loyalty, by restricting the full exercise of the political representation, and for affronting the liberty of consciousness of the parliamentarian, which has a ground in an Eternity Clause, can only be used when its need cannot be argued, only aiming the maintenance of the party guidelines.

3 The impeachment Process

The impeachment process finds prediction in the BFC/88 under the nomenclature of position loss, which the infraconstitutional regulation is stipulated by the Law 1.079/50⁵⁰. We do not aim here to diminish the concatenation of all the impeachment process, doing only a general summary on it, to get to the subject of study itself.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 614/615.

⁵⁰ BRASIL. Lei nº 1.079 de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Diário Oficial. Brasília, 12 de abril de 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm> Viewed: 2017-05-19.

The use of the Institute of Party Loyalty in the Process of Impeachment

First of all, we must stress that any citizen has the power of lodging a complaint against the Chief of Executive for responsibility crime, fundamentally and with the suitable proof (or statement that it cannot be made), to the President of the Chamber of Deputies⁵¹, who may or may not accept it.

In case the President of the Chamber accepts the pressed charge, it starts effectively the impeachment process with the formation of a Commission specially designed to that deliberation, which will elaborate an opinion (exercising the contradictory and broad defense right by the denounced) about the precedency or not of that accusation.

The opinion issued by the Special Commission will then be submitted to the opinion of the Plenary of the Chamber, which, through nominal vote, will have a say on the agreement about the opinion showed. In case there is a voting to the acceptance of the complaint (uncommitted to the fact that this opinion will come along or not with the charge) for at least 2/3 of totality of Deputies, the accusation will be adjudged by the Chamber of Deputies. In case there isn't this qualified *quorum*, the process should be archived.

After the decree of the accusation, it goes to the judgement phase itself. This phase occurs at the Brazilian Federal Senate⁵², being the House held by the President of the Federal Supreme Court, in a truthful exercise of the system of checks and balances, in which all the powers find themselves closed in the same room – the Executive being judged, the Judiciary presiding the judgement and the Legislative being the judge that will determine the existence or not of a crime.

In that manner, at the Federal Senate, there will be again the designation of a commission that will elaborate the accusatory *libelo* and, after instauration of the process in the referred House, the Chief of Executive will be suspended of his functions by the maximum term of 180 days. In case there should not be a conclusion on the process on the Senate after the mentioned days, the President of the Republic will retake his position and resume his mandate.

During all process is assured the exercise of the right of broad defense and contradictory by the denounced. In the end of debates, the President of the Federal Supreme Court⁵³ must elaborate a report with a summary of the accusation, of the proofs of defense and accusation, submitting it finally to the nominal voting of Senators, whom shall give an opinion whether the responsibility crime has been committed or not by the Chief of Executive.

⁵¹ Câmara dos Deputados.

⁵² Senado Federal.

⁵³ Supremo Tribunal Federal.

Having a poll of 2/3 of Senators on the agreement that there was a responsibility crime, there will be the dismissal of the Chief of Executive of his position and (after the Constitution, Article 52, single paragraph) his disabling to the exercise of any public function for the next 08 years (what haven't happened in Dilma Rouseff's process, once the Trial of the responsibility crime and the dismissal have been dismantled, as having the first being condemned and the second absolved).

This brief summary only brings a superficial notion of the form through which the process of impeachment occurs, remembering that we do not aim to stretch ourselves upon it, nor analyze the Law 1.079/50 – in which there are several gaps. The core of the present study is to show that parliamentarians, in the referred request, analyze the proofs of the impeachment process, they listen and evaluate their arguments – brought by the witnesses of defense and accusation and, by formulating ways of convincing the Jury, they decide by the existence or not of the responsibility crime.

During the impeachment process the parliamentarian doesn't legislate, doesn't create anything that will be going to be integrated to the judicial order. He judges, exercising his atypical role in the power division, going forward upon the Judiciary wearing his coat and becoming judge of the case, a judge of a wide collegiate organ that will decide on the commitment or non-commitment of a responsibility crime when the suspect is the Chief of Executive.

The behavior of the members of the Jury Court⁵⁴ works in a very similar when as a suspect for committing an intentional crime against life is judged by their pairs. During the impeachment process the same principle is exerted, as the pairs of the Chief of Executive are politicians like himself. They then apprise the presented proof, with warrantee of contradictory and broad defense right, and they vote by the existence or not of the crime.

In both cases, there won't be a graduation in Law needed, not even judicial knowledge for them to be embedded in the function of juries of the set issue. The parliamentarian is nothing more than a jury and, as such, shouldn't suffer any external influence, any previous determination of how to vote, once the principle of free convincing should be applied to the non-career jury themselves.

It would be an absurd; a composition of a jury that already had the determination, beforehand, of what decision should be made. Likewise, it puts the “fixation of matter” in the impeachment process. Well, how can a judge/jury go to the pre-trial and trial phases of a process already with a decided vote?

⁵⁴ Tribunal do Júri.

4 The impossibility of the “fixation of matter” in the impeachment process

After analyzing the institutions of the party loyalty and of the “fixation of matter”, as well as the operation of the impeachment process, we will reach the key point of our study: the inapplicability of punishment by party betrayal, to the parliamentarian that votes against the “fixation of matter” of a political party, in the case of the judgement of the impeachment process.

That is because, in the case of voting in the impeachment process (may it be for the denunciation decree – by the Chamber of Deputies – or by the commitment or not of a crime – by the Federal Senate), the parliamentarian stop exercising its typical legislative function, starting to exercise his atypical function as a judge.

That fact coordinates with the ways of how powering control consubstantiated in the checks and balances system and, in that way, it would be completely contradictory from that of having to judge, being obliged to follow a previously imposed positioning from whoever it is, what would turn all the process of appreciation of proof into a mere theater, once the parliamentarians couldn't use its free convincing act in the judgment.

In so being, we understand that as the parliamentarian is to exercise his function of judge, there is no space to establishing a party guideline, or even making it capable of leading to the expulsion for party betrayal, since the political field agency does not relies clearly in the party's exercise of influence, while it is judging the Chief of Executive for the responsibility crime, as a maximal instance of popular representation.

The liberty of conviction is intrinsic to the judging activity and, in practice, in the moment of the judgment of the Chief of Executive by the responsibility crime, the parliamentarian converts himself into Tribunal, exercising the judicial function.

The 5th Article of the BFC/88 that rules upon the fundamental rights and warrantees determines us some dispositions that, warranted for the common citizen, cannot be taken of any person, especially from the Chief of Executive, as in trial. We can think as an example the 5th Article, subsections XXXVII, LIII, LIV, LV, from Brazilian Magna Carta.

In that way, in case of admission of the “fixation of matter”, with pronouncing of a party guideline in the cases of judgement of an impeachment process, obviously, it would cease the existing judgement in the determined terms by the BFC/88 and the procedure

disposed by Law 1.079/50⁵⁵, happening to exist an exception judgement, in which the party's summits would substitute the jury foreseen in the Magna Carta (provided with power that flows from the people to political representation) and that, even before the analysis of the proofs and reports of the process, would determine the way of judging, offending, clearly, to the proper legal process, to the contradictory and broad defense right of the Chief of Executive.

As an example, that would be as if the National Council of Justice⁵⁶, previously to the judgement of any case, obliged, under penalty of punishment, that certain Appellate Judge⁵⁷ of a Court to vote in a predetermined way, even before the proof analysis from the case-file⁵⁸ and presentation of defense.

As previously elucidated, the "fixation of matter" should occur only to the defense of the political party basis and clearly the positioning of the parliamentarian in the impeachment process could never have been included as a constant matter in the party program, in the pragmatic norms or statutory in any political partisan association.

The "fixation of matter" wouldn't be, therefore, used as an instrument of coalition of the parliamentarian action in relation to the party doctrine, but as a halter of the partisan leadership to the exercise of the (parlia)mentarian⁵⁹ function of the elected mandataries, taking from them the essence of the existence of – the speech – in a clear objective deviation.

In addition to that, the appreciation of occurrence or not of a responsibility crime is a debatable matter and, in having technical defenders with a good reputation in both sides, there is no possibility for the party to unify the understanding of its members, once they would be removing their ability to judge, to self-determination, offending the imperative of consciousness and personal political conviction and, *ultima ratio*, the representative power of a part of the population.

The parliamentarians are inviolable, during the mandate's exercise, by their opinions, words and votes, and the possibility of exclusion of the party exactly by doing one of these prerogatives consists in a manifest antinomy.

In that sense, in analyzing an analogous case (in state level), Clève stresses:

(...) To comprehend as possible the definition of a party guideline in that Field, the judgement or decree of the offered accusation against the Governor would

⁵⁵ Cf footnote nº 12.

⁵⁶ Conselho Nacional de Justiça.

⁵⁷ In Brazilian Portuguese, Desembargadores. As the political and judicial regimes in Brazil work differently as in other countries, we decided by this translation, which brings an idea of what it is about.

⁵⁸ In Brazilian Portuguese, autos [do processo].

⁵⁹ From the original: (parla)mentar. The parentheses seem to address to the etymology of the vocable, the latin word *parabola*, that means to talk, to discuss, to argue. (Translator's note)

unhand the formation of the Tribunal's competence, shaped by state deputies (for initiation of proceedings) and by deputies and *Appellate Judges* (for the Trial), being, before, held, as put by Miguel Reale, apropos of a party guideline binding to the parliamentary members of the old Electoral College, through successive nexus, and against the fixation of matter for association, by the party leadership itself. The process, the contradictory and the broad defense right, wouldn't be more than ornamental pieces removed from functionality. May it be agreed that a similar interpretation is not compatible with the judging function, and that is the reason why the deputies can and should decide not in accordance with an eventual party guideline (that, in that matter, will always be null), but yes following the applicable law, to the constant proof of the pieces and the formed conviction.

With this background, once more, it is concluded that the parliamentarians are immunized against the application of sanction for having abstained to vote as determined by the guideline, by the executive commission of the party. More than abstention, the parliamentarians could have voted against the accusation and not even this way they could, in exercising the judging function, be accused by practice of deviant conduct for betrayal of the party.

(...) any punishment would be applicable to the parliamentarians by the simple fact that any guideline can reach them in the exercise of the judging function, under penalty of aggression to (i) conviction freedom, to the (ii) principle of natural judge (with the guideline, in a reflex or indirect way, who decide are the party leaders and not the Assembly, in the case of decree of accusation) and (iii) to the principle of due process (that implies impartial decision).⁶⁰

For all that has been said, in our understanding it is impossible to measure – and to charge – the party (loyal)ty during the impeachment process, that, for its peculiarities, escapes to the possibility of “fixation of matter”, consubstantiating itself in the practice of the judicial function by the parliamentarian in an atypical way, emptying the possibility of his punishment by the party, for not having followed the party commandment – “fixation of matter” – that shouldn't even be firmed in the first place.

5 Conclusion

For all the above, the “fixation of matter”, tool used to maintenance of the party loyalty, could never be used by political parties to determine the way of voting of its members during the impeachment process, once the discussed theme is not, in any case, about the founding bases and guidelines of a political party.

On the contrary, if the parliamentarian – after appreciation of proofs of the process – understands that a responsibility crime occurred, and, even so, votes against the impeachment, then yes, there would be a denaturalization of the party bases, in which the majority brings principles such as honesty, ethics, morals, etc.

⁶⁰CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Fidelidade Partidária e Impeachment – Estudo de Caso*. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, pp. 56, 59.

Therefore, the “fixation of matter” cannot be used as an instrument of party loyalty during the impeachment process, because the tool here finds itself as a hammer that aims to throw a screw, it is, that hasn’t been made to the referred goal, not meeting a given role with efficiency and that still creates a number of cracks in the structure.

6 References

ARAS, Augusto. *Fidelidade partidária: a perda do mandato parlamentar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro de. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988.

BISPO SOBRINHO, José. *Comentários à Lei Orgânica dos Partidos Políticos*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Viewed: 2017-05-19.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Brasília. Disponível em:**

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm> Acesso em 20/09/2017.

BRASIL. Lei nº 1.079 de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Diário Oficial. Brasília, 12 de abril de 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm> Viewed: 2017-05-19.

BRASIL. Lei nº 9.096 de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Diário Oficial. Brasília, 20 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm> Viewed: 2017-05-19.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Fidelidade Partidária e Impeachment – Estudo de Caso*. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

COSTA, Antônio Tito. Infidelidade partidária: conceito e aplicação. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 19, 1972.

MELLO, Joaquim Munhoz de. *A autonomia dos partidos políticos e a nova lei eleitoral*. Revista Paraná Eleitoral. Curitiba, n. 26, p. 17-20, jul./dez. 1997.

The use of the Institute of Party Loyalty in the Process of Impeachment

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MOREIRA REIS, Palhares. *O partido político e a lei de 1995*. In: DALLARI, Adilson de Abreu e outros. *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ROVANI, Celeste Vicente; DUARTE PEREIRA, Marco Antônio. *Fidelidade partidária*. Revista do TRE/RS. Porto Alegre, set./dez. 1996.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. *Perda de mandato por infidelidade partidária?* Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 76, out./dez. 1982.

A INTERDISCIPLINARIEDADE NO DIREITO ECONOMICO AMBIENTAL COMO FORMA DE EVOLUÇÃO DA CONJUNÇÃO DIREITO E ECONOMIA

Claudia Ribeiro Pereira Nunes⁶¹

Priscila Elise Alves Vasconcelos⁶²

RESUMO: Em pleno século XXI, não há mais como se pensar em estudos isolados. A todo momento é possível constatar que as melhores pesquisas são aquelas em que há uma conjugação de conhecimentos científicos de áreas diferentes, de forma a dar maior embasamento técnico. A necessidade de interligação entre as disciplinas em busca de informações mais consistentes e completas é o que ocorre entre as ciências sociais aplicadas, como o Direito, Meio Ambiente e Economia, objeto desse estudo. Através de um estudo bibliográfico foi possível realizar a pesquisa para demonstrar como a interligação entre as ciências isoladas são imprescindíveis para o estudo acadêmico e a aplicabilidade na vida cotidiana.

PALAVRAS CHAVES: Direito; Economia; Interdisciplinariedade; Juscientificidade; Meio Ambiente.

ABSTRACT: In the 21st century, there is no longer any way to think of isolated studies. At all times it is possible to verify that the best researches are those in which there is a conjugation of scientific knowledge of different areas, in order to give greater technical base. The need for interconnection between disciplines in search of more consistent and complete information is what occurs between applied social sciences, such as Law, Environment and Economics, object of this study. Through a bibliographic study it was possible to carry out the research to demonstrate how the interconnection between the isolated sciences are essential for the academic study and the applicability in daily life.

KEYWORDS: Economy; Environment; Interdisciplinarity; Juscientificidade; Law.

⁶¹ PhD in Law. Professora Permanente do PPGD/UVA da Universidade Veiga de Almeida. Co-Coordenadora do grupo de pesquisa reconhecido pelo DGP/CNPq e certificado pela UVA: GLIS - Global Comparative Law: Governance, Innovation and Sustainability. Membro da Comissão de Direito Econômico (CDEC-OAB/RJ).

⁶² Candidate of PhD in Law. Professora Permanente do PPGD/UVA da Universidade Veiga de Almeida. Membro do grupo de pesquisa reconhecido pelo DGP/CNPq e certificado pela UVA: GLIS - Global Comparative Law: Governance, Innovation and Sustainability.

Introdução

O presente estudo tem por objetivo demonstrar a importância da interdisciplinariedade e como se apresenta no direito econômico ambiental. A busca pelo conhecimento técnico mais completo possível fez com que muitas áreas se unissem umas a outras, tornando seus estudiosos mais preparados à prática e estudo da ciência.

O pensar a complexidade é o maior desafio quando se aborda a temática interdisciplinariedade. A influência no modo de pensar e a transformação que se perfaz necessária, são trazidas por Morin e Moigne (2000) juntamente com a análise de três pilares de sustentação – ordem, separabilidade e razão.

Para Steinmetz (1999), o termo disciplina advém da unidade necessária ao conhecimento, cuja natureza é múltipla. Além disso, a expressão está relacionada à fragmentação, divisão, uniformização, sendo relacionada a duas dimensões do conhecimento, que é a unidade e multiplicidade (SGARIONI, 2011).

Conceituando interdisciplinariedade, Paviani (2005) e Batomé e Paviani (1993) trazem o conceito de disciplina como núcleos de conhecimentos centralizados, com limites definidos mas que são relativamente independentes de outros conjuntos de informações. Nesse contexto, segundo os autores, há uma integração e interação entre as unidades mais simples com as mais complexas.

O pensamento complexo na visão de Morin e Le Moigne (2000) é aquele que trata com a incerteza e possui a capacidade de conceber a organização. Possui a capacidade de reunir, contextualizar, globalizar sem perder o reconhecimento do singular, individual, concreto. Esse pensamento complexo é imprescindível para um estudo interdisciplinar.

Sendo o objeto do estudo a relação entre o direito, meio ambiente e a economia, surge o direito ambiental-econômico, com preceitos definidos pela Constituição da República (Brasil, 1988) tanto nos aspectos de direito fundamental como também relacionados a busca pela preservação e conservação do meio ambiente e a interferência do Estado na ordem econômica.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é um princípio constitucional, além de um direito difuso, pertencente a todos os indivíduos (Vasconcelos e Vasconcelos, 2016).

É imprescindível destacar que a evolução da sociedade e a evolução econômica constituem a própria razão do Direito, conforme Gonçalves e Stelzer (2005). Para os autores,

é impossível dissociar os temas, onde o último está diretamente ligado à ciência econômica em si. Os autores, inclusive, citam Karl Marx, que já apontava a interdisciplinariedade entre o econômico e o direito. Para Marx, a soma total das relações das produções constitui a estrutura econômica da sociedade, enquanto os alicerces reais servem de base para as superestruturas legais e políticas.

Essa visão interdisciplinar do direito e economia surge no século XX, originária da literatura norte Americana, denominada Análise Econômica do Direito (Gonçalves e Silva, 2016). A Análise Econômica do Direito, segundo Gonçalves e Silva (2016), buscam identificar os efeitos produzidos ou introduzidos pela interpretação legal e comportamento humano dentro do meio social, ou seja, na Economia. Portanto, de acordo com os autores, a Análise Econômica do Direito surge dentre os mecanismos de interpretação da própria lei.

Ao tratar da relação entre economia e direito, Posner (2010) aponta a afinidade existente entre o processo legal e a teoria das escolhas racionais. Destaca a inevitabilidade da discricionariedade judicial e a influência exercida pela Análise Econômica do Direito nas decisões judiciais.

Para Gonçalves e Silva (2016), o neoliberalismo, a globalização e as reiteradas crises do Sistema de Produção Capitalista formam a interdisciplinariedade, pressupondo um aprofundamento do estudo relacionado à Direito e Economia.

1. Interdisciplinariedade: a relevância da interrelação para a ciência

O estudo interdisciplinar representa um potencial de complementariedade entre as áreas de conhecimento, como pode ser facilmente visualizado nas questões ambientais segundo Sgarioni (2011). Para Maranhão (2008), ao tratar das questões ambientais, os saberes disciplinares isolados são insuficientes para uma análise e solução dos problemas mais complexos. Aponta a autora a necessidade de enfrentamento dos desafios e a transcendência dos limites do campo científico e da organização disciplinar do conhecimento.

Maranhão (2011) traz a importância da interdisciplinariedade para a solução de problemas científicos que se referem à problemas reais complexos, citando os casos de mudanças climáticas, mutações genéticas, dentre outros.

Morin e Le Moigne (2000) trazem a análise do teorema da incompletude de Gödel, cujo objeto está em apontar que um sistema dedutivo formalizado não possui capacidade de encontrar nele próprio a absoluta demonstração de validade. De acordo com os autores, não é possível a realização de um sistema de lógica indutivo-dedutivo-identitária, não podendo essa ser instrumento da certeza nem da prova absoluta.

A Interdisciplinariedade no Direito Econômico Ambiental como forma de Evolução da Conjunção Direito e Economia

Para os autores Morin e Le Moigne (2000), o pensamento complexo traz uma combinação dialógica entre a utilização, segmento por segmento, além da transgressão por obstáculos por onde não é mais operacional. Com isso, os autores afirmam que não há um abandono da lógica indutivo-dedutivo-identitária e sim uma nova visão através da análise combinatória.

Sgarioni (2011) traz a distinção entre interdisciplinariedade, multidisciplinariedade, pluridisciplinariedade e transdisciplinariedade. De acordo com o autor, a multidisciplinariedade ocorre quando reflete um nível inferior de colaboração, ocorrendo uma justaposição dos conteúdos de distintas disciplinas, permanecendo com seus objetivos particulares. Já a pluridisciplinariedade, é a justaposição de conhecimento entre disciplinas que possuem uma maior similitude, incidindo no aumento de cooperação mútua.

Para Santomé (1998), a transdisciplinariedade apresenta uma relevância por ser uma fase superior de integração entre as disciplinas, ultrapassando a justaposição de conhecimentos e coordenação. Acrescenta o autor que o fenômeno da pluridisciplinariedade possui a característica de abandonar os enfoques específicos de cada disciplina para a produção de um saber autônomo, apresentando novos objetos e métodos.

Mediante tal distinção, Sgarioni (2011) elenca a interdisciplinariedade como aquela que possui um vínculo estreito entre a pluridisciplinariedade e a transdisciplinariedade. Para Paviani (2005) a interdisciplinariedade tem por prioridade o nível lógico de conhecimento.

Para Morin e Le Moigne (2000), o pensamento complexo surge na confluência de duas revoluções científicas, sendo a primeira a responsável por introduzir a incerteza através dos estudos da termodinâmica, física quântica e cosmo-física. Posteriormente surge a atual revolução com base nas ciências da terra e ecológica.

Segundo Morin e Le Moigne (2010), as três teorias das concepções da auto-organização existentes consubstanciam o pensamento complexo. Advém dessa equação um número de ferramentas de pensamentos que desenvolvem uma ideologia que não necessariamente expulsa a certeza, dando espaço para a incerteza, mas sim que expulsa a separação para colocá-la no lugar da inseparabilidade, expulsando a lógica para autorizar todas as demais transgressões.

As três teorias citadas por Morin e Le Moigne (2010) são a teoria da informação, a teoria da cibernética e a teoria dos sistemas. A primeira, teoria da informação, é uma ferramenta para o tratamento da incerteza, da surpresa, do inesperado. Já a cibernética, esta é uma teoria das máquinas autônomas. Para essa teoria, seguindo Norbert Weiner, a retroação rompe o princípio da causalidade linear, introduzindo a ideia de círculo causal. Ou

seja, há um sistema de regulação permitindo uma autonomia, um processo de regulação baseado em múltiplas retroações. De acordo com os autores, ocorre um feedback, sendo este um mecanismo amplificador.

Com relação à teoria dos sistemas, Morin e Le Moigne (2010) aduzem que essa teoria também é base de um pensamento de organização. Segundo os renomados autores, uma vez existindo qualidades emergentes originárias de uma organização de um todo, irá retroagir à partes envolvidas. Simplificam através da ideia que o todo é mais do que a soma das partes, onde o todo representa algo menor que a soma das partes, onde as partes podem apresentar qualidades inibidas pela organização do todo.

2. Direito Ambiental e Economia: Integrando as ciências sociais aplicadas

Antes de abordar o aspecto interdisciplinar das ciências sociais aplicadas, perfaz-se necessário tartar sobre o que seriam as ciências sistêmicas. Para Morin e Le Moigne (2000), as ciências sistêmicas são aquelas que reúnem o que é separado pelas disciplinas tradicionais, onde o objetivo é constituído através de interações entre seus elementos. Trazem os autores o exemplo da ecologia-ciência, cujo objeto é o ecossistema e a biosfera, compostos por elementos da zoologia, botânica, microbiologia, geografia, ciências físicas dentre outras.

Segundo Sgarioni (2011), o direito ambiental é fruto de influências científicas e não científicas, sendo a biodiversidade e o patrimônio cultural da humanidade alguns de seus pilares.

Imprescindível destacar que dentre as fontes jurídicas há as fontes materiais ou reais. Essas fontes, conforme Diniz (2012), vão além dos aspectos sociais, abordando também os históricos, religiosos, naturais, demográficos, higiênicos, políticos, econômicos e morais. Os valores relacionados a segurança, ordem, paz social e justiça também são considerados pois deles surgem as normas jurídico-positivas. Esses aspectos relacionados à teoria do Direito são de extrema relevância ao estudo em prol da Ciência (BRAGA E MATTA 2017).

Vasconcelos (2016) alega que a partir da década de 80, houve no Brasil uma maior conscientização da sociedade acerca da preservação ambiental, fortemente influenciado pela Política Nacional de Meio Ambiente (Brasil, 1981). Com o advento da Constituição da República (Brasil, 1988), a autora aponta a elevação do meio ambiente a direito difuso, passando a ser não só uma preocupação global como devendo todos zelarem pela sua preservação.

A Interdisciplinariedade no Direito Econômico Ambiental como forma de Evolução da Conjunção Direito e Economia

Para Amado (2012), os princípios constitucionais que fundamentam a ordem econômica devem observar a defesa do meio ambiente, onde os agentes econômicos que alcancem o objetivo de redução de danos ambientais possíveis e previsíveis receberão tratamento privilegiado.

A influência das ciências econômicas no direito ambiental também é trazida por Braga e Da Matta (2017). De acordo com os autores, o meio ambiente sofre constantemente influência dos objetivos econômicos que assolam os países, estando presente a perspectiva interdisciplinar.

É possível visualizar essa influência da economia na área ambiental nos últimos tratados internacionais em que o Brasil é signatário como a COP-21 ou 21ª Conferência das Partes em Paris (2015), programas de combate à desertificação com a concessão de benefícios fiscais, como o Programa Estadual de Recuperação de Pastagens Naturais (2016), no estado do Mato Grosso do Sul, dentre outros.

O direito ambiental-econômico apresenta características que englobam a ciência jurídica sob a influência da economia. Como são classificadas como ciências sociais aplicadas, muitos de seus estudos se interrelacionam.

Acerca da aplicação do direito ambiental-econômico, é possível visualizá-lo no direito de energia. Segundo Vasconcelos (2017), o direito ambiental abrange também o direito de energia, através da tutela de recursos naturais. Dashefsky (2003) aduz que os recursos naturais responsáveis pela geração de energia, como água e biomassa, são abrangidos pelo direito ambiental. Art (2008) distingue as fontes necessárias à geração de energia, como renováveis e não renováveis. Os recursos renováveis incluem o sol, solo, plantas, vida animal, ou seja, todos que se perpetuam naturalmente; os não renováveis são aqueles utilizados de forma contínua pelo ser humano e que tendem a se esgotar no futuro ou apresentarão um elevado custo para extração, como por exemplo os minerais e os combustíveis fósseis (carvão, petróleo e gás natural).

Conclusão

Através do estudo é possível constatar que para se realizar um estudo científico mais consistente é imprescindível que as ciências isoladas interajam. O objeto deste trabalho mostra como as ciências do direito ambiental e da economia se complementam, possuindo uma evidente relação interdisciplinar.

Os estudos disciplinares foram fragmentados apenas para facilitação da compreensão. Entretanto, a necessidade de entendimento da diversidade prescinde de uma análise global para a solução dos problemas.

Ao abordar a área ambiental, Paviani (2005) aponta o avanço de integração interdisciplinar que possui. E ao abordar a temática direito econômico ambiental, é importante destacar que a lógica clássica e os princípios da identidade, de não contradição, dedução e indução são utilizados mas que necessitam ser transgredidos. Morin e Le Moigne (2000) sustentam que não se trata de um abandono aos princípios de ciência clássicos mas sim de uma integração mais ampla, onde perfaz necessário a articulação entre os princípios da ordem e desordem, separação e junção, autonomia e dependência que estão num constante diálogo para a realização da ciência em context interdisciplinar.

Referências

- AMADO, Frederico. Direito Ambiental. São Paulo: Ed. Método, 3 ed., 2012.
- ART, Henry W. Dicionário de ecologia e ciências ambientais. Ed. Melhoramentos, 1998.
- BOTOMÉ, Silvio Paulo; PAVIANI, Jayme. Interdisciplinaridade: disfunções conceituais e enganos acadêmicos. Caxias do Sul: EDUCS, 1993.
- BRAGA, Tiago Musser dos Santos; DA MATTA, João Lopes de Farias. O Direito Ambiental como fonte de uma abordagem interdisciplinar entre Direito e Economia. Disponível em < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9680c4b2639ed223>> Acesso em 04 mai 2018.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acessado em: 16 mar 2016.
- _____. Política Nacional do Meio Ambiente. 1981. Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/>> Acessado em 02 abr 2016.
- COP-21. 21ª Conferência das Partes. Paris. 2015. Disponível em <https://nacoesunidas.org/cop21/> Acessado em 04 mai 2018.
- DASHEFSKY, H. Steven. Dicionário de ciência ambiental. Ed. Gaia. 3 ed., 2003.

A Interdisciplinariedade no Direito Econômico Ambiental como forma de Evolução da Conjunção Direito e Economia

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica Jurídica, Norma Jurídica e Aplicação do Direito. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Everton das Neves; DA SILVA, Márcia Luisa. A IMPORTÂNCIA DA DISCIPLINA DE ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PARA O DESENVOLVIMENTO DA INTERDISCIPLINARIDADE INDISPENSÁVEL AOS CURSOS DE DIREITO NO BRASIL. 2016. Disponível em <<http://indexlaw.org/index.php/revistaddsus/article/view/1390>> Acessado em 04 mai 2018.

MARANHÃO, Tatiana P. A. Produção interdisciplinar de conhecimento científico e questão ambiental. Disponível em <www.necso.ufrj.br/esocite2008/trabalhos/35792.doc n.11, pp.967-975>

MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean-Louis. A Inteligência da Complexidade. São Paulo: Petrópolis, 2000.

PAVIANI, Jayme. Interdisciplinaridade: conceitos e distinções. Porto Alegre: Edições Pyr, 2005.

POSNER. Richard Allen. A economia da justiça. São Paulo, WMF Martins Fontes, 2010.

PROGRAMA ESTADUAL DE RECUPERAÇÃO DE PASTAGENS DEGRADADAS. 2016. Decreto Estadual 14.424/16. Mato Grosso do Sul. Brasil. Disponível em <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=317348>>. Acessado em: 16 mar 2016.

SANTOMÉ, Jurjo Torres. Globalização e Interdisciplinaridade. O currículo integrado. Tradução de Cláudia Schilling. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998.

SGARIONI, Marcio Frezza. O Direito Ambiental e a interdisciplinaridade como valorização do multiculturalismo. 2011. Disponível em <<https://www.diritto.it/o-direito-ambiental-e-a-interdisciplinaridade-como-valorizacao-do-multiculturalismo/>> Acesso 04 mai 2018.

STEINMETZ, Wilson Antônio. Notas sobre as possibilidades de uma teoria crítica e interdisciplinar do direito. Conjectura, Caxias do Sul, RS: v.4, n.1/2, jan. 1999.

VASCONCELOS, Priscila E. A.; VASCONCELOS, Paulo S. Responsabilidade Ambiental e Sustentabilidade das Usinas de Bioenergia. In: X CBPE Congresso Brasileiro de Planejamento Energético, 2016, Gramado, RS. Oferta e Demanda de Energia: O papel da tecnologia da Informação na Integração dos Recursos, 2016.

VASCONCELOS, Priscila E. A. RESPONSABILIDADE JURÍDICO-AMBIENTAL DAS USINAS SUCROENERGÉTICAS E A RECUPERAÇÃO DE ÁREAS DEGRADADAS. Dissertação de mestrado do programa de pós graduação em Agronegócios. 2017. Disponível

em < <http://files.ufgd.edu.br/arquivos/arquivos/78/MESTRADO-AGRONEGOCIOS/RESPONSABILIDADE%20JUR%C3%8DDICO-AMBIENTAL%20DAS%20USINAS%20SUCROENERG%C3%89TICAS%20E%20A%20RECUPERA%C3%87%C3%83O%20DE%20%C3%81REAS%20DEGRADADAS.pdf>

f> Acessado em 04 mai 2018.

OBTAINING AN ENFORCEABLE TITLE FOR UNCONTESTED MONETARY CLAIMS: PARALLELS BETWEEN MACEDONIAN AND SPANISH LAW

Tatjana Zoroska Kamilovska*

Milka Rakočević**

Introductory Remarks

One of the rather challenging tasks for many policymakers in Europe over the last decades regarding the reforms of the judicial system has been the establishment of efficient procedural instruments for recovery of claims, particularly the uncontested ones. Due to the fact that considerable part of initiated court proceedings in many European countries are not those over a dispute of fact or law, but those where the creditor must address the court in order to obtain an enforceable title against the debtor due to his unwillingness or inability to pay, the need for existence of a quality system of certification⁶³ of uncontested claims is more than obvious.⁶⁴

The existence of such a system is essential for the proper functioning of the judicial system as a whole for several reasons. It provides for an early stage distinction between actual (truly contentious) and “unreal” (where no real legal dispute exists) disputes⁶⁵ in the proceedings which allows the latter to proceed on a separate, fast-track procedure. It produces more rational use of the scarce resources allocated to the courts. The courts are concentrated on “real” dispute adjudication within a reasonable time, while the settlement of “unreal” disputes is modified to the needs of their efficient resolution. A procedural

* Full Professor at the Faculty of Law “Iustinianus Primus”, Ss.Cyril and Methodius University in Skopje, Macedonia.

** Assistant Professor at the Faculty of Law “Iustinianus Primus”, Ss.Cyril and Methodius University in Skopje, Macedonia.

⁶³ In this paper, the procedural instruments that are adjusted to obtain an enforceable title for uncontested monetary claims, regardless of their different naming and legal qualification (payment order, notarial payment order, writ of execution based on a trustworthy document) will be referred to as certification of uncontested claims.

⁶⁴ For example, out of all cases dealt with by ordinary lower civil courts, the percentage of uncontested claims ranges between 50% in Ireland and more than 80% in Germany, Austria and Sweden. *Green Paper on a European Order for Payment Procedure and on Measures to Simplify and Speed up Small Claims Litigation COM(2002) 746, p.7* (hereinafter *Green Paper*).

⁶⁵ Due to absence of any contentious questions over fact or law, some authors name these cases as “unreal” disputes. Here, the court proceedings serves just to examine the contentiousness of the claim, and in case of its absence, the court serves as a “payment service” for (mechanical) obtaining of an enforceable title against the debtor (germ. Titelbeschaffung). See A. Galič, *Izdavanje platnog naloga i arbitraža* [Issuing of a Payment Order and Arbitration], *Pravo u gospodarstvu*, Vol. 51, br. 6, 2012, str. 1482.

legislation that ensures efficient and speedy adjudication of uncontested claims is also a deciding factor in the prevention of huge backlogs in the courts.^{66, 67}

Each country has a different approach to the problem of mass recovery of uncontested claims. The solutions vary due to the difference in the conceptual organization of the civil procedure as well as their different legal traditions. In general, a default judgment, a specific summary proceedings and even provisional measures are considered to be the main procedural means in managing these types of claims.⁶⁸ The non-contentious nature of procedures for obtaining an enforceable title for uncontested monetary claims also gives the possibility for the policymakers to opt among different authorities as competent for their certification. Surely, the selection should be done in a manner that would pose a procedure that is both cost-effective and guarantees proper protection of rights. In that respect, competent authorities are usually first instance courts or notaries. In most countries, the reform aimed for obtaining a system that will provide for a speedy, simple and inexpensive collection of uncontested claims is mainly carried out by introduction of payment order procedures; assigning notary public service with the authority of issuing enforceable titles, digitalization and centralization of the process.⁶⁹

The paper will discuss the legislative framework of Macedonia and Spain regarding the available procedural mechanisms for obtaining an enforceable title for uncontested monetary claims. Similarities and differences of the procedural systems are observed, as well as their results. The comparison of procedural mechanisms of both countries highlights the conceptual diversity, but also proximity of two countries, especially in the light of their affinity to different procedural circles within the continental Europe.

⁶⁶ See also A. Uzelac, M. Bratković, *Certificiranje nespornih tražbina u domaćem i poredbenom pravu* [Certification of Uncontested Claims in National and Comparative Law], *Zbornik Aktuelnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i uporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća*, Split, 2015, p. 83; *Green Paper*, p. 8.

⁶⁷ The Austrian *Mahnverfahren* is a good example of a quality mechanism for certification of uncontested monetary claims. As a result of its simplicity and efficiency as a no-evidence, one-step and digitalized certification system, it even displaced the special proceedings for issuing of documented payment order (*Mandatsverfahren*) resulting with its removal from the Austrian *Zivilprozessordnung (ZPO)* due to its poor practical application.

⁶⁸ *Green Paper*, p. 9.

⁶⁹ For example, since 2008 Slovenia has a centralized and digitalized system of certification of uncontested claims in the competence of the District Court in Ljubljana. Estonia, Hungary and Poland also have an electronic filing and processing of the claims within a centralized system. See World Bank, *Towards Effective Enforcement of Uncontested Monetary Claims: Lessons from Eastern and Central Europe*, June 2017, p. 15, 17.

1. Debt Recovery Methods

Respecting payment terms remains a real challenge in the contemporary world. It is rather common nowadays that many companies encounter quite unpleasant situations where clients do not pay their services. Even though the economic effects of late or non-payments are well known, the payment behavior of private individuals and businesses is slowly changing. Taking this into account a solid legal framework that guarantees creditor access to prompt recovery of due monetary claims, especially the ones whose justification is not called into question is more than needed.

As in many other jurisdictions, Macedonian and Spanish policymakers appreciate resolving the disputes out of court. But, when amicable debt collection turns out to be unsuccessful, the creditor remains dependent upon obtaining an enforceable title through judicial proceedings. Upon failure of extrajudicial collection, the creditor has to decide which judicial proceedings is the most appropriate method depending on the type, amount and nature of the debt. In this respect, most common debt recovery methods in both countries include initiation of ordinary civil proceedings or special summary proceedings. Macedonian, as well as Spanish law recognizes some proceedings that are faster and more convenient for the creditor when the debt is recognized and documented in some type of financial legal instruments or trustworthy documents.

In that respect, in Macedonia, within the structure of ordinary civil procedure there is a payment order procedure. Beside the judicial proceedings there is also a procedure for issuing notarial payment order.⁷⁰ The Spanish law also regulates several separate swift proceedings along with the ordinary civil procedure (*juicio ordinario*), such as the “*monitorio*” procedure (for claims documented in common commercial papers) and the “*cambiario*” procedure (for claims documented in negotiable instruments). The claim for payment can be realized through a notary public as well in the so called “*monitorio notarial*” procedure.⁷¹

2. Procedural Mechanisms for Certification of Uncontested Monetary Claims

Among the different procedural mechanisms intended for managing uncontested claims, the payment order procedure has proven to be an exceptionally valuable tool to

⁷⁰ Judicial payment order procedure is regulated with the Civil Procedure Act (Official gazette of RM, No 9/2005, 110/2008, 83/2009, 116/2010 and 124/2015, hereinafter CPA). The procedure for issuing notarial payment order is regulated with Notary Public Act (Official gazette of RM, No 72/2016 and 142/2016, hereinafter NPA)

⁷¹ Juicio ordinario, juicio verbal, proceso monitorio and proceso cambiario are regulated with the Ley de Enjuiciamiento Civil (Civil Procedure Act, BOE-A-2000-323, hereinafter CPA). The *monitorio notarial* (reclamación de deudas dinerarias no contradichas) is regulated with the Ley del Notariado (Law on Notaries, BOE-A-1862-4073, hereinafter LN).

ensure their rapid and cost-effective collection. The payment order procedure is widely used and it is generally regarded as successful method for recovery of debts due to its main characteristic as a fast-track and easy accessible procedure. It is a particular civil proceeding that has certain specific characteristics compared to the ordinary civil proceedings. The principal characteristic of this procedure is that it is aimed to ensure prompt enforceability of uncontested claims. Therefore, it is non-contentious in its essence and it is carried out without debtor's participation. It is considered as a summary and reduced procedure for collection of overdue monetary claims that are proven by qualified documents which deserve special trust with regard to their origin and content.⁷² It is a procedure of reduced cognition which gives the possibility of determining the so-called conditional condemnation. In the course of this procedure the competent authority decides *in merito* whether the prerequisites for issuing an order for payment are fulfilled or not.⁷³

Macedonian and Spanish law recognize fast-track proceedings for recovery of uncontested monetary claims which are acknowledged as payment order proceedings in its substance. Both countries have dual-track regime for obtaining an enforceable title for uncontested monetary claims: standard judicial proceedings for issuing a payment order⁷⁴ and procedures before a notary public.

Regarding Macedonian legislative solutions in this sphere, it should be noted that for a considerably long time the enforcement on the basis of a trustworthy document was considered as the main mechanism for certification of uncontested claims.⁷⁵ Certification of uncontested claims within the enforcement procedure is quite an unusual and unfamiliar procedural instrument in European context that was established due to merely practical reasons.⁷⁶ With the enactment of the Enforcement Act of 2005, the trustworthy document

⁷² See also A. Јаневски, Т. Зороска Камиловска, Граѓанско процесно право, книга прва, парнично право [Civil Procedural Law, First Book, Civil Litigation Procedure], Скопје, 2012, p. 511.

⁷³ Even though this procedure has different manifestation in different countries and also in the EU context, in general, it concerns a specific, *ex parte* procedure for obtaining an enforceable title in debt collection cases.

⁷⁴ The procedure for issuing a judicial payment order in Macedonia and “*proceso monitorio*” in Spain.

⁷⁵ As of today, certification of uncontested claims through a procedure of enforcement on a basis of a trustworthy document exists in Serbia, Croatia and Slovenia as primary method of certification. In Serbia, the court is competent, except in cases of collection of monetary claims based on utility bills which is in competence of the enforcement agent. In Croatia, the procedure is in the competence of the notary public, while Slovenia has opted for a centralized and digitalized system in the competence of the court.

⁷⁶ The introduction of a trustworthy document as a ground for enforcement was made in 1978. Apart from the principal rule that a ground for enforcement could only be an enforceable title and without inclining to any similar experience in comparative context, the Enforcement Procedure Act of 1978 introduced the trustworthy document as ground for enforcement due to pragmatic reasons – the main goal was to simplify the forcible collection of monetary claims by bypassing the payment order procedure. Taking into account the same reasons why the payment order procedure was introduced – the possibility of issuing a conditional condemnation in *ex parte* procedure if the claim is proven with a trustworthy document – it was considered that there is no obstacle to go a step forward and to allow enforcement on the basis of a trustworthy document instead of firstly initiating a payment order procedure and afterwards commencing enforcement. Given the fact that according to the new

Obtaining an Enforceable Title for Uncontested Monetary Claims: Parallels Between Macedonian and Spanish Law

was excluded as a ground for enforcement. This solution produced rapid increase of the number of court procedures for issuing a payment order since the creditors whose claims were proven with a trustworthy document (in order to collect them) had no other option but to initiate separate civil proceedings for issuing a payment order. This state of affairs generated great inefficiency causing additional burdening of the courts with new cases.⁷⁷ In order to provide more efficient administration of justice and respond to the need of unburdening the courts from undisputed cases, the modern concept of “outsourcing” certain judicial responsibilities was accepted as a key reform in the sphere of certification of uncontested claims. In 2009 public notaries were given a genuine competence to render, upon creditor’s proposal, decisions to allow enforcement on the basis of a trustworthy document. From 2016, with the enactment of the new NPA, this procedure is regulated by the NPA as notarial payment order.⁷⁸ As for the effects of dejudicialization regarding the certification of uncontested claims, the relevant figures for the last couple of years show positive results.⁷⁹ Although there is no explicit provision stating that the procedure for issuing notarial payment order is mandatory, it nevertheless has such a character. In light of

EA of 2005, the enforcement is conducted directly, without a prior proceedings for allowing enforcement, there was no possibility for the trustworthy documents to be considered as ground for enforcement mainly because they do not contain a statement of the debtor that he agrees not to be guaranteed the legal protection of his rights (which means reduction of his procedural rights), nor such an act of disposal of the rights can be assumed even though they have high degree of probability which proves the existence of a certain overdue monetary claim.

⁷⁷ For illustration only, on 15 November 2008, 314.504 enforcement cases were pending before the Basic Court Skopje 2 in Skopje, in which the court had to act on a basis of a trustworthy document.

⁷⁸ In Macedonia, the procedure for issuance of notarial payment order is in the competence of around 200 notaries.

⁷⁹

Data regarding the notarial payment order	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Initiated proceedings	243.254 (100%)	241 966 (100%)	205 259 (100%)	275168 (100%)	256627 (100%)	84487 (100%)
Forwarded cases to the court	193 (0.08%)	198 (0,08%)	292 (0.14%)	68 (0.025%)	31 (0.012%)	241 (0.28%)
Issued notarial payment orders	216.753 (89%)	204 310 (84,4%)	175 760 (85.6%)	247393 (90%)	246534 (96.07%)	79771 (94.42%)
Final and enforceable payment orders	120.396 (49.5%)	115 027 (47.5%)	101 003 (49.4%)	125816 (51%)	125085 (51%)	27973 (35.1%)
Filed oppositions	13.061 (5.4%)	8 610 (3,5%)	7490 (3.7%)	6963 (3%)	7251 (2.94%)	3733 (4.68%)

Source: Notary Public Chamber of Republic of Macedonia

the CPA which explicitly states that the judicial payment order is issued only if the obligation is to be fulfilled abroad⁸⁰, the notarial payment order is considered as regular and principal instrument for collection of uncontested claims.

As for the available procedural instruments for obtaining an enforceable title for uncontested monetary in Spain, the *proceso monitorio* is a relatively new institute in the Spanish procedural law. It was introduced with the enactment of the Civil Procedural Act of 2000 as one of the principal novelties in order to strengthen the protection of the creditors.⁸¹ It was designed to take the form of swift proceedings through which the creditors seek to obtain an enforceable title promptly. It is currently one of the most widely used procedures in Spain.⁸² Before the amendments of CPA in 2009, the issuance of the payment order was in competence of the judge. As of May 2010, this power is delegated to the court clerks. This solution produced more efficient and faster processing of the application. Since October 2015, another mechanism for obtaining an enforceable title for uncontested claims is provided – the so-called *monitorio notarial*. Its substance is two folded: it is aimed to provide a protection of claims, on the one hand, and to lighten the workload of the courts, on the other. As it is explicitly noted in the Preamble of Ley de la Jurisdicción Voluntaria: *“It can contribute significantly to a substantial decrease in the volume of cases that enters annually in the Courts, by constituting itself as an alternative to the judicial collection of claims.”*⁸³ Unlike the legal regulation in Macedonia, the Spanish system provides a concurrent competence of the courts and notaries regarding the certification of uncontested claims. Namely, *monitorio notarial* is an optional instrument available to the creditor for recovery of certain claims⁸⁴ that exists as alternative to the *proceso monitorio*. It is considered to be a fast and convenient mechanism for obtaining enforceable title in those cases where the creditor has a document that accredits the debt but lacks enforceability, avoiding the court proceedings when there is no contentiousness among the parties but an unjustified resistance of the debtor to fulfill his obligations.

⁸⁰ Art. 418 para 1 of the CPA.

⁸¹ Regarding the reasons for introduction of such a procedure, Section XIX of the Preamble of the *Ley de Enjuiciamiento Civil* states that it is deemed that through the channels of this procedure, which is efficient in several countries, a rapid and effective protection of monetary claims will be obtained, especially for professionals and medium and small businesses.

⁸² According to the statistical data provided by the General Council of Judiciary in 2016 a total of 537,054 *monitorio* proceedings were registered in first instance courts in Spain. See Consejo General del Poder Judicial, “La Justicia dato a dato”, Madrid, 2016, p. 64.

⁸³ See Section XI of the Preamble of Ley de la Jurisdicción Voluntaria, 15/2015, of 2 July, 2015.

⁸⁴ According to Art. 70 para 1 of the Spanish NPA certain claims cannot be recovered through this procedure, such as claims based on a contract between an entrepreneur or professional and a consumer or user or claims in which public administration is concerned.

3. Claims Suitable for Certification and Grounds for Certification

The laws of both countries prescribe several criteria that the recoverable claim must meet in order for the creditor to obtain an enforceable title based on the presumption that the claim will remain uncontested. Those criteria refer to the nature and the characteristics of the claim as well as the appropriate written evidence that prove the existence of the claim. Fulfillment of such criteria is essential for the admissibility and justification of the application for certification of uncontested claims.

The scope of application of procedures for certification of uncontested claims is limited only to monetary claims in both legal systems. While in Macedonia, the legislator insists that the claim must be monetary and due, the Spanish approach is more detailed, providing that the claim must be monetary, liquid, specific, due and exigible.⁸⁵

Regarding the issue whether the certification of uncontested claims should be limited only on claims up to a certain amount, unlike some procedural systems where the access to the available procedural mechanisms is restricted by introduction of a ceiling as to the amount that can be claimed⁸⁶, in Macedonia and Spain these procedures are accessible to the creditors regardless of the amount. Though, Macedonian legislator has never provided an upper limit regarding the availability of such procedures, in Spain that wasn't always the case. Namely, in 2000 when it was introduced for the first time, *proceso monitorio* was suitable for recovery of claims up to 30.000 Euros. Since May 2010, the ceiling was raised considerably to an amount of 250.000 Euros. As of October 2011, the value census was vacated entailing that the *monitorio* procedure is accessible for recovery of monetary claims irrespective of their value.⁸⁷

As for the requirement of production of written evidence that justifies the existence of the claim that is to be recovered through a procedure of certification, both countries have accepted the “evidence” model of procedure for certification of uncontested claims meaning that the creditor is obligated to deliver documentary evidence in order for the procedure to

⁸⁵ See Art. 418 para 1 of Macedonian CPA, Art. 70 para 1 of Macedonian NPA, Art. 812 para 1 of Spanish CPA, Art. 70 para 1 of Spanish NPA.

⁸⁶ The issuance of a payment order up to a certain amount is common for Austria (for monetary claims up to 75.000 Euros) and Portugal (for monetary claims arising from contracts up to 15.000 Euros)

⁸⁷ Although the uncontested nature of the claim cannot be related to the magnitude of the amount involved in anyway, the justification of any such constraint of access can possibly be found in the protection of the debtor due to the fact that the certification of uncontested claims is an *ex parte* procedure. But, this reasoning can be acceptable only if the ordinary proceeding provides a higher degree of protection of the debtor then the proceedings for certification of uncontested claims. As for Spain, the limitation of the amount that can be claimed can partly be explained by the novelty of the payment order procedure to its procedural system. See *Green Paper*, p. 21.

be admissible.⁸⁸ In that regard, procedural provisions ask for production of certain documents as an essential prerequisite for processing of the claim having *numerus clausus* approach⁸⁹ when prescribing them. According to the Macedonian law, these documents are set under the term of a trustworthy document. The CPA sets the following documents as trustworthy: public documents; bills of exchange and checks with protest and with return accounts if those are necessary for founding of the claim; invoices; and documents which according to separate regulations have the meaning of public documents. The NPA regulation slightly defers, prescribing the excerpt from certified business books of bank, savings bank, financial corporation, financial lessor or insurance company in addition to the documents mentioned previously.⁹⁰ According to the Spanish CPA, one of the following documents is required to substantiate the application submitted: documents which are signed by the debtor or contain his seal, stamp, imprint or trademark or any other physical or electronic sign, regardless of their form and nature or the support used; invoices, delivery notes, certifications, telegrams, telefax or any other documents that, even unilaterally created by the creditor, are commonly used to document the credits and debts in relations that appears between creditor and debtor.⁹¹ In addition to this, the CPA provides that the *proceso monitorio* can be used when together with the document recording the debt, commercial documents evidencing a previous enduring relationship are provided and the debt is credited by means of certification of non-payment of amounts due for common expenses of communities of owners of urban real estate.⁹² Regarding the enumeration of the trustworthy documents in both legal systems, obviously there is significant difference in the type of qualified documents prescribed. For example, as to the negotiable instruments, like bills of exchange and checks prescribed by the Macedonian laws, the same type of documents in Spain is subject to a different fast-track procedure for recovery of debts, the *proceso cambiario*.

4. Initiation and Course of the Proceedings for Certification of Uncontested Monetary Claims

⁸⁸ The acceptance of the “evidence” model is intended to provide for the debtor’s protection as a safeguard against frivolous applications allowing the issuance of a payment order only after a summary examination of the merits of the case is done by a competent authority.

⁸⁹ The *numerus clausus* approach regarding the trustworthy documents is a result over the practical experience that the claims for which there are written evidences that deserve trust with regard to their origin and content generally exist and the arguing over them in litigation *ex post* commonly turns out to be pointless. S. Triva, M. Dika, Građansko parnično procesno pravo [Civil Litigation Procedural Law], Zagreb, 2004, p. 812.

⁹⁰ Arts. 418-a of CPA and 70 para 2 of the NPA.

⁹¹ Art. 812 para 1 of the Spanish CPA

⁹² Art. 812 para 2 of the Spanish CPA.

Obtaining an Enforceable Title for Uncontested Monetary Claims: Parallels Between Macedonian and Spanish Law

The initiation of the proceedings for certification of uncontested claims is in the disposition of the creditor. The creditor whose claim fulfills the criteria for obtaining an enforceable title through proceedings for certification can file a motion⁹³ to the competent authority (court or notary public) with regard to the provisions regulating the jurisdiction. Both countries have the same approach when prescribing the rules on jurisdiction in these procedures with minor differences. In general, courts and notaries of the domicile of the debtor have the jurisdiction for certification of uncontested claims.⁹⁴ The provisions that regulate the further processing of the claims are more or less the same. After the initial motion, the competent authority *ex parte* examines whether the criteria for certification of uncontested claims are fulfilled, and if the motion is admissible and the assessment of the information given and the documentary evidence produced indicates that the claim is founded, the court or the notary public shall issue a payment order obligating the debtor either to recover the claim or to file an opposition in the specified time limit.

According to Macedonian law, the judicial payment order is issued without holding a hearing. In the payment order the court shall declare that the defendant (debtor) is obligated to fulfill the claim within 8 days (in disputes over bills of exchange or check, within 3 days) or to submit an opposition against the issued order within the same time limits. If the court does not accept the proposal for issuing a payment order, it shall continue the procedure upon the claim.⁹⁵ The procedure for issuing judicial payment order has to be completed within 3 months.⁹⁶ Regarding the notarial payment order, the notary public is only entitled to act upon admissible and justified proposals for issuance of notarial payment order. In that case, the notary shall render a decision granting the relief sought i.e. he shall oblige the debtor within eight days to settle the creditor's claim or to file an opposition. If the notary considers that the proposal is inadmissible or unjustified, it shall forward the case to the competent court for further action and deciding as if a claim was filed. The final and enforceable decision for issuing a notarial payment order is an enforceable title.⁹⁷

Regarding Spanish procedures, once the *proceso monitorio* is initiated, if the documents are valid or constitute a *prima facie* evidence of the right of the creditor, confirmed by what is

⁹³ In Macedonia, the proceeding for issuance of judicial payment order is commenced with a claim and the procedure for issuance of notarial payment order is commenced with a proposal. In Spain, both *proceso monitorio* and *monitorio notarial* are commenced with a request.

⁹⁴ According to Macedonian law, the court and notary of the domicile of the debtor have the jurisdiction to process the claim (Art. 68 para 1 of the Macedonian NPA and Art. 39 of the Macedonian CPA). In Spain, the jurisdiction lies with the court or the notary of the domicile of the debtor, the habitual residence or the place where the debtor could be found (Art. 813 of the Spanish CPA and Art. 70 para 1 of the Spanish NPA).

⁹⁵ See Art. 420 and 421 of the CPA.

⁹⁶ Art. 418 para 2 of the CPA.

⁹⁷ Arts. 71 para 1/4, 78 and 73 para 4 of the NPA.

set out in the request, the court clerk shall request the debtor to pay the creditor within a time-limit of 20 days or to appear before the court to oppose. If the debtor does not comply with the payment order or does not appear, the court clerk shall issue a decree terminating the payment order procedure and transfer the matter to the enforcement office. If the debtor complies with the payment order, the court clerk shall order the staying of the proceedings as soon as the payment has been evidenced.⁹⁸ In compliance with the judgment of the Court of Justice of the European Union of 14 June 2012⁹⁹, holding that Spanish law is not in accordance with the EU law on consumer protection since it does not allow the judge before which an application for an order for payment has been brought to assess of its own motion, in *limine litis* or at any other stage during the proceedings, whether a term contained in a contract concluded between a seller or supplier and a consumer is unfair, in 2015 the new provision was introduced regarding the *monitorio* procedure. It lays down that if the claim is grounded on agreements concluded with consumers, the judge shall *ex officio* examine whether any of the contractual terms may be classified as unfair. If any of the terms appears that could be found as unfair, the judge shall hear the parties and render a decision. If any of the terms are deemed to be unfair, the judge may decide either to decline the claim as inadmissible or to continue with the proceedings without applying the terms considered to be unfair.¹⁰⁰ In respect of *monitorio notarial*, if the request of the creditor is admissible and justified, the notary shall require the debtor to pay the creditor within 20 days. If the defendant appears before the notary to formulate an opposition, the proceedings before the notary shall be terminated without prejudice to the creditor's right to recover the claim through judicial proceedings. If within the given time limit the debtor does not appear before a notary or does not file an opposition, the notary shall record such circumstance. In this case, the minutes shall be considered as enforcement title.¹⁰¹

Although provisions regulating ordinary civil procedure prescribe presence of qualified representatives (attorney or procurator) above a certain amount, the Spanish CPA explicitly states that the presentation of the initial request in *proceso monitorio* shall not require an attorney or procurator.¹⁰² In Macedonia, representation in the procedure for issuance of judicial payment order is not required. On the contrary, the NPA provides mandatory presence of an attorney when filing the proposal for issuing a notarial payment order.¹⁰³

⁹⁸ Arts. 815, 816 and 817 of the Spanish CPA.

⁹⁹ Judgment of 14 June 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, EU:C:2012:349.

¹⁰⁰ See Art. 815 para 4 of the Spanish CPA.

¹⁰¹ Art. 71 of the Spanish NPA.

¹⁰² Art. 814 para 2 of the Spanish CPA.

¹⁰³ Art. 68 para 2 of the NPA.

5. Protection of the Debtor

Given the fact that procedural mechanisms for certification of uncontested monetary claims are carried out as *ex parte* proceedings, the protection of the debtor is an important issue to be discussed. In comparative context, there are a number of instruments intended to provide for the debtor's protection: by introducing a ceiling as to the amount that can be claimed in this type of proceedings; by establishing the so called "evidence" procedural model where the creditor should produce written evidence which proves the justification of the claim; or by the possibility of stating an opposition against the issued payment order.

Both countries recognize the same mechanisms for protection of debtor's rights. They both have the so-called "evidence" model of payment order procedure and the possibility of opposing the issued payment order. Until recently, Spain also provided a ceiling for the access to the order for payment procedure.

Nevertheless, the possibility of filing an opposition against the payment order is considered as the most solid mechanism for protection of the debtor's rights. It is important to notice that in both legal systems the opposition is the only legal remedy available to the debtor in this type of proceedings meaning that the debtor has only one opportunity to contest the claim. The issuance of the payment order is regulated as one step procedure, so there is no further possibility of an ordinary appeal against the decision in the absence of opposition.

Regarding the opposition, the time limit for contesting the claims differs in both countries.¹⁰⁴ In Macedonia, the CPA provides that the debtor can oppose the judicial payment order within 8 days and in disputes over bills of exchange and checks, within 3 days from reception of the payment order.¹⁰⁵ As for the notarial payment order, it can be opposed within 8 days from reception of the decision for issuance of the notarial payment order.¹⁰⁶ In Spain, time limits for filing opposition are significantly longer. In *monitorio* procedure the debtor can file an opposition within 20 days from the notification.¹⁰⁷

Another question that arises in this context is whether the opposition should be reasoned. In many countries, the opposition against the issued payment order does not require the debtor to provide any justification. It is sufficient to state that he objects without

¹⁰⁴ Even though setting time-limits is rather a technical matter for the policymaker, granted time-limits should be such to provide a real opportunity for the debtor to prepare his defense.

¹⁰⁵ Art. 420 para 2 of the CPA.

¹⁰⁶ Art. 72 para 2 of the NPA.

¹⁰⁷ Art. 815 para 1 of the Spanish CPA.

the need for any further explanation.¹⁰⁸ Procedural provisions of both countries insist on reasoned opposition. This can be explained with the tendency of providing some kind of safeguard against frivolous oppositions given the fact that their filing can be used as dilatory tactic. The Macedonian CPA states that in the opposition the debtor is obligated to state the facts and evidence in respect of the contested part of the judicial payment order.¹⁰⁹ On the other hand, the NPA does not contain any provision whether the opposition against the notarial payment order should be reasoned or not. By our opinion, the opposition should be reasoned, stating the facts and evidence against the rendered decision of the notary. As for the Spanish *monitorio* procedure, in 2015 there was an amendment to include an obligation for the defendant, if opposing to the order for payment to file a founded and reasoned opposition, as opposed to succinct as was previously the case. The current procedural provision states that the debtor is obligated in a justified and grounded manner to allege the reasons why, in his opinion, he does not owe the amount claimed, either in full or in part.¹¹⁰

Regarding the filing of the opposition, it should be noted that in certain cases a need of a qualified representative is required. According to Spanish law, the opposition should be signed by an attorney or a procurator if their intervention is required depending on the amount of the claim. The CPA imposes their intervention if the amount exceeds 2000 Euros.¹¹¹ In Macedonia, the intervention of the attorney is obligatory only if opposing against the decision of the notary for issuing a notarial payment order.¹¹² If opposing against judicial payment order there is no need of legal representation.

As for the course of the proceedings if the debtor files an opposition, the initiated procedure regularly follows the path of civil litigation. In Spain, there are distinct rules depending on the amount of the claim. If the amount does not exceed that set for “*juicio verbal*” (for claims not exceeding 6000 Euros), the court clerk shall terminate the *monitorio* procedure and the procedure will continue in accordance with the provisions for the oral procedure. If the amount of the claim exceeds 6000, the creditor shall be given a time limit of 1 month to file the claim according to the rules of ordinary civil procedure (*juicio ordinario*), on the contrary he shall issue an order declaring the staying of the proceedings and ordering the creditor to pay the costs.¹¹³ Regarding the *monitorio notarial*, if the defendant appears before

¹⁰⁸ For example, in Germany and Sweden.

¹⁰⁹ Art. 423 para 3 of the CPA.

¹¹⁰ Art. 815 para 1 of the Spanish CPA.

¹¹¹ Art. 818 para 1 of the Spanish CPA.

¹¹² The opposition should be written by an attorney, containing his seal and signature. Art. 68 para 2 of the NPA.

¹¹³ Art. 818 para 2 of the Spanish CPA.

the notary to formulate an opposition, the proceedings before the notary shall be terminated without prejudice to the creditor's right to recover the claim through judicial proceedings.¹¹⁴

In Macedonia, if an opposition is filed against the judicial payment order within the given time limit the court shall assess whether it is necessary to schedule a preparatory hearing, or it may immediately schedule a main hearing. In the decision on the main issue, the court shall decide whether the payment order completely or partially stays in force or it is vacated.¹¹⁵ Upon opposition against the notarial payment order, it is provided that the competent court decides in accordance with the provisions of the CPA, which means in a same manner as if opposition against the judicial payment order was filed.¹¹⁶ The opposition is to be filed before a notary who rendered the payment order. The notary should submit the opposition to the competent court within 3 days from the date it was filed.¹¹⁷ With the amendments of the CPA introduced in 2015, the procedure upon the opposition against the notarial payment order before the first instance court has to be completed within six months from the date of receipt of the case. If an appeal against the court decision is filed, the second instance court must render its decision within 30 days.¹¹⁸ The prescribed time frame is expected to contribute to greater efficiency of the procedure.

6. Conclusion

The comparative analysis of Macedonian and Spanish legislative framework showed that the available procedural mechanisms for obtaining an enforceable title for uncontested claims differ, more or less, in their conceptual organization and arrangement of the procedure. Notwithstanding the dissimilarities, both countries have established functional and effective systems that deliver encouraging results while coping with the problem of mass recovery of uncontested claims. Even though, in both countries the system for certification of uncontested monetary claims is considered as efficient and operative, there is always a room for improvement, especially if compared with national systems that carried out reforms which proved to be more than successful in this field. The identified effectiveness and good practices of particular mechanisms for certification of uncontested monetary claims can be an example for the policymakers regarding the optimization of the proceedings in their regulatory framework. By our opinion, the following steps should be taken into account as key reform measures regarding the further improvement of the system for certification of

¹¹⁴ Art. 71 para 2 of the Ley del Notariado.

¹¹⁵ Art. 423 para 5 of the CPA.

¹¹⁶ Art. 428-a para 1 of the CPA.

¹¹⁷ Art. 72 para 3 of the NPA.

¹¹⁸ Art. 428-v para 2 of the CPA.

uncontested claims. The abandonment of the “evidence” model should be considered, given the fact that the “non-evidence” model significantly simplifies and shortens the time the competent authority needs to process the motion for certification. Simultaneous digitalization and centralization of the process should be taken into account as well. Centralized and fully electronic systems for obtaining enforceable title for uncontested claims are most appropriate in the context of mass recovery of uncontested claims since they provide expectable timelines, minimal engagement of judges or other high profiled legal professionals, equal workload for the officials competent for processing the claim and greater opportunity for cost-effective procedure.

RIVERSIDE POPULATION IN AMAZONAS AND INEQUALITIES IN ACCESS TO HEALTH

Isabela Moreira do Nascimento Domingos¹¹⁹

Rubén Miranda Gonçalves¹²⁰

Abstract: This article aims to analyze the difficulties of the riverside population in the State of Amazonas regarding access to health and other problems caused by the inefficiency of basic sanitation in the region. The method developed was the hypothetical-deductive that seeks to construct or reaffirm hypotheses and conjectures under the analysis of the author Amartya Sen, recognizing facts and selecting relevant factors to demonstrate the importance of the human development of traditional peoples for the achievement of a dignified life, in regions that are more remote or difficult to reach. Bibliographical analysis, case law and the consultation of reports on the Amazon region were also used. The application of this theme makes it possible to study regional development and to rethink public policies for access to health, such as reducing social inequality and controlling epidemiological diseases.

Key-words: Riverside population; Right to health; Basic sanitation; Development as freedom; Inequality.

Resumen: Este artículo busca analizar las dificultades de la población ribereña en el Estado de Amazonas en lo que se refiere al acceso a la salud y demás problemas ocasionados por la ineficiencia de saneamiento básico en la región. El método desarrollado fue el hipotético-deductivo que busca construir o reafirmar hipótesis y conjeturas bajo el análisis del autor Amartya Sen, reconociendo hechos y seleccionando factores pertinentes para demostrar la importancia del desarrollo humano de los pueblos tradicionales para el alcance de una vida digna, principalmente, en regiones más alejadas o de difícil acceso. También se utilizó el análisis bibliográfico, jurisprudencial y la consulta de reportajes sobre la región Amazónica. La aplicación de esta temática posibilita los estudios de desarrollo regional y de repensar las

¹¹⁹ Master's Degree in Economic Law and Development at Pontifical Catholic University of Paraná – PUCPR (in progress – Curitiba, Paraná, Brazil). Post-Graduation in Economic Criminal Law at the Foundation of the Public Ministry of Paraná (FEMPAR). Graduated in Law at UNICURITIBA. Member of the Research Groups “Taxation and Inequality” and “Freedom as a criterion of development and its implications in the work of Amartya Sen” and (projects with support of such CNPq, Araucária Foundation and TAXPUCPR). E-mail: isabela.mdomingos@gmail.com

¹²⁰ PhD in law. Master's Degree in Administrative Law and Graduated in Law at Universidade de Santiago de Compostela. Currently is Professor in Master's Degree at Seguridad, Paz y Conflictos Internacionales and Professor in Master's Degree Program at Abogacia at Universidade Europea de Madrid. Vice President of the Instituto Iberoamericano de Estudios Jurídicos – IBEJUR. Ruben.miranda@usc.es

políticas públicas de acceso a la salud como reducción de la desigualdad social y el control de enfermedades epidemiológicas.

Palabras clave: Población ribereña; Derecho a la salud; Saneamiento; Desarrollo como libertad; Desigualdad.

INTRODUCTION

The region of the State of Amazonas is recognized for its vast plant and animal diversity, since it supports the balance of global ecosystems.

Its importance goes beyond the economic potential and richness of raw materials, since its broad sociocultural diversity must be considered, in relation to the traditional peoples who possess medicinal knowledge, of sustainable and artisanal labour that were acquired during the historical process of their civilization.

Initially, the Amazon was occupied by indigenous peoples, after the colonization of the Portuguese in the eighteenth century, there was a reduction of tribes with slavery and the proliferation of diseases such as influenza, measles and tuberculosis.

With the construction of the Madeira-Mamoré railroad and the rubber cycle (late 19th and early 21st century), the Amazonian population became miscegenated and increasingly populous, intensifying land conflicts between settlers and natives, who were victims of deculturation.

With the construction of cities, public services were concentrated in the large urban centres, which contributed to the inequality in access to health, education and basic sanitation of the less well-off population.

It is evident that Brazil still has problems of sanitation and diseases from the period of colonization, with the return of diseases that have already been eradicated in developed countries through public social and sanitary policies.

According to Instituto Trata Brasil, basic sanitation is the most inefficient service in the country, mainly in the north and northeast regions. In 2017, Brazil ranked 112th in the sanitation ranking (200 countries participated), based on the study developed by that institute in partnership with the Brazilian Business Council for Sustainable Development¹²¹.

It is also verified that the contribution of investment to basic sanitation dropped significantly due to the fiscal deficit of the public accounts. On the other hand, the population

121 TRATA BRASIL. **Estudo destaca benefícios com a expansão do saneamento no Brasil.** <<http://m.tratabrasil.org.br/estudo-destaca-beneficios-com-a-expansao-do-saneamento-no-brasil>>. Access: 15 Mai 2018.

will increase from 168.4 million to 204.8 million in the year 2035, which requires more and more government efforts for public policies on infrastructure, sewage treatment and actions aimed at the health of the population¹²².

The city of Ananindeua in Pará is an example of neglect, only 2% of the population has access to sewage treatment. Amazonas is also among the worst states in the collection and treatment of effluents, being the seventh worst in Brazil, being ahead only of the States of Roraima, Maranhão, Piauí, Pará, Rondônia and Amapá¹²³.

In this sense, there is urgency in the implementation of public policies aimed at sanitation and at preventing the health of the population, since the waste and other organic and toxic materials are being dumped without treatment in the rivers and streams, directly affecting the health and well-being of the population, mainly of the riverside that need the environmental preservation for their subsistence.

The objective of this article is to analyse the public health and sanitation policies for the well-being and development of riparian communities in the State of Amazonas, as well as the problems faced by administrative interference and the lack of transfers from the federal government to the execution fundamental social policies.

1. THE FUNDAMENTAL HEALTH RIGHT

The right to health is a fundamental social right established by the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, whose applicability is immediate, that is, it is not conditioned to the discretion of the Public Administration.

In this way, the Right to health will have to be assured by the Public Power (Union, States and Municipalities), in the sense of being fundamental for the exercise of human life.

Thus, based on art. 196 of the Constitution, access to health must be provided by the state (broad sense), in which society may be demanded indistinctly, since federal entities have a joint and linear responsibility. Thus, they can be triggered jointly or isolated for the provision of the public health service.

The right to health should not only be seen in its formal aspect, it is necessary to provide mechanisms for its implementation and concreteness that transcends the legal-

122 Idem.

123 MELO, Kelly. **Apenas 22% da população do Estado têm acesso à coleta de efluentes, enquanto a taxa de tratamento de esgoto não passa de 19%**. Disponível em: <<https://www.acritica.com/channels/manaus/news/amazonas-esta-entre-os-piores-estados-no-quesito-coleta-e-tratamento-de-esgotos-segundo-atlas-esgoto>>. Access: 15 May 2018.

constitutional order and unfolds in the social body through formal institutions of the State and nongovernmental entities), as well as the performance of companies and society, working in cooperation for the implementation of fundamental social rights.

In this line, the right to health is presupposed for the individual to be able to persist for other rights, whether fundamental or not, rather than providing them with well-being, according to their priorities.

The Single Health System (SUS) sought to decentralize public health management and policies in Brazil, being made in an integrated way between the Union, States and Municipalities, allowing the continuity of patient care regardless of its complexity¹²⁴.

Despite the free provision of health care, what is happening is the difficulty of universalizing access, especially to the more remote communities that do not have the State apparatus for the execution of basic health, education and transportation services. The Health strategy should be designed to strengthen the capacities of citizens, such as the reach of citizenship, access to education, public spaces, promoting real conditions of freedom and expansion of operations.

It is therefore necessary to consider the development of a country beyond merely economic criteria, since the 1988 Constitution itself takes into account human development, the conditions of access, the capacities and functionalities of the agents, the exercise of citizenship and substantial freedoms, aiming at eliminating the social and regional inequalities of Brazil.

2. ACCESS TO HEALTH AS AN REACH OF FREEDOM IN THE THEORY OF AMARTYA SEN

Amartya Sen understands that development must eliminate issues of social inequality and poverty, so that people can have opportunities by expanding their capacities, whose deprivation impacts on the loss of personal freedom.

Individual freedoms are ways to achieve development and improve the quality of life of individuals¹²⁵, so it is possible to overcome social problems at the local and even global level.

¹²⁴ SOUZA, Georgia Costa de Araújo. O SUS nos seus 20 anos: reflexões num contexto de mudanças. **Saúde Soc.** São Paulo, v.19, n.3, p.509-517, 2010.

¹²⁵ ZOLET, Lucas Augusto da Silva. Liberdade e desenvolvimento sustentável: questões fundamentais na democracia contemporânea. **Universitas JUS**, v. 26, n. 2, p. 111-122, 2015.

Amartya Sen understands that the individual can identify the paths that are closest to what he really wants to achieve¹²⁶. The process of choice must be free, so that the agent is not forced to adopt a certain choice preconceived or alien to his will¹²⁷.

Individuals must have the capabilities to achieve alternative workings. Each person has a set of abilities from which they derive from a working vector. Social and economic factors (education, health, employment) are important because they support the person to survive in the world.

Capabilities are powers to do or not to do, involving accessibility to resources, these depend a lot on the skills and also on the potential talents that each individual uses to achieving a particular objective¹²⁸.

Sen understands the condition of agent as the realization of goals and values that the person has reason to seek, they may be connected or not with their well-being. The condition of agent refers to the extent of the individual to seek the totality of his objectives and purposes that he considers important¹²⁹.

Hence, poverty would be the loss of these basic capacities, which prevents the individual from converting into functions, that is, activities or states that the agent rationally values, which provides dignity, such as not acquiring malaria, being healthy, not starving, have a good job, a space in society¹³⁰.

Substantive freedoms are those called basic ones. They can be expanded through state action or other policies (public or private) that are concerned with expanding the pre-existing capabilities of a community.

However, tyranny, poverty, and development, only by economic criteria, without concern for the environment and the people who live there, are the main causes of deprivation of liberty, creating socioeconomic barriers among individuals.

It is true that countries with democratic systems provide more conditions for access to citizens than countries considered as tyrants; however, democracy is not an infallible

¹²⁶ SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. Tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes, São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 262-264.

¹²⁷ In the work *The idea of Justice*, Amartya Sen differs the aspects of opportunity and process. The first is linked to the convenience of doing something (alternatives and options available to the individual) and the second is related to the circumstances and institutions that ensure the individual to be able to choose, this process can function in an inadequate manner as for example, the lack of distribution of vaccines in a certain locality, increases (SEN, Amartya, **A Ideia ...** Op. cit., pp. 262-264).

¹²⁸ SEN, Amartya. **Desigualdade reexaminada**. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes. 4. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2017, p. 13.

¹²⁹ Idem.

¹³⁰ PINHEIRO, Maurício Mota Saboya. **As liberdades humanas como bases do desenvolvimento: uma análise conceitual da abordagem das capacidades humanas de Amartya Sen**. Brasília; Rio de Janeiro: Ipea, 2012. p. 20.

method, since even in developed countries there is a presence of social groups without the fundamental freedoms, such as the high mortality rate in Afro-descendants in the United States¹³¹.

Poverty may be tied to income, however, there are other factors that are linked to deprivation of liberty, such as chronic illness, poor housing, unemployment, poor education, are factors that prevent its reach.

It can be said that instrumental freedoms can be understood in: a) social opportunities (health care, access to education, social security, work and safety); b) political freedoms (civic rights, democracy and criticize authorities); c) transparency guarantees (honest disclosure and as the ability to trust); (d) economic facilities (access to resources, services and products for consumption, production or exchange); e) protective security that should protect agents from vulnerability and market alternation, such as benefit and income supplements¹³².

Sen understands the importance of public argumentation about social demands, and it is feasible for society and government to diagnose injustices, identifying problems and possible solutions in a more participatory way between public institutions and the community.

In fact, public services such as education and health are of fundamental importance for the development of humanity, which is why it must guide the state (broad sense) to guarantee these rights in order to minimize social injustice among peoples.

3. PUBLIC HEALTH AND SANITARY POLICIES IN THE AMAZON

The 1988 constitution in being art. 196 determined that the legal good health is a right of everyone and the duty of the State that through public social and economic policies must guarantee universal and equal access for the protection, promotion and recovery of its citizens¹³³.

From this analysis, access to health must be submitted in continuous and favourable conditions for the effective materialization of the law. The public health service has the

131 SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta, São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 186.

132 Ibidem., p. 19-20.

133 HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, na o 14, n. 55, p. 123-158, Jan./Mar. 2014.

function of social justice and the promotion of society so that people can enjoy access to health in equal conditions, regardless of their economic conditions.

With the change from the Liberal State to the Welfare State, state intervention is no more exceptional, it is not merely aid to the hypo- and vulnerable people, but a human development policy that benefits the community.

It is verified that public policy in general needs the performance of multidisciplinary fields, such as the focus in the areas of law, economics, sociology, political science, social sciences and other areas that contribute to a better result in government action¹³⁴.

According to Eugenio Parada, with public policy it is possible “acotar las discusiones políticas, diferenciar problemas y soluciones de manera específica, precisar las diferencias, vincular los temas a soluciones más amplias e o secuenciales, platearse esfuerzos compartidos y participar de manera específica¹³⁵.”

Thus, a good public policy is one that corresponds to a set of actions of the State to fulfil a goal, with the participation of the community and the private sector. Public policies of excellence allow a broad process of social participation through political discussion to overcome inequality.

Public policy must be seen as a rational choice of a decision-maker, never as a result of political bargaining that favours the personal interests of rulers and has nothing to do with the well-being of the population.

Amartya Sen stresses the need to allocate new themes in the political agenda of the State to discuss what is essential for the well-being of individuals, guaranteed tools for real conditions of choice and possession of the condition of agent¹³⁶.

In this way, social injustices in Brazil are recognized as poverty, illiteracy, precariousness in the health system and difficulty of accessibility of people in situations of economic hyper sufficiency and social vulnerability.

The health system in Brazil has always been marked by inequalities and difficulties in meeting the demands of the population, favouring those who know and can sue for their rights through the Judiciary.

It is necessary for public policies to be evaluated, that is, to go beyond mere assistance criteria that develops dependence on citizens against specific political groups, and that

¹³⁴ SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul/dez, 2006, p. 20-45.

¹³⁵ PARADA, Eugenio Lahera. Política y políticas públicas. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Org.). **Políticas públicas**; coletânea. Brasília: ENAP, 2006. p. 68.

¹³⁶ SEN, Amartya. **Desenvolvimento...** *Op. cit.*, p. 33-35.

policies are evaluated, based on the results achieved, in the short, medium and long term; long term, involving those who are direct and indirect beneficiaries of its action¹³⁷.

In fact, health policies need to be thought of in an integrated way with health policies, recognizing that investment in sewage treatment also affects the health and quality of life of the population and the preservation of the environment.

It is known that every dollar invested in water and sanitation saves \$ 4.5 in global health, so public health and health policies are essential to combat hygiene, cholera and hepatitis problems that have persisted since World War II, being a reality faced by countries in underdevelopment, like Africa and Brazil.

As for the Amazon, this region is recognized as the lung of the world because of its plant and animal biodiversity. It also pays attention to its economic potential and the possibilities of exploitation in a technical and prudent way.

The public policies for the Amazon area must meet the demands of the regional population, especially the riverine communities that have several difficulties regarding river access and the exercise of fundamental social rights.

3.1. Riverine population and the precariousness of access to health in Amazonas

The Amazon must be seen in its plurality of conditions, due to the physical, natural or human environment, with its socio-cultural peculiarities, respecting the relation of natives to nature.

The traditional peoples of the Amazon can be identified as natives (Indians), caboclos, riverine, quilombolas and rubber tappers, with knowledge in cultivation and preservation of fauna and flora, as well as the practice of homeopathy inherited from their ancestors¹³⁸.

As is well known, the resources of these communities are directed towards their own subsistence, the workforce is familiar and the technologies must provide a low impact on the environment, using medicine based on traditional and homeopathic knowledge.

These communities must be understood as subjects of rights not only in relation to the possession of lands and natural resources, but above all, of public services considered essential for a decent life, such as public sanitary, health, educational and vocational policies,

¹³⁷ ZAMBAM, Neuro José; KUJAWA, Henrique Aniceto. As políticas públicas em Amartya Sen: condição de agente e liberdade social. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 13, n. 1, p. 60-85, Jan.-Abr. 2017.

¹³⁸ POSEY, Darrell A. Os Kayapó e a natureza. **Ciência Hoje**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 12, 1980. p. 148-151.

so that these peoples do not have their socio-cultural dynamics suppressed by the economic centres of power.

The riverside population is mixed because of several colonization processes, each community in the Amazon region has its own peculiarity and different ethnicity. This is demonstrated in work relations, habits and family organization¹³⁹.

In addition to the lack of public services, the riverside population of Amazonas suffer from floods and it is necessary to raise their houses with stilts to save their belongings from the constant flooding caused by the increase of the level of the rivers.

The means of transport is river (rafts, canoes and boats), the river acts as roads so that floating health units can reach more isolated areas¹⁴⁰. The riverside communities have an even greater challenge, since they suffer from lack of road access and logistical problems, for example, the Health Departments take up to three days to provide care in the most remote locations¹⁴¹.

What is clear is the difficulty of these populations to enjoy public guarantees and services considered essential for a dignified life. Public transport accessibility policies are lacking.

In more distant or hard-to-reach locations, there are no rural schools, so students are moved to other municipalities, facing a dangerous boat trip, and hours of walking on the dirt road.

Access to energy and clean water is restricted. The distance from the urban area implies an unfavourable economic situation, many receive social incentives as a family grant to encourage children to stay in school and avoid school drop-outs in these localities.

Precarious health conditions and lack of basic sanitation mean that the riverside population is affected by gastrointestinal diseases, mainly due to the consumption of unhealthy water.

¹³⁹ LIRA, Talita de M.; CHAVES, Maria do P. R. C. .Comunidades ribeirinhas na Amazônia: organização sociocultural e política. *Interações*, Campo Grande, MS, v. 17, n. 1, p. 66-76, jan./mar. 2016.

¹⁴⁰ PORTAL DO AMAZONAS. **Ribeirinhos da Amazônia**. Disponível em: <http://portaldoamazonas.com/wp-content/uploads/2015/03/1617135_390068594500664_2093115063253214446_o.jpg>. Acesso em 20 May 2018.

¹⁴¹ GAMA, Abel Santiago Muri; FERNANDES, Tiótfreis Gomes; PARENTE, Rosana Cristina Pereira. SECOLI, Sílvia Regina. Inquérito de saúde em comunidades ribeirinhas do Amazonas, Brasil. *Cad. Saúde Pública*, vol. 34, n. 2, Rio de Janeiro, fevereiro, 2018, p. 2-15.

The health care of these people is carried out through the work provided by the Family Health Teams of Ribeirinhas (FHTR), in addition to the cost of the Basic Health Units of Fluvial (BHUF)¹⁴².

In this way, vessels are used to serve the most remote communities. The team consists of at least one doctor, one nurse and one auxiliary or nursing technician, with the possibility of specialists in dentistry for oral health and prevention, as well as other professionals of upper and medium level, with the capacity of up to 24 agents community health¹⁴³.

Based on the Department of Primary Care of the Ministry of Health, it is estimated that community agents should provide care for the population for a minimum of 14 days a month and two days should be dedicated to activity of permeating education, activity registration and planning actions. The federal unitary incentive is R \$ 1,014.00 reais, the request for accreditation of the FHTR must be adequate to Administrative Rule 837/2014¹⁴⁴.

Another problem faced by the riverside community is the Biochemical Oxygen Demand (BOD) that refers to the organic load dispensed in the rivers and streams of the State, which compromise water quality and impact on the health of the population¹⁴⁵.

The State of Amazonas is composed of 62 Municipalities, with 4 million inhabitants, the cities with substantial index of inhabitants are: Manaus (2.120.264 million inhabitants); Coari (84,762 thousand inhabitants); Itacoatiara (99,854 thousand inhabitants); Manacapuru (96,460 thousand inhabitants); Parintins (113,832 inhabitants), Presidente Figueiredo (33,703 thousand inhabitants) and Tefé (62,662 thousand inhabitants).¹⁴⁶

On the other hand, only 22% of urban residents have sewage collected, based on the Basic Sanitation Portal. Regarding sewage treatment, this number drops to 19%, since effluents fall on the septic tanks and contaminate the water table of the State of Amazonas¹⁴⁷.

The National Environmental Council (CONAMA) has determined that the treatment of effluents must remove at least 60% of BOD, however, it is verified that only

¹⁴² Ministério da Saúde. **Equipes de Saúde da Família Ribeirinhas (ESFR)**. Departamento de Atenção Básica. Disponível em: <http://dab.saude.gov.br/portaldab/ape_esfr.php>. Access: 20 May 2018.

¹⁴³ Ministério da Saúde. **Equipes de Saúde da Família Ribeirinhas (ESFR)**. Departamento de Atenção Básica. Disponível em: <http://dab.saude.gov.br/portaldab/ape_esfr.php>. Access: 20 May 2018.

¹⁴⁴ Idem.

¹⁴⁵ MELO, Kelly. **Apenas 22% da população do Estado têm acesso à coleta de efluentes, enquanto a taxa de tratamento de esgoto não passa de 19%**. Disponível em: <<https://www.acritica.com/channels/manaus/news/amazonas-esta-entre-os-piores-estados-no-quesito-coleta-e-tratamento-de-esgotos-segundo-atlas-esgoto>>. Access: 15 Mai 2018.

¹⁴⁶ MELO, Kelly, loc. cit.

¹⁴⁷ PORTAL do Saneamento. **No AM, só 22% dos moradores de áreas urbanas têm o esgoto coletado**. Disponível em: <<https://www.saneamentobasico.com.br/areas-urbanas-esgoto-coletado/>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

21% of these organic wastes are removed, contaminating the igarapés of the Amazon region, aggravating the local public health, especially in communities where there is no access to piped or potable water for consumption¹⁴⁸.

This formality, the lack of investment by the federal government makes it impossible to reach the goal of universal sanitation in the country - a target set for 2035.

The National Association of Municipal Organs of the Environment (ANAMMA) points out that the costs and benefits of universal basic sanitation reflect a reduction in health costs, an increase in labour productivity, tourism income and other benefits for Brazil¹⁴⁹.

The benefits of universalizing basic sanitation have a direct impact on the health of children and the elderly, solving problems of diarrhea and intestinal infections, which would save the state on hospitalization costs and hospital procedures.

FINAL CONSIDERATIONS

Brazil is a country with great territorial extension, the population is spread by the urban centres, rural areas and also in the forests and river banks (riverside population), which contributed to the inequalities of access in the public services, mainly in the access to health.

Difficulties in implementing the Unified Health System are caused not only by insufficient resources but also by poor management of public administration, from corruption problems, over-invoicing of products and services, and the lack of trained health professionals.

Administrative inefficiency has caused a collapse in the public health system, especially in locations far from urban centres, where there is a presence of traditional peoples who face multiple problems of infrastructure and absence of the State in human development policies.

The riverside population live on the banks of the rivers in stilt houses and face difficulties with the lack of sewage treatment, water insalubrity and diseases (leptospirosis,

148 MELO, Kelly. **Apenas 22% da população do Estado têm acesso à coleta de efluentes, enquanto a taxa de tratamento de esgoto não passa de 19%**. Disponível em: <<https://www.acritica.com/channels/manaus/news/amazonas-esta-entre-os-piores-estados-no-quesito-coleta-e-tratamento-de-esgotos-segundo-atlas-esgoto>>. Acesso em: 15 maio 2018.

149 ANAMMA. **Novo estudo mostra que universalização do saneamento básico em 20 anos traria ao país benefícios econômicos e sociais de R\$ 537 bilhões**. Disponível em: <<http://www.anamma.org.br/single-post/2017/04/13/Novo-estudo-mostra-que-universaliza%C3%A7%C3%A3o-do-saneamento-b%C3%A1sico-em-20-anos-traria-ao-pa%C3%As-benef%C3%Adcios-econ%C3%B4micos-e-sociais-de-R-537-bilh%C3%B5es>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

hepatitis, dengue and yellow fever) due to the sewage in the sky, besides the silting of the difficult to transport and work with fishing.

As for transportation, this is mainly composed of river boats and navigation can last you days, especially when it is to have access to the most remote cities of the State of Amazonas.

As the India-born Nobel economists laureate Amartya Sen pointed out in 1998, the development of a nation should not only prioritize economic aspects, such as the expansion of industries and per capita income. The development should seek social participation, the increase of capacities and functionings, considering health as a presupposition for the reach of the other rights.

In that case, one of the main problems of the riverside population is the lack of basic sanitation, poor access to health, transportation and education. It also appears that the low level of schooling of the parents interferes with the family income, education of the children and employment opportunities, resulting in the lack of choice of having a decent life, perpetuating the social injustices caused by poor public management.

Therefore, poverty of the riverside population must be seen beyond a question of social inequality, but a deprivation of liberty associated with a lack of opportunity and ability to fight for its goals, which certainly disfavour the essential condition of the human being to live with dignity.

REFERENCES

ANAMMA. Novo estudo mostra que universalização do saneamento básico em 20 anos traria ao país benefícios econômicos e sociais de R\$ 537 bilhões. Disponível em: <<http://www.anamma.org.br/single-post/2017/04/13/Novo-estudo-mostra-que-universaliza%C3%A7%C3%A3o-do-saneamento-b%C3%A1sico-em-20-anos-traria-ao-pa%C3%As-benef%C3%Adcios-econ%C3%B4micos-e-sociais-de-R-537-bilh%C3%B5es>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

EBC. Ibge: Brasil já tem 206 milhões de habitantes. <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-08/ibge-brasil-ja-tem-206-milhoes-de-habitantes>>. Acesso em: 15 maio. 2018.

GAMA, Abel Santiago Muri; FERNANDES, Tiótrefis Gomes; PARENTE, Rosana Cristina Pereira. SECOLI, Silvia Regina. Inquérito de saúde em comunidades ribeirinhas do Amazonas, Brasil. *Cad. Saúde Pública*, vol. 34, n. 2, Rio de Janeiro, fevereiro, 2018, p. 2-15.

HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, vol. 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014.

HESSEL, Rosana. Serviço de tratamento de esgoto exclui 10,7 milhões de brasileiros. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2017/09/25/internas_economia,903176/servico-de-tratamento-de-esgoto-exclui-10-7-milhoes-de-brasileiros.shtml>. Acesso em 20 maio. 2018.

LIRA, Talita de M.; CHAVES, Maria do P. R. C. .Comunidades ribeirinhas na Amazônia: organização sociocultural e política. Interações, Campo Grande, MS, v. 17, n. 1, p. 66-76, jan./mar. 2016.

MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. O princípio da Subsidiariedade em perspectiva jurídico-política. Coimbra: Coimbra Editora,2003.

MELO, Kelly. Apenas 22% da população do Estado têm acesso à coleta de efluentes, enquanto a taxa de tratamento de esgoto não passa de 19%. Disponível em: <<https://www.acritica.com/channels/manaus/news/amazonas-esta-entre-os-piores-estados-no-quesito-coleta-e-tratamento-de-egotos-segundo-atlas-esgoto>>. Acesso em: 15 maio 2018.

Ministério da Saúde. Equipes de Saúde da Família Ribeirinhas (ESFR). Departamento de Atenção Básica. Disponível em: <http://dab.saude.gov.br/portaldab/ape_esfr.php >. Acesso em: 20 maio 2018.

ONUBR. OMS: Para cada dólar investido em água e saneamento, economiza-se 4,3 dólares em saúde global Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/oms-para-cada-dolar-investido-em-agua-e-saneamento-economiza-se-43-dolares-em-saude-global/>>. Acesso em: 20 maio 2018.

PARADA, Eugenio Lahera. Política y políticas públicas. In:SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Org.). Políticas públicas; coletânea. Brasília: ENAP, 2006. p. 68.

PINHEIRO, Maurício Mota Saboya. As liberdades humanas como bases do desenvolvimento: uma análise conceitual da abordagem das capacidades humanas de Amartya Sen. Brasília; Rio de Janeiro: Ipea, 2012. p. 20.

PORTAL do Amazonas. Ribeirinhos da Amazônia. Disponível em: < <http://portaldoamazonas.com/wp->

content/uploads/2015/03/1617135_390068594500664_2093115063253214446_o.jpg>.

Acesso em 20 maio. 2018.

PORTAL do Saneamento. No AM, só 22% dos moradores de áreas urbanas têm o esgoto coletado. Disponível em: <<https://www.saneamentobasico.com.br/areas-urbanas-esgoto-coletado/>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

POSEY, Darrell A. Os Kayapó e a natureza. *Ciência Hoje*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 12, 1980. p. 148-151.

SEN, Amartya. *A Ideia de Justiça*. Tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes, São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. *Desigualdade reexaminada*. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes. 4. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2017.

_____. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta, São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 186.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul/dez, 2006, p. 20-45.

SOUZA, Georgia Costa de Araújo. O SUS nos seus 20 anos: reflexões num contexto de mudanças. *Saúde Soc.* São Paulo, v.19, n.3, p.509-517, 2010.

TRATA BRASIL. Estudo destaca benefícios com a expansão do saneamento no Brasil. Disponível em: <<http://m.tratabrasil.org.br/estudo-destaca-beneficios-com-a-expansao-do-saneamento-no-brasil>>. Acesso em: 15 maio. 2018.

ZAMBAM, Neuro José; KUJAWA, Henrique Aniceto. As políticas públicas em Amartya Sen: condição de agente e liberdade social. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 13, n. 1, p. 60-85, Jan.-Abr. 2017.

ZOLET, Lucas Augusto da Silva. Liberdade e desenvolvimento sustentável: questões fundamentais na democracia contemporânea. *Universitas JUS*, v. 26, n. 2, p. 111-122, 2015.

DOCTORAL THESIS ABSTRACT: THE PRINCIPLE OF NON- CONFISCATION FOR TAXATION MATTERS

Gilberto Atencio Valladares

In Chapter I, the conceptual definition of the principle of non-confiscation in taxation matters in its own historical and constitutional evolution was addressed as an introductory chapter to know its meaning within the Science of Law, its dogmatic location as a constitutional principle and its treatment in comparative law at the historical and constitutional developments, both in Spain and Venezuela.

The legal principles meet certain characteristics in order to be considered as such. So, they should be objective, enduring, and form the foundation of the legal system of a given country. Similarly, these principles do not require being statute to possess the same binding effect.

The principle of non-confiscation is considered for tax purposes as a constitutional tax principle, given the fact that it possesses all the typical characteristics of the principles and foundations on which the Spanish and Venezuelan tax systems are based.

From the terminology point of view, we prefer to use the term "principle of non-confiscation for tax matters" as being more correct, since the terminology «confiscatoriedad» is not registered in the dictionary of the Royal Spanish Academy, despite the repeated use by the doctrine, especially since this principle is already enshrined in the Spanish Constitution of 1978.

Confiscation has had different connotations in various legal disciplines. Its use is not exclusive to the Tax Law, but comes from, Public International Law, Administrative Law, Civil Law and Criminal Law.

Confiscation in Administrative Law can be located within real ablative means possessed by the State, consisting of a privation of the property of individuals, without fair compensation, constituting one of the manifestations of destruction of the private property right, causing serious damage to the private subjects.

Confiscation in Criminal Law has had a great importance from the historical point of view and has been used since the Roman Law. Currently, is abolished in the Spanish Penal Law. However, it is widely recognized and constitutionally regulated in the Venezuelan Penal Law to punish serious offenses, mainly those related to illicit trafficking in narcotic drugs and

psychotropic substances, offenses against public property and legitimizing crime or money laundering.

Confiscation in the Civil Law, is understood as a form of extinction of the property right and decades ago it was one of the consequences of civil death. Today is expelled from the Spanish legal system and has not been in place in the Venezuelan legal system.

Confiscation in the Public International Law has a connotation, as a consequence of conquest, which is a mode of acquisition of territory, when states are at war. Although the doctrine of Public International Law repeatedly used the conquest terminology to refer to this mode of territorial acquisition, we understand confiscation as one of the implications that involved conquest, confiscating the whole territory and the existing goods within it, from the defeated state. Also, in this legal discipline, confiscation has been applied as a measure of retaliation against nationals of a State having property in another state that is declared as an enemy of their State of origin. The latter connotation has been regulated in this way for decades in Venezuelan constitutionalism.

In the Tax Law, the principle of non-confiscation is considered a constitutionalized tax principle, which prohibits that an individual tribute, accumulations of taxes or the tax system as a whole, may come to have an equivalent effect to forfeiture or arriving at result in confiscation of the property of the taxpayer. It is a limit to the exercise of the taxing power, associated with the principles of ability to pay and tax progressiveness, as well as a mean to provide protection to the private property right, in search of a fair tax system. This principle is not recognized by a sector of the doctrine, as a true principle and it has intended to deny the importance and applicability that actually has within the tax system, by describing it as unnecessary.

In comparative law, the principle of non-confiscation has been expressly recognized in the Constitutions of the Federal Republic of Brazil, Paraguay, Nicaragua and Peru, being that the Spanish Constitution had a major influence on these Latin American Constitutions. This reflects the importance of the study of Spanish Law for the Law of the Latin American countries.

In the Constitutions of other countries, such as Uruguay, Colombia and Argentina, it has not been explicitly recognized. Although implicitly it has, as an outgrowth of the private property right.

The prohibition of the establishment of the penalty of confiscation has had a historical evolution in the Spanish Constitutional Law, as in the Venezuelan Constitutional Law, the subject of concern and regulation in almost all the constitutions of both countries.

This is a point of coincidence in historical and constitutional developments in these countries and demonstrates the tradition that has existed to prohibit confiscation in the Spanish and Venezuelan legal system.

In the Spanish case, the confiscation penalty was abolished by the Constitution of 1812 and since then, has been expressly recognized and banned for the rest of subsequent constitutions, and even, has also been banned by some draft constitutions.

In the Bolivarian Republic of Venezuela, in the Declaration of Independence confiscation was mentioned and has been banned in most constitutions, since 1811, with the Constitution issued on this date, which is considered the first Latin American Constitution after independence. Its treatment at the constitutional level has focused on the connotations relating to the field of Criminal Law, and punishment and also in the legal discipline of Public International Law. Also, the institution of expropriation has been regulated from the point of view of Administrative Law, leaving aside and prohibiting the confiscation of goods, given that compensation is required when partially or completely deprived of the right to private property. In Venezuela, in 1953, with the establishment of the military dictatorship, the rule prohibiting the forfeiture penalty was removed.

The Kingdom of Spain and the Bolivarian Republic of Venezuela are countries with a legal tradition of respect for the right to private property, ever since the 1812 Cadiz Constitution on the Spanish case and the 1811 Constitution on the case of Venezuelan constitutionalism. Its evolution has been focused from a liberal conception, as an individual right, to a more collectivist conception, incorporating the concept of the social function of property. Thus, the most important thing to note is that the historical constitutional legal evolution in both legal systems has respected one of the foundations of the principle of no confiscation, such as the right to private property.

The principle of non-confiscation under article 31, where tax and tax constitutional principles were enunciated as constitutionalized principles was first enshrined in the Spanish legal system, on the Spanish Constitution of 1978.

In the Bolivarian Republic of Venezuela, the principle of non-confiscation applies from the jurisprudence point of view from the eighties, as a derivation of the private property right and under the authority of the Constitution of 1961, which did not expressly enshrine this principle, but it did hold a protection to the private property right.

In 1999, following the Spanish Constitutional Law, it was expressly enshrined in article 317, as the principle of non-confiscation for tax matters, in the enunciation of the

principles governing the Venezuelan tax system and established an unprecedented standard in constitutional law of Venezuela, which was the product of consensus at the national level and even submitted to the National Constituent Assembly, in part by the Tax Administration.

In 2007 a draft was presented for a constitutional reform of the current Constitution, which attempted to amend article 115, regulating the private property right, incorporating a number of types of properties, among which were, social properties, communal, public, mixed and private property, an issue that in our opinion, could have changed the meaning and interpretation of the rule on the principle of non-confiscation for tax matters, by bearing in mind a systematic interpretation of the Constitution. However, the Constitutional Reform Bill was rejected as of december 2, 2007.

In Chapter II of the research, the core of the principle here called: The principle of non-confiscation for taxation matters, was developed.

This chapter addresses and completes the area in which the principle of non-confiscation is here analyzed: the tax matters. Also, it searches for the foundation of this principle and its connections with several institutions.

It was determined that in both Spain and Venezuela, remains in force the tripartite classification of tributes on taxes, charges and contributions. However, it was noted that in the Spanish legal system, the figure of the parafiscal contributions has declined in importance and development because it was an old problem in the fifties and sixties but already today, has been fairly exceeded. On the other hand, the parafiscal contributions in the Venezuelan legal system has had an importance, boom and exaggerated growth, and has attempted to assert that it is a new tax category within the traditional tripartite classification of taxes.

In both jurisdictions, tax figures are elusive applications of the tax system, confirming an aim to ease the constitutional and constitutionalized tax principles. This situation is booming in the Venezuelan legal system, modifying the terminology of obligations with clear tax features, for which, their true legal nature has not yet been recognized.

There are different theories on the principle of non-confiscation. The negatory theory principle assumes the lack of need for the principle of non-confiscation because it can be traced back to the principle of ability to pay or the beginning of tax justice.

On the other hand, there are theories that recognize the importance of the principle of non-confiscation. These theories usually identified initially as a tax limit to power, though with a difficult determination. It is also, linked to the private property right, as the ultimate foundation of the principle. Similarly, it stated that these forms the boundary to the progressiveness of the tax system. On the other hand, is usually related to the principle of

ability to pay, as a matrix principle. Another theory, brings to the beginning of no confiscation, to the theory of undue hardship. We favor the principle linking all these institutions.

The principle of non-confiscation, presents a clear relation to the private property right, constitutional and constitutionalized tax principles, the right to work and freedom of enterprise, these blocks constitute the essential core of the principle.

There is a clear relationship between the principle of non-confiscation and the principle of tax law in two ways. On one hand, one of the main functions of the principle of tax law is to ensure respect for the right to property taxpayers and that they themselves, through their representatives, set the corresponding limitations on this right. On the other hand, alleged violations of both principles can occur when disproportionate taxes lower standards than the laws established. Also, in the Venezuelan legal system have been dictating decrees with the rank, value and force of law, which create and modify taxes, an issue that is used in an exaggerated way, also gaping taxpayers confiscatory effects.

The principle of non-confiscation has a link with the principle of legal certainty, in each of the manifestations of that principle. Thus, with regard to the relevance of this law as a source of certainty when no tax obligations are established clearly in the laws, may cause a breach of the principles of no confiscation for taxation and tax law. Similarly, in the manifestation of the principle of legal certainty, based on the stability of the law, we believe that the changing nature of tax regulations can result in confiscatory situations. In the same way and as another shade of the principle of legal certainty, the constant forwarding of rules can generate confusion among taxpayers and faced with this situation of uncertainty, confiscatory assumptions may occur. Also, another manifestation of the principle of legal certainty translates into the certainty of legal remedies to challenge an administrative act, which absence would violate the right to defense and probably also the principle of no confiscation because administrative acts produce effects and the same would be implemented, severely affecting taxpayers. The other nuance that arises in relation to the principle of legal certainty is the prohibition of arbitrariness, which presence in a tax system may cause arbitrary actions to occur, in this case presenting situations of violations of the principle of non-confiscation in taxation matters. In the Venezuelan legal system, there have been progressive regulations on obligations with clear tax characteristics and nature, in tax laws that have no taxation content, an issue that the doctrine has come to describe as the «Flight of the Tax Law» and according to each of the cases and the evidence presented by the taxpayer, could also be a transgression of the principle of no confiscation.

The principle of non-confiscation is a measure of the tax justice and one of its ultimate goals is to fulfill the ideal of tax justice and the protection of the right to private property. The establishment of confiscatory taxes or the tax system as a whole in its own confiscatory nature subverts to the ideal of tax justice that is intended in the Spanish Constitution and Venezuelan Constitution.

There is also a close relationship between the principle of non-confiscation and the principle of ability to pay. We could systematize at least three theories related to the links that exist between the two principles. First, a trend that raises the absolute negation of the principle of non-confiscation for tax matters, by tracing itself back to the principle of ability to pay. Secondly, there is another sector which suggests that although the principle of non-confiscation can be regarded as a reiteration of the principle of ability to pay, importance should be granted in the interpretation made to the principle of ability to pay. A third position and to which we adhere, raises the autonomy of the principle of non-confiscation for taxation matters, which complements the principle of ability to pay. It also appears to be the position of the Spanish Constitutional Court, Spanish Supreme Court, Constitutional Chamber of the Venezuelan Supreme Court of Justice and Administrative Chamber of the Venezuelan Supreme Court Justice.

The principle of non-confiscation for tax matters relates equally to the principle of equal taxation, constitutionally recognized both by the Spanish Constitution and the Venezuelan Constitution. Thus, as equal situations are treated unequally or unequal situations have equal treatment would lead to a mismatch with the principle of equality and, depending each case, could even arise confiscatory situations, by granting preferential treatment to a group of taxpayers against another sector. The principle of equality is one of the basic principles by which other constitutionalized tributary principles are understood, among which we mention the principle of ability to pay and the principle of non-confiscation for taxation matters.

Another principle which has relation to the principle of non-confiscation is the principle of generality, base and support of the general duty to contribute and recognized in both constitutions. The relation is based on the fact that the State, based on the general duty to contribute, cannot destroy the taxpayers private property right. The contribution due to public expenditure, should be under a balance between the respect for the private property right and the obligation to contribute to the maintenance of State finances.

There is a close relationship between the principle of non-confiscation and the progressiveness principle. It has been claimed that the roof of the progressiveness in the tax

system is represented by the principle of progressiveness itself. These are two principles that complement each other and together seek to fulfill the ideal of tax justice.

The granting of retroactive effects in tax laws, may involve a transgression of the principle of no confiscation, depending on each case, because the taxpayer would be surprised to find itself on need to fulfill a tax obligation that it was certain of having had duly fulfilled already. Now, not all cases of retroactive tax legislation may present automatic violations to the principle of no confiscation. This situation would arise only in the event of retroactive legislations involving excessive and exorbitant taxes. Here it would be found the relationship between the principle object of this study and the principle of non-retroactivity for tax matters.

The principle of efficient collection elevated to constitutional status in the Venezuelan Constitution, has several relationships with the principle of non-confiscation, according to the nuance and meaning given to it. Thus, when a collection larger than expected is achieved, is probably due to the detriment of taxpayers and could also be the case of a confiscatory event. Another relationship that occurs with the principle of non-confiscation refers to the determination of tax liability on presumptive basis and not on certain basis. In the case of priced assumptions not being respected, it could cause confiscatory effects on taxpayers. Another meaning of the principle of efficient collection relates to the ongoing professionalization of officers of the Tax Administration. A proper training of officers, may be an indication that ensure compliance with the principles in the Tax Law and, of course, the principle of non-confiscation. Similarly, the spread of tax regulations and guidance to taxpayers, must be guaranteed to meet the principle of efficient collection and avoid situations of confusion in them, which could cause serious harm in his way of fulfilling its tax duties. The principle of efficient collection serves as contributing principle to the principle of non-confiscation for tax matters because it dictates the parameters which the Tax Administration must adhere to.

The right to freedom of enterprise is constitutionally recognized in the Spanish Constitution and the Venezuelan Constitution. There is a clear relationship between this law and the principle of non-confiscation because exaggerated taxes, as well as an exorbitant tax system when considered as a whole, is a serious obstacle to the full exercise of the right to free enterprise. A business cannot be freely exercised when taxes, a series of duties are implemented with negative effects to a large proportion of taxpayers. Therefore, the right to free enterprise devoted to the constitutional level, along with the principle of non-

confiscation, must be interpreted together to thereby analyze the Constitutional Law of institutions that operate in favor of the principle of no confiscation.

The principle of no confiscation relates to the right to work in a double sense. First, when exaggerated taxes or an exorbitant tax system as a whole, are implemented, taxpayers would paralyze their activities, entering in bankruptcy situations, thus, destroying employment of workers. On the other hand, the institution of wage is protected, with the obligated respect to a certain life quality for workers, assuring that their salaries are not be eroded by the amount of taxes to which they are bound.

In Chapter III of the study, the application of the principle of non-confiscation for tax matters to various institutions of the Spanish and Venezuelan tax systems is discussed, denoting significant differences in the treatment and applicability thereof in both legal systems. In this chapter it was attempted to give application to this principle, systematizing various tax categories that make up the Spanish and Venezuelan tax systems, where it has been aired to a jurisprudential level and the principle of non-confiscation for taxation matters has been treated. A special mention must be done on new approaches to this principle. We refer to its link to parafiscality, particularly the exaggerated situation of parafiscal contributions in the Venezuelan legal system and also in the field of international taxation, as one of the foundations of the double taxation treaties and in the bilateral investment treaties.

There are several theories on the implementation of the principle of non-confiscation. In principle, there is a theory about the application of the principle only to taxes individually considered. Other theory origins in the criteria of the application to taxes and tax accumulations. On the other hand, it is claimed to be applied to the tax system as a whole. Finally, the most suitable position is one that states that the principle of non-confiscation applies to both: individually considered taxes, and to the tax system as a whole.

The principle object of study must apply to the main tax obligations and the ancillary obligations. A special treatment of this principle should be kept on default interest and penalties. There is a substantial difference in the Spanish law and Venezuelan law, in relation to sanctions, because Spanish law does not fit the principle of non-confiscation penalties but under Venezuelan law, there is settled law on its application in thereof.

Based on these theories, the principle of non-confiscation has full and direct application to the Income Tax of Individuals, as direct tax par excellence, there are some important jurisprudential pronouncements on this principle in the income tax, thus of the Spanish Constitutional Court, and the Constitutional Chamber of the Venezuelan Supreme

Court of Justice. The whole structure of the tax must conform to this principle, especially in its relation to the exempt amount, deductions, rebates and surcharges. The Spanish Constitutional Court has indicated a very controversial, obvious and wrong question, in our opinion, on the ceiling in taxation represented by one hundred percent (100%) of the average rate on the income tax. In the Venezuelan legal system, a landmark case was vented before the Constitutional Chamber of the Venezuelan Supreme Court of Justice, based on the situation of workers as a dependent on income tax. In this case, the Constitutional Court officially amended article 31 of the Law on Income Tax, based on their motivations to say, constitutional principles in tax and taxation principles constitutionalized, among which, called upon the principle of no confiscation.

The Wealth Tax, also results from the application of the principle object of study. There are differences in treatment in Spain and Venezuela. This tax is not applicable in the Venezuelan legal system. In the Spanish legal system, has been an important development but at present, their collection is negligible. It is striking, in the analysis of Spanish law, the Law of Wealth Tax because it sets a limit to the application of the Income Tax of Individuals and Estate Tax, constituting a clear intent of the legislature to implement a limit to the power of taxation and to ensure full respect for the principle of non-confiscation for tax matters. The draft Tax Act Goods and Economic Rights of Individuals in the Venezuelan legal system, which never entered into force, established a number of possible confiscatory situations obtaining income by double taxing. In this project no limit was set in relation to income tax, as enshrined in the Law on Spanish Heritage Tax.

The Inheritance Tax, Donations and Other Related branches, present significant indications in both the Spanish and Venezuelan law on a violation of the principle of non-confiscation for tax matters, especially when referring to the issue of valuation of assets and tax rates, which reach extremes that could deprive taxpayers of their right to private property.

In the income tax, there are some cases where it should be borne in mind the principle of non-confiscation. Thus, the double taxation that occurs when the company is taxed with the corporate income tax and then the shareholders returns generated by their actions, should also comply with the Income Tax for Individuals. There are important differences in both legal systems, because the Spanish law is in force on Income Tax of Individuals and corporate income tax, regulated by different laws. However, under Venezuelan law, is in effect the income tax, governed by a single law.

Also, in the Value Added Tax or Added Tax (VAT), despite being the indirect tax per excellence, must adapt to this principle. Although, it is a more difficult task to be able to

apply to VAT because it's not measured directly on ability to pay and other institutions must enter into consideration that could undermine the confiscatory nature of the tax, such as economic and legal translations. Therefore, we maintain the view that such taxes must conform to the principle object of study, but with a lower intensity, the particular characteristics thereof.

We note that in the Venezuelan legal system, one of the most important cases, where there is a lot of jurisprudential pronouncements, refers precisely to the tax regime of taxpayers classified as special in the Value Added Tax, for the purposes that cause harm to taxpayers.

In tax bills that mainly follow non-tax purposes, the principle of non-confiscation must also be applied, although with less intensity. The not-collect taxes or non-tax purposes may not result in an extreme relaxation of constitutional and constitutionalized tax principles. There are different levels of implementation of the principle of non-confiscation and, in such taxes; we are at a lower intensity level application. The tax on underutilized lands of Andalusia that generated so much controversy in the Spanish doctrine and its similar tax on unused land in the Venezuelan legal system are typical examples of tax categories that seek to ignore the full application of constitutional and constitutionalized tax principles. The same situation occurs with environmental taxes. While true that we agree with the implementation of such taxes should be done with respect to the above principles.

In municipal taxes, there are also several cases of violations of the principle of non-confiscation in both Spanish and Venezuelan law, especially for the high tax rates that some still implement. The Spanish Tax on industrial, economic and service activities, similar in nature to the Venezuelan tax on economic activities, have both the same taxable event constituted by the mere exercise of an economic activity. The simplest embodiment of economic activity is not necessary and mandatory budget of the existence of ability to pay and, therefore, according to each case, causes confiscatory situations. Similarly, in the case of tax on industrial, economic and service activities Venezuelan similar nature, the setting of the tax base, represented by gross revenue actually collected, can also generate confiscatory effects on taxpayers. This type of imposed tax base, is not only set on this course of municipal taxation, but coexists with other taxes, which also present their bases upon taxable gross income, we denote this situation especially in the field of parafiscal contributions.

The Tax on the Incremental Value of Goods in the Spanish Urban Nature is another tax where there is some evidence of possible confiscatory effects on taxpayers, basically because nominal and fictitious income are taxed. This type of tax is not implemented in the

Venezuelan legal system but in the income tax, where it is established the mechanism of tax inflation adjustment, precisely to avoid confiscatory situations to occur.

All other tax categories, taxes, and special assessments must be an honest respect for this principle, although it is more difficult to measure their level of impact. Also on rates and special assessments, accommodates the principle of non-confiscation. For rates, there jurisprudential pronouncements of great interest by the Spanish and Venezuelan jurisprudence. Thus, we find several judgments of the Spanish Constitutional Court, where rates have been questioned and it has been referred-albeit brief-for the principle of non-confiscation. In these sentences a breakthrough was achieved in the treatment of the principle, by linking it to the prohibition of double taxation. Also, in the Venezuelan case, we find controversial pronouncements in cases where rates are challenged. Thus, in a decision of great interest to the Administrative Chamber of the Supreme Court, the principle of non-confiscation with the principle of tax legality were linked, establishing that by requiring rates not supported by any legal rules, confiscation occurs.

For the types of taxes represented by special contributions, the principle of non-confiscation for taxation matters must be applied also in this category of taxes but with less intensity, due to the particular characteristics of these contributions. Some scholars, advocate the appropriateness of special contributions to this principle but only in the disproportional cases of these contributions. A jurisprudential level, there are precedents, both by the Spanish Supreme Court and the Constitutional Chamber of the Supreme Court. In this sense, the Spanish Supreme Court rejected the argument of violation of the principle of non-confiscation for taxation matters in a special contribution. The Constitutional Chamber of the Supreme Court, was more extensive in the analysis of the principle of non-confiscation and its claim on the Contribution Consumption of Beer. In this statement, the Board said, in our opinion wrongly so, that the principle of non-confiscation should not only apply to taxes but should also extend to the sanctions. Highlight of this decision was a breakthrough in the Venezuelan jurisprudence on the application of this principle, though-such criteria as mentioned-wrong.

One area where there is agreement about the level of litigiousness of taxes that regulates it, it is the game industry. Taxation in this sector, both in the Spanish legal system as in Venezuelan, has been questioned repeatedly, invoking, among other issues, the principle of non-confiscation. The case law in this area is extensive. In the case of the Spanish Constitutional Court and Supreme Court, the law development level has been brief, not deepened in the delimitation of that principle. Despite the vast amount of sentences, where

the appellant has argued this principle, we see little development at an argumentative level. Also, before the Constitutional Chamber of the Supreme Court, the constitutionality of the Tax Law Activities, Games and Gaming has been questioned, relying on the transgression of the principle of non-confiscation, by the high and exorbitant tax rates regulated in this law, in addition to the assumptions of joint liability presented therein. Also, an indication of provisions that might be a lack of compliance with the principle object of study, those provisions are that prohibit the deductibility of excise duty in the income tax. Such is the case of the Tax Law Activities, Games and Gaming, which stipulates that the tax is not deductible from income tax, when the Venezuelan Income Tax Act allows within possible deductions, the taxes paid by taxpayers, with few exceptions in indirect taxation.

The principle of non-confiscation has a direct relationship and represents a barrier to the exaggerated, messy, and chaotic establishment of property parafiscal contributions. Parafiscality has a boom and importance in higher proportion in Venezuelan law compared to the Spanish legal system. Therefore, one of the main innovations of this research was treated precisely to show that the exaggerated tax contributions under Venezuelan law, is leading to a gradual erosion of the private property right of taxpayers and therefore a violation to the principle of non-confiscation. In recent years, within the Venezuelan legal system, resulting from excessive state intervention, a series of exaggerated and unlimited tax contributions have emerged gradually, especially directed to companies, even trying to conceal the tax legal nature thereof, trying to avoid applying the constitutional and constitutionalized tax principles and especially the principle of non-confiscation. Such is the case of the so-called «contributions» of the Organic Law on Science, Technology and Innovation, Drug Law, Sports Law, Decree with rank, Value and Force of Law on Fisheries and Aquaculture Decree with, courage and strength of Act on Housing Services and Habitat.

The corrective mechanisms of the effects of inflation, especially in countries with high inflation economies, require necessary regulations to prevent causing serious harm to taxpayers.

The principle of no confiscation also has a field of application in cases of double taxation and multiple taxation. Therefore, some writers said, we believe correctly so, that the principle of prohibition of double taxation is a derivation of the principle of non-confiscation for taxation matters. The Spanish courts have said that if by accumulating various tax figures taxpayers are deprived of their income and property, confiscatory effects occur. Similarly, in the Venezuelan case, it has also been indirectly recognized that the prohibition of double taxation is enshrined in the Constitution as a manifestation of the

principle of ability to pay, no confiscation in taxation matters, and progressiveness. The prohibition of double taxation and the multiple taxation in compound States where they are levied by different levels of government to taxpayers, is a clear example of derivation of the principles of ability to pay and no confiscation for tax matters.

Another major contribution of this research is focused on the application of the principle of non-confiscation in international taxation. Specifically, we can locate various nuances of this principle in the field of international taxation. As mentioned by some scholars, it is one of the bases of the double taxation treaties, keeping several states from taxing the same manifestation of wealth or, relevant mechanisms in place to avoid double taxation. The ultimate goal is precisely to avoid the erosion of the taxpayers private property right, in the field of international taxation. And also, the principle of non-confiscation has being treated in recent years, in the bilateral investment treaties, obtaining a hue and a new vision thereof, which is one of the main contributions of this research.

Treaties Concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, is one of the most innovative aspects of the principle of non-confiscation. With these treaties, it seeks to safeguard foreign investments in the States and avoid confiscation, expropriation or any other acquisition of property by States to investments by foreign investors from occurring. The road tax is excluded in principle to the application of this protection, except this way expropriation occurs. Thus, although the terminology expropriation is not correct in our view, since it has another meaning in Administrative Law, just understand that it is intended with these treaties tribute, accumulations of taxes or the tax system as a whole, do not produce confiscatory effects. At the end of the day, the intention is to give application of the principle of no confiscation and highlight the need for its protection. It is currently in force in the Agreement for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments between the Kingdom of Spain and the Republic of Venezuela, signed in Caracas on November 2, 1995 and where nationalization, expropriation or other measures prohibiting the characteristic or similar effects, amongst which we understand, is the tax route. Also, in the Venezuelan domestic law, the Law for the Promotion and Protection of Investments, provides that taxes cannot have confiscatory effects. Nor can the taxing power of the States be modified by the bilateral investment treaties, since they alone possess the sovereignty and power to impose and levy taxes, but respecting the principle of non-confiscation for taxation matters and prohibiting excessive taxes that can be likened to a mode of acquiring property.

The possibility of setting an upper limit to taxation has been one of the most controversial issues in relation to the principle of no confiscation for taxation matters. The

discussion focuses on the complexity of implementing an overall ceiling that serves all tax categories and the arbitrariness that it would represent, could also generate situations of tax injustice. We advocate the implementation of the limit referred, by way of the law of the Spanish Constitutional Court and the Constitutional Chamber of the Venezuelan Supreme Court of Justice, as each course is presented and the evidence that taxpayers provide. This definition can start with income taxes and then follow with the other tax categories. The evaluation of the upper limit on taxation should also be done with the tax system as a whole, showing-at the time-the taxpayer, using any evidentiary routes they possess, the privation to their right to private property, by the amount of taxes to which they're being subjected.

A FORMAÇÃO ECONÔMICA DO BRASIL: A MANUTENÇÃO AGRÍCOLA COLONIAL E O PAPEL DO DIREITO COMO VETOR DE MUDANÇA

Murilo Couto Lacerda¹⁵⁰

Carolina Merida¹⁵¹

RESUMO: A presente pesquisa aborda a Formação Econômica do Brasil e as razões para a manutenção da produção agrícola colonial até os tempos atuais, fazendo ligação entre a forma de produção agrícola brasileira e europeia, desta forma enquadra-se na linha de análise “Economic law, commercial law and commercial relations in Europe and Latin America” do 23º Annual Meeting of NANTERRE NETWORK –Legal and Interdisciplinary Challenges in Contemporary Society. Para a elaboração deste trabalho foi necessário recorrer aos métodos hermenêuticos de integração de conteúdo e interpretação de pensadores que estruturaram a organização e a formação da economia brasileira desde a era colonial frente aos impactos no agronegócio. Diariamente percebemos o aumento da produção de soja, contudo os valores percebidos na exportação são relativamente estáveis, então indaga-se: por quais razões produzimos cada vez mais, mas a renda percebida não aumenta? Uma das proposições para esta pergunta está calcada no derrancamento agrícola colonial que assola o Brasil até a atualidade, fatores que foram determinados pela formação econômica do país quando da sua colonização. A investigação parte dessa hipótese, ou seja, de que a agricultura praticada pelo Brasil é a mesma de quinhentos anos, pois simplesmente explora-se para produzir, produz-se para desmatar, aumenta-se a produção e a área plantada, mas não se consegue criar uma balança comercial favorável e crescente frente ao mercado europeu, por questões históricas e legais. A metodologia privilegia duas áreas temáticas: a histórica e a hipotético-dedutiva de construção de proposições, com relevância na teoria centrada em Celso Furtado e Caio Prado Júnior.

PALAVRAS-CHAVE: Formação do Brasil. Economia. Brasil Colonial. Política Agrícola. Agronegócio.

¹⁵⁰ Doutorando em Direito pela UNICEUB, mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC-GO, professor de Direito Processual Civil na UniRV e advogado. coutolacerda@hotmail.com

¹⁵¹ Doutoranda em Direito Público pela UNISINOS, mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC-GO, Pesquisadora bolsista e Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde – UniRV. carol_merida62@hotmail.com

THE ECONOMIC FORMATION OF BRAZIL: THE MAINTENANCE OF COLONIAL AGRICULTURAL AND THE LAW ROLE AS A VECTOR OF CHANGE

ABSTRACT: The present study deals with the Brazilian Economic Formation and the reasons for the maintenance of colonial agricultural production up to the present time, linking the Brazilian and European agricultural production forms. This is in line with the analysis of "Economic law, commercial law and commercial relations in Europe and Latin America "of the 23rd Annual Meeting of NANTERRE NETWORK -Legal and Interdisciplinary Challenges in Contemporary Society. For the elaboration of this work it was necessary to resort to the hermeneutic methods of content integration and interpretation of thinkers who structured the organization and the formation of the Brazilian economy from the colonial era to the impacts on agribusiness. Daily we see the increase in soybean production, but the values perceived in exports are relatively stable, so we ask ourselves: for what reasons do we produce more and more, but the perceived income does not increase? One of the propositions for this question is based on the colonial agricultural collapse that plagues Brazil until the present, factors that were determined by the economic formation of the country when its colonization. The research is based on this hypothesis, that the agriculture practiced by Brazil is the same as five hundred years, because it is simply exploited to produce, produced to deforest, increased production and planted area, but not is able to create a favorable and growing trade balance against the European market, for historical and legal reasons. The methodology focuses on two thematic areas: the historical and the hypothetical-deductive propositional construction, with relevance in the theory centered on Celso Furtado and Caio Prado Júnior.

Keywords: Brazilian Formation. Economy. Brazil Colonial. Agricultural Policy. Agribusiness.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo cria um diálogo entre os pensadores Celso Furtado e Caio Prado com o intuito de desvendar a formação econômica do Brasil e as razões para a manutenção do modo de produção agrícola até os tempos atuais.

A partir da revolução de 1930, a história toma uma dessemelhante maneira de refletir o Brasil. Notadamente em 1933, foram publicadas duas obras que marcaram gerações intelectuais porvindouras, *Casa grande e senzala*, de Gilberto Freyre, e *Evolução política do Brasil*,

A Formação Econômica do Brasil: a Manutenção Agrícola Colonial e o Papel do Direito como Vetor de Mudança

de Caio Prado Júnior. Tais livros, ao lado de *Raízes do Brasil*, publicado em 1936 por Sérgio Buarque de Holanda, concebem uma perspectiva contraposta aos pensadores contemporâneos.

Os autores mencionados acima apresentaram algumas reflexões de notada importância para a economia brasileira, destacando fatores e conceitos que surgem no Brasil colonial e se arrastam até a atualidade. Entre esses fatores, destacamos a insuficiência agrícola que é frontalmente maquiada pelo poder político como autossuficiente e pujante.

Partimos da premissa de que a agricultura praticada pelo Brasil é a mesma de quinhentos anos atrás, pois desmatamos para produzir, produzimos para desmatar, aumentamos a produção, mas não conseguimos criar uma balança comercial favorável e crescente.

Ano a ano percebe-se o aumento da produção de soja, contudo os valores obtidos com a exportação do grão são relativamente estáveis, então indaga-se: por quais razões produzimos cada vez mais, mas a renda percebida não aumenta?

Uma das proposições para esta pergunta está calcada no derrancamento agrícola colonial que assola o Brasil até a atualidade, fatores que foram determinados pela formação econômica do Brasil quando da sua colonização.

Um destes fatores foi a forma de ocupação do território brasileiro, pautada no modelo de exploração e extrativismo e marcada por certo amadorismo, sem a intenção de povoamento, diversamente do que ocorreu na América do Norte.

Em outras palavras, a colonização tupiniquim não se norteava no sentido de estabelecer uma base econômica sólida e orgânica, isto é, a exploração nacional e coerente dos recursos do território para a satisfação das necessidades materiais da população que nela habita. Daí a sua instabilidade, com seus reflexos no povoamento, determinando nele uma mobilidade superior ainda à normal dos países novos¹⁵², o que persiste, sem dúvida, até a atualidade. A própria ausência de agregação de valor à matéria-prima também consiste em fator preponderante para deficiência da economia brasileira.

2. Baldrames Econômicos da Colonização Brasileira

Ao se estudar os baldrames econômicos da ocupação¹⁵³ territorial da formação do Brasil, percebe-se desde logo um resquício colonial que permanece até a atualidade e que tem

¹⁵² PRADO JÚNIOR, 1963, p. 67.

¹⁵³ “(...) A idéia de povoar não ocorre inicialmente a nenhum. É o comércio que os interessa, e daí o relativo desprezo por este território primitivo e vazio que é a América, é inversamente, o prestígio do Oriente, onde não faltava objeto para atividades mercantis. (...) Na maior extensão da América ficou-se a princípio

dificultado o crescimento econômico nacional, portanto surge a necessidade de se explicar a criação da nossa colônia.

Analisando a história e a obra de Celso Furtado¹⁵⁴, na primeira parte, constata-se primeiramente a adoção da teoria neoclássica, principalmente no que se à forma de ocupação do território. Notadamente ao longo do processo descritivo e estruturante, nota-se que a formação do Brasil tem implicações atualmente no desenvolvimento do agronegócio, que se dá de forma ainda primitiva, ou seja, o país ainda é exportador de matéria-prima *in natura*.

Em certo momento da ocupação do território brasileiro, os portugueses tiveram que decidir se mantinham as feitorias lucrativas do Oriente ou se dedicavam-se à ocupação do território brasileiro como forma de exploração extrativa, inclusive com a perspectiva de encontrar ouro.

exclusivamente nas madeiras, nas peles, na pesca; e a ocupação de territórios, seus progressos e flutuações, subordinaram-se por muito tempo ao maior ou menor sucesso daquelas atividades. Viria depois, em substituição, uma base econômica mais estável, mais ampla: seria a agricultura.” (PRADO JÚNIOR, 1963, p. 18/19).

¹⁵⁴ O uso da liberdade ganha pleno significado em Furtado porque é marcado pelo dom da criatividade. O contributo de Furtado para a teoria econômica e para a análise das economias brasileira e latino-americana pode ser explicado em termos de método, mas é, em primeiro lugar, o resultado de uma enorme habilidade pessoal de pensar e criar. Furtado sabe disso e, certamente, não é por acaso que a epígrafe de um de seus livros é uma citação de Popper, na qual ele reconhece que "a descoberta científica é impossível sem fé em ideias de natureza puramente especulativa e às vezes até mesmo nebulosa". A criatividade será uma das bases da sua independência intelectual da ortodoxia. Lebrun, escrevendo em *A Fantasia Organizada*, observa: "É o odor da heterodoxia que faz esse livro ainda mais fascinante e torna Celso Furtado um grande escritor, bem como um pensador". Como observado por Bourdieu, se na teoria econômica há um doxy, "um conjunto de pressupostos que os antagonistas consideram evidentes", há também uma ortodoxia e uma heterodoxia. O intelectual heterodoxo não nega as suposições mais gerais de sua ciência, mas se recusa a subordinar seu pensamento ao dominante. O direito e os economistas convencionais insistem em dar heterodoxia um significado negativo, identificando-o com o populismo econômico, mas, de fato, inovar na teoria e análise econômicas quase sempre envolvem alguma heterodoxia. Ser heterodoxo é desenvolver novas teorias, muitas vezes a partir da identificação de novos fatos históricos que modificam um determinado cenário econômico e social e tornem as teorias pré-existentes inadequadas. Quando Celso Furtado optou por usar principalmente o método histórico-indutivo, e quando se tornou um dos dois fundadores do estruturalismo latino-americano, ele optou pela heterodoxia e pela independência do pensamento. (The use of freedom gains full meaning in Furtado because it is marked by the gift of creativity. Furtado's contribution to economic theory and to the analysis of Brazilian and Latin-American economies may be explained in terms of method, but it is, in the first place, the result of an enormous personal ability to think and create. Furtado knows it, and it is certainly not by chance that the epigraph of one of his books is a quotation of Popper in which he acknowledges that "scientific discovery is impossible without faith in ideas which are of a purely speculative kind, and sometimes even quite hazy". Creativity will be one of the bases of his intellectual independence from orthodoxy. Lebrun, writing on *A Fantasia Organizada*, remarks: "It is the odor of heterodoxy that makes this book even more fascinating and makes Celso Furtado a great writer, as well as a thinker". As observed by Bourdieu, if in economic theory there is a doxy, "a set of assumptions that antagonists regard as evident", there is also an orthodoxy and an heterodoxy. The heterodox intellectual doesn't deny his science's most general assumptions, but refuses to subordinate his thought to the dominant one. The right and the conventional economists insist on giving heterodoxy a negative meaning, identifying it with economic populism, but, in fact, to innovate in economic theory and analysis almost always involve some heterodoxy. To be heterodox is to develop new theories, often from the identification of new historical facts that modify a certain economic and social setting and make pre-existent theories inadequate. When Celso Furtado opted to use mainly the historical-inductive method, and when he became one of the two founders of Latin American structuralism, he was opting for heterodoxy and for independence of thought.) Bourdieu, Pierre (1976) "O Campo Científico". In Renato Ortiz, org. Pierre Bourdieu - Sociologia. São Paulo: Editora Ática, 1983. Originally published in French, 1976.

A Formação Econômica do Brasil: a Manutenção Agrícola Colonial e o Papel do Direito como Vetor de Mudança

Neste caso, a solução portuguesa, como propõe Furtado¹⁵⁵, foi viabilizar uma forma de utilização econômica das terras americanas que não fosse a fácil extração de metais preciosos. Surge, então, a propagação de agricultura para exportação (nomeadamente, a produção açucareira), o que significou a elementar experiência em terras brasileiras.

Conforme demonstrado em *Formação econômica do Brasil*, essa economia é descrita por uma função macroeconômica, cujos artifícios são o consumo, a compra e o domínio externo, fundamentalmente, a balança comercial. Pode-se utilizar o mecanismo do fluxo circular da renda para compreender o funcionamento da nossa economia colonial.

A despeito de pertencer ao conhecimento schumpeteriano, a noção de competência empresarial não é totalmente estranha à teoria neoclássica. Houve distintas tentativas de incorporar a atividade do empresário como fator de produção. Os resultados, no entanto, foram matematicamente contraditórios, dadas a não divisibilidade e não homogeneidade deste fator¹⁵⁶.

O emprego de produção da economia açucareira é caracteristicamente a constatada nos manuais de Economia básica, ou seja, nesse caso, o capital era preenchido pelos engenhos, as grandes propriedades, o trabalho dos escravos, e os próprios escravos como bem material imobilizado, e inclinação empresarial¹⁵⁷.

A oblação de terras era larga e também a de mão de obra escrava, o que propiciava o plantio extensivo. Seu desenvolvimento consistia na utilização de mais trabalho escravo e ocupação de mais terras, possibilitando assim a expansão dos negócios agrícolas:

Completam-se assim os três elementos constitutivos da organização agrária do Brasil colonial: a grande propriedade, a monocultura e o trabalho escravo. Estes três elementos se conjugam num sistema típico, a grande exploração rural, isto é, a reunião numa mesma unidade produtora de grande número de indivíduos; isto é o que constitui a célula fundamental da economia agrária brasileira.¹⁵⁸

Considerando a grande expansão em terras longínquas, a distância do litoral implicava em altos custos de transporte, o que consiste em dificuldade até os dias atuais. Esse foi um dos motivos para implementar os engenhos próximos das áreas mais férteis e também às proximidades do litoral e dos portos. A produtividade era representada fundamentalmente por fatores ligados ao lado da demanda e consistia no aumento de preços¹⁵⁹.

¹⁵⁵ FURTADO, 2008, P. 29.

¹⁵⁶ BLAUG, 1985, p. 571.

¹⁵⁷ BLAUG, 1985, p. 571/572.

¹⁵⁸ PRADO JÚNIOR, p. 117.

¹⁵⁹ Furtado, 2008, p. 87.

Interessante que, após quinhentos anos, problemas semelhantes persistam. Basta analisar as dificuldades de transporte atual, com alto custo dos preços de combustível, transporte, conservação da malha viária, inclusive a vicinal, insuficiência de logística e capacidade para escoar de forma eficiente toda a produção agrícola, afirmação que pode ser confirmada com o estudo em amostragem dos gráficos compendiados logo abaixo.

O mais significativo consiste em que cada fator possui um custo de produção, o que se expressa monetariamente, e o mesmo ocorre também com o produto final, o empresário deveria de alguma forma saber como combinar melhor os fatores para reduzir o custo de produção e maximizar sua renda real¹⁶⁰, não bastando produzir demasiadamente sem agregar valor ao produto a ser vendido internamente ou exportado.

A renda monetária da unidade exportadora praticamente constituía os lucros do empresário, sendo sempre vantajoso para ele continuar operando, qualquer que fosse a redução ocasional dos preços. Como o custo estava virtualmente constituído de gastos fixos, qualquer redução na utilização da capacidade produtiva redundava em perda para o empresário¹⁶¹, o que persiste até a atualidade, no que consistem as necessidades de subsistência da agricultura brasileira, completamente dependente do comércio exterior.

Assim, é a organização dos gastos da economia agrícola que a faz tão estável, pujante, mas insuficiente e dependente de outros mercados, permitindo que perdure por séculos a fio sem conhecer alternativa para mudança.

A semelhança da economia agrícola exportadora com a pecuária é igualmente indicativa em termos de aceitação da teoria neoclássica. Outrossim, os custos de ocasião se fazem presentes. Atividade lucrativa, a produção açucareira atrai a economia criatória para o interior, principalmente, por determinação da coroa portuguesa. A necessidade crescente de animais de lenha, animais de arroubo e carne liga os dois tipos de atividade produtiva. Tenta-se o que poderia ser a construção de um mercado interno e a ativação do fluxo circular, sem sucesso. Pois as razões são de ordem externa e preponderam sobre a economia interna, ou seja, é o preço pago no comércio europeu o fator dinâmico a impulsionar a economia interna¹⁶².

Esse mesmo eixo dinâmico permanece até a atualidade, dificultando que o Brasil exerça uma política comercial agrícola externa de agregação de valor aos produtos exportados, tornando-se refém da economia mundial importadora de matéria-prima bruta.

¹⁶⁰ Furtado, 2008, p. 87/88.

¹⁶¹ Furtado, 2008, p. 90.

¹⁶² FORMAÇÃO ECONÔMICA DO BRASIL DE CELSO FURTADO E A TEORIA NEOCLÁSSICA Hélio Afonso de Aguiar Filho, Hermógenes Saviani Filho, 14p. http://www.anpec.org.br/sul/2013/submissao/files_I/i1-0c1073129539e0e8bca24d237e388d56.doc

A Formação Econômica do Brasil: a Manutenção Agrícola Colonial e o Papel do Direito como Vetor de Mudança

A semelhança da produção pecuária com a açucareira consiste em que ambas atuavam de forma extensiva, sem alteração estrutural e com baixa circulação monetária. A diferença reside nos gastos de reposição, já que na economia pecuária os gastos basicamente não haviam. A oferta da economia pecuária era formada pela aptidão comercial do produtor e recursos iniciais acessíveis, como terra em abundância. Já o desenvolvimento da produção açucareira majorava a busca por insumos ofertados pela produção pecuária nordestina, estimulando a produção. Esta afinidade da economia de açúcar com a pecuária configura o que Celso Furtado denomina de complexo nordestino.

Bielschowsky¹⁶³ acerta ao analisar o dualismo organizacional, com a convivência da economia de elevada produtividade e outra de baixa produtividade, com representações relevantes para aclarar o subdesenvolvimento do Brasil, e que persiste até hoje, sobretudo no Nordeste (com terras fracas e insuficientes para produção agrícola), tanto na formação¹⁶⁴ do Brasil, como na atualidade, considerando que o autor faz uma análise dos últimos 50 anos da formação econômica do Brasil com arrimo na obra de Celso Furtado.

Desta forma, há que se aderir a esta afirmação, inclusive para preceitos neoclássicos ou progressistas, pois o que se pretende explicar aqui é por quais razões o agronegócio não consegue se desenvolver sem as maquiagens governamentais.

Com o interesse pelo ouro, posteriormente à necessidade de se ocupar vastas extensões de terra com a cana e pecuária, surge a economia escravista. O funcionamento desta economia continua o mesmo modelo da economia açucareira.

Notadamente, com a economia escravista a renda está menos concentrada; em função do menor número de escravos na população total, há também uma maior aglomeração urbana, sem falar na distância do litoral, que majora os bens de consumo, servindo como entrave às importações. A distância do litoral faz com que exista um aumento na demanda por animais de transporte indispensáveis à atividade mineradora. O intercâmbio da economia mineira com a pecuária se dá permitindo a utilização de terras e rebanhos de forma mais ampla, com maior particularização na engorda, repartição e mercados consumidores¹⁶⁵.

¹⁶³ BIELSCHOWSKY, R. Formação Econômica do Brasil: uma das obras-primas do estruturalismo latino-americano. In: 50 Anos de Formação Econômica do Brasil: ensaios sobre a obra clássica de Celso Furtado. (Org.) ARAÚJO, T. P. de; VIANNA, S. W.; MACAMBIRA, J. Rio de Janeiro: IPEA, 2009.

¹⁶⁴ É deste tipo de organização [...] que derivou toda a estrutura do país: a disposição das classes e categorias de sua população, o estatuto particular de cada uma e dos indivíduos que a compõem. O que quer dizer, o conjunto das relações sociais no que têm de mais profundo e essencial. PRADO JÚNIOR, 1972, p. 143.

¹⁶⁵ Hélio Afonso de Aguiar Filho, Hermógenes Saviani Filho, 14p. http://www.anpec.org.br/sul/2013/submissao/files_I/i1-0c1073129539e0e8bca24d237e388d56.doc

Há de se observar que uma qualidade relevante da economia mineira é que, embora a renda ainda seja gerada pelo campo exportador, existe sobretudo uma melhor conexão inter-regional no mercado interno. Contudo, importante notar que há um entrave a dificultar a suficiência da economia interna, que consiste no sucesso da economia do ouro, que está diretamente ligada às demandas do mercado europeu¹⁶⁶, ou seja, a exportação novamente comandando a economia interna¹⁶⁷.

O que diferencia a economia escravista da mineira¹⁶⁸ é que na escravista, havendo queda no preço ou exaustão dos recursos das minas, a rentabilidade tendia a zero e a desagregação das empresas produtivas era total¹⁶⁹. Foi de fato o que aconteceu, momento em que o dinamismo se exauriu, os recursos desta produção passaram a operar ao plano de sustento básico, com o natural esgotamento da categoria de trabalho.

Em seguida, surge a economia cafeeira, juntamente com a necessidade de mão de obra assalariada, o que gerou um problema com a mão de obra escravagista já existente, isso em meados do século XIX¹⁷⁰. O café assume praticamente a mesma função do açúcar e também teve seu momento pujante, capaz de fortalecer a economia interna e externa, trazendo elasticidade para a economia regional.

Com o surgimento do trabalho assalariado e a atrelação do café ao mercado externo, assim como já ocorrera com o açúcar, e o aumento do mercado de consumo externo, Furtado se dedica a demonstrar as dificuldades de se aderir a uma economia agroexportadora assalariada às regras do padrão-ouro e à teoria das vantagens comparativas. Caracteriza,

¹⁶⁶ No seu conjunto, e vista no plano mundial e internacional, a colonização dos trópicos toma o aspecto de uma vasta empresa comercial, mais complexa que a antiga feitoria, mas sempre com o mesmo caráter que ela destinada a explorar os recursos naturais de um território virgem em proveito do comércio europeu. É este o verdadeiro sentido da colonização tropical, de que o Brasil é uma das resultantes; e ele explicará os elementos fundamentais, tanto no econômico como no social, da formação e evolução históricas dos trópicos americanos. (PRADO JÚNIOR, 1963, p. 25)

¹⁶⁷ Na economia tipicamente exportadora de matérias-primas, a concorrência entre produtores internos e importadores era quase inexistente. As flutuações na taxa cambial comprimiam a procura de um ou de outro setor, mas não determinavam modificações estruturais na oferta. Ao começarem a concorrer os dois setores, as modificações na taxa cambial passaram a ter repercussões demasiado sérias para que fossem abandonadas às contingências do momento. Perdia-se, assim, um dos mecanismos de ajuste mais amplos de que dispunha a economia e ao mesmo tempo um dos instrumentos mais efetivos de defesa da velha estrutura econômica com raízes na era colonial (Furtado, 2008, p. 199).

¹⁶⁸ O ouro promoverá um fenômeno demográfico da maior importância, com migração espontânea de Portugal, pela primeira vez da história da colônia, e deslocamentos das reservas de escravos da região açucareira em decadência. Será uma atividade de baixa capitalização, isto é, pouquíssima exigência de máquinas, instrumentos e processos mais exigentes, com alta lucratividade. O ciclo do ouro foi muito rápido, durou em torno de 50 anos. Deu lugar a uma sociedade menos rica que a gestada no engenho de açúcar do Nordeste, mas com a riqueza menos concentrada, devido às características da exploração e ao lugar do homem livre nela. A emergência do ouro no Brasil financiou a dependência portuguesa na sua relação comercial com os ingleses. Em seu declínio, a Inconfidência Mineira é um doloroso episódio do declínio e não do auge do ciclo aurífero. FURTADO, 2008.

¹⁶⁹ FURTADO, 2008, p. 134.

¹⁷⁰ FURTADO, 2008, P. 211.

simultaneamente, a vista curta da elite intelectual da época, ao aderir acriticamente às teorias determinadas para outro momento. Logo, se firmou a tese do estruturalismo latino-americano, de que o subdesenvolvimento¹⁷¹ é um procedimento histórico independente e não imprescindível, exigindo para sua superação a relutância ao fatalismo das normas automáticas do mercado e à condição do país como produtor e exportador de produtos primários.

Celso Furtado dispõe que não havendo mercado para os excedentes de produção, o setor monetário logo se atrofiava, o sistema de divisão do trabalho involuía e a colônia regredia a um sistema econômico rudimentar de subsistência¹⁷².

3. A DEPENDÊNCIA DO AGRONEGÓCIO BRASILEIRO DO COMÉRCIO EUROPEU

Nesse caminho de investigação das deficiências do agronegócio, percebemos que é da essência da nossa constituição produzir para fornecer açúcar, tabaco, alguns outros gêneros; mais tarde ouro e diamante; depois, algodão, e em seguida café, tudo para atender o comércio europeu, o que consiste em objetivo de produção explorativa, com o intuito de atender aquele comércio (europeu), forma que organizou a sociedade e a economia brasileira.¹⁷³

Para Prado Júnior, o tipo de colonização brasileira trouxe três elementos que são preponderantes para a economia agrária nacional, que por muitos anos permaneceram de forma declarada, e que em nossa interpretação tal modelo continua com uma vertente velada, quais sejam: a ampla propriedade, a monocultura e o trabalho escravo.

Importante frisar este modelo, pois ele é o responsável pela manutenção do padrão desenvolvido antes. Como se estivéssemos refletindo o passado. Outrossim estes três meios se conjugam num sistema típico, a grande exploração rural, isto é, a reunião numa mesma unidade produtora de grande número de indivíduos; estabelecendo a célula básica da economia agrária brasileira.¹⁷⁴

Se compararmos o Brasil com os países europeus, verificamos que ainda continuamos com grandes propriedades, que essas propriedades são em grande maioria ocupadas por monocultura, quando não improdutivas, e o trabalho escravo velado ou como

¹⁷¹ FURTADO, 2008.

¹⁷² FURTADO, 2008, P. 183.

¹⁷³ PRADO JÚNIOR, p. 26.

¹⁷⁴ PRADO JÚNIOR, p. 117.

atualmente definido, trabalho análogo ao escravo, que estão presentes também em várias cadeias produtivas.

Desta forma, percebe-se que o modelo adotado pelo Brasil não pode mais prosperar e necessita de uma mudança constante para atingir o desenvolvimento¹⁷⁵. Caio Prado determina tal necessidade quando assevera que da economia brasileira,

[...] em suma, e é o que devemos levar daqui, o que se destaca e lhe serve de característica fundamental é: de um lado, na sua estrutura, um organismo meramente produtor, e constituído só para isto: um pequeno número de empresários e dirigentes que senhoreiam tudo, e a grande massa da população que lhe serve de mão de obra. Doutro lado, no funcionamento, um fornecedor do comércio internacional dos gêneros que este reclama e de que ela dispõe. Finalmente, na sua evolução, e como consequência daquelas feições, a exploração extensiva e simplesmente especuladora, instável no tempo e no espaço, dos recursos naturais do país. É isto a economia brasileira que vamos encontrar no momento em que ora abordamos sua história.¹⁷⁶

Destarte, constata-se que a estrutura de nossa sociedade colonial teve sua base agrícola, ou seja, fora dos meios urbanos. É fundamental considerar esse fator para se compreenderem exatamente as condições que vivemos hoje, por via direta ou indireta, nos governaram até muito depois de proclamada nossa independência política e cujos reflexos não se apagaram ainda hoje.¹⁷⁷

Conforme disciplina Holanda, na monarquia eram ainda os fazendeiros escravocratas e eram filhos de fazendeiros, educados nas profissões liberais, que monopolizavam a política, elegendo-se ou fazendo eleger seus candidatos, dominando os parlamentos, os ministérios, em geral todas as posições de mando, e fundando a estabilidade das instituições nesse incontestado domínio, o que consiste até o presente momento, influenciando assim diretamente na economia brasileira.¹⁷⁸

Portanto, reafirma-se aqui a hipótese de que o Brasil não se desenvolve plenamente, como deveria ou poderia, pois ao considerarmos os números divulgados pelos institutos de pesquisa, constatamos que a produção da agropecuária cresce vertiginosamente, mas o valor agregado ao produto e as exportações não.

O gráfico abaixo consubstancia algumas afirmações. De 1989 até 2011, a área plantada aumentou de 38,9 milhões de hectares para 50,4 milhões de hectares. Nesse mesmo

¹⁷⁵ [...] falta de organização, eficiência e presteza do seu funcionamento [...]; processos brutais empregados, de que o recrutamento e a cobrança de tributos são o exemplo máximo [...]; a complexidade dos órgãos, a confusão de funções e competências; a ausência de métodos e clareza na confecção de leis [...]; o excesso de burocracia dos órgãos centrais [...]; centralização administrativa que faz de Lisboa a cabeça pensante única [...]. PRADO JÚNIOR, 1972, p. 333.

¹⁷⁶ PRADO JÚNIOR, p. 123.

¹⁷⁷ HOLANDA, 1963, p. 57/58.

¹⁷⁸ HOLANDA, 1963, p. 57/58.

A Formação Econômica do Brasil: a Manutenção Agrícola Colonial e o Papel do Direito como Vetor de Mudança

período, também houve um incremento da produção de 58,2 milhões de toneladas para aproximadamente 159 milhões de toneladas.

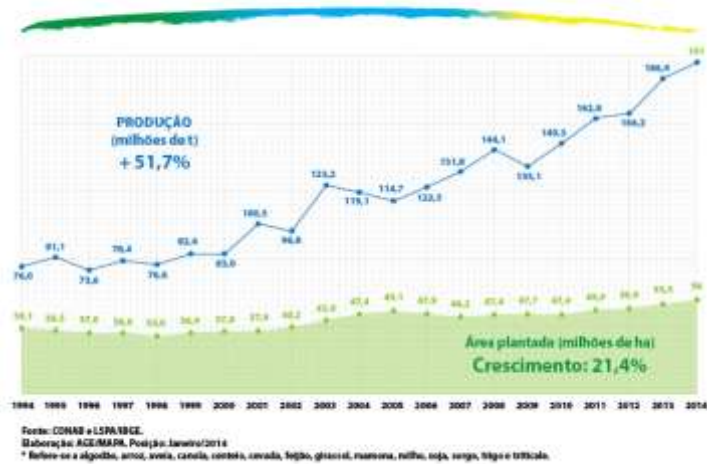


Se analisarmos detidamente o gráfico, constatamos que a área plantada aumentou cerca de 30%, enquanto a produção alargou praticamente 170%. Essa constatação faz crer que houve um incremento na tecnologia que possa ter possibilitado esse crescimento vertiginoso da produção.

Contudo, o aumento da tecnologia ou da produção não foi suficiente para proporcionar o crescimento ou desenvolvimento socioeconômico do Brasil de forma global, pois continuamos a atender os anseios dos europeus, chineses e americanos no fornecimento de matérias-primas.

Nesse sentido, também o gráfico da Companhia Nacional de Abastecimento - CONAB e Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE demonstrando o crescimento da área plantada frente à quantidade da produção.

Evolução da produção e da área plantada de Grãos* - Brasil



Outra premissa que fica clara é a perpetuação do Brasil colonial, produtor de matéria-prima, extrator de recursos naturais e exportador destes bens para atender as grandes potências mundiais, uma nítida fraqueza das políticas públicas de desenvolvimento¹⁷⁹.

Esses fatores fazem com que a falta de valor agregado ao produto dificulte a ascensão do Brasil à grande economia, pois a quantidade de produtos tem sido crescente nos últimos anos, porém os valores exportados têm permanecido praticamente os mesmos, a exemplo dos últimos 7 (sete) anos, o que demonstra uma deficiência quase que colonial do Brasil no que concerne a sua manufatura.



¹⁷⁹ A Política Agrícola, também chamada de Política de Desenvolvimento Rural, é um movimento permanente, em extrema renovação para acoplar os recursos da tecnologia e a necessidade de retirar riquezas cada vez mais densas da terra, sem a exaurir, sem a esgotar. Se a ação governamental não se fizer presente na zona rural, furtando-se à coordenação de uma Política Agrícola, o desenvolvimento econômico do rurícola, em vez de caminhar para a formação de uma comunidade homogênea, transformar-se-á em ilhas de progresso e ilhas de retrocesso. (BORGES, 1988, p. 22.)

A Formação Econômica do Brasil: a Manutenção Agrícola Colonial e o Papel do Direito como Vetor de Mudança

Os dados da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (MDIC)¹⁸⁰ através da análise da AgroStat Brasil demonstram que em 2009 a exportação era de 7,49 milhões de toneladas o que gerava um valor de 4,15 bilhões de dólares. Já em 2016 exportou-se 10,77 milhões de toneladas, o que gerou uma percepção no valor de 4,98 bilhões de dólares.

Desta forma, nota-se que houve um incremento superior a 3 milhões de toneladas, mas o valor percebido por essas exportações permaneceu praticamente estável. Ou seja, exportamos muito mais em 2016, e percebemos proporcionalmente muito menos por essas exportações.

Essas comparações consubstanciam o pensamento de Celso Furtado através do processo histórico específico do Brasil, o qual criou uma industrialização dependente dos países já desenvolvidos e, assim, a dificuldade de se superar um modelo colonial seguido por séculos, o que só ocorrerá mediante uma forte intervenção estatal que redirecione o método já existente.

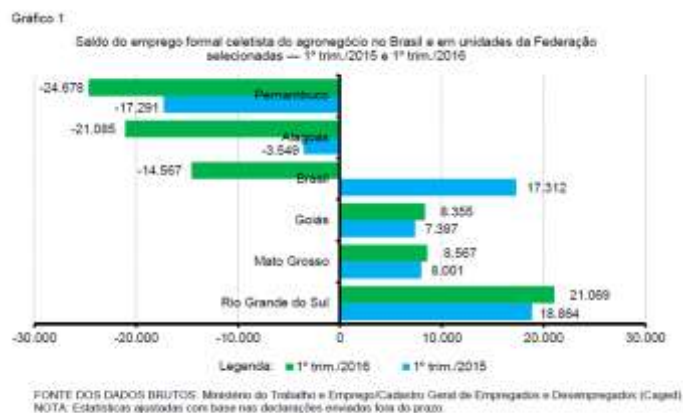
A balança comercial do agronegócio brasileiro demonstra bem a ausência de crescimento em quantidade de bilhões de dólares em exportação, conforme gráfico abaixo.



Outrossim, o gráfico abaixo estampa o padrão de migração de trabalhadores rurais no sentido norte – sul do país. Ou seja, se replicam anualmente, historicamente, as

¹⁸⁰ <http://www.mdic.gov.br/>

características do Brasil colonial, assim como demonstrado por Celso Furtado¹⁸¹. Tais emigrações¹⁸² proporcionam a exploração também do serviço escravo.



Portanto, constata-se que existe uma replicação de padrões coloniais que impedem o desenvolvimento econômico agrícola do país.

4. O PAPEL DAS POLÍTICAS DE DESENVOLVIMENTO E DE FINANCIAMENTO COMO FATORES DE MUDANÇA DO MODELO DE PRODUÇÃO AGRÍCOLA BRASILEIRO

De acordo com Schapiro¹⁸³, diversos fatores – tais como as sucessivas crises econômicas, a concentração de renda e de poder e as assimetrias verificadas entre os Estados-nação, têm escancarado a necessidade de atuação estatal nos “espaços econômicos” por meio da definição de “políticas públicas e planos de desenvolvimento”, assim como dos respectivos instrumentos jurídicos de ação.

¹⁸¹ Um conjunto de fatores particularmente favoráveis tomou possível o êxito dessa primeira grande empresa colonial agrícola europeia. Os portugueses haviam já iniciado há algumas dezenas de anos a produção, em escala relativamente grande, nas ilhas do Atlântico, de uma das especiarias mais apreciadas no mercado europeu: o açúcar. Essa experiência resultou ser de enorme importância, pois, demais de permitir a solução dos problemas técnicos relacionados com a produção do açúcar, fomentou o desenvolvimento em Portugal da indústria de equipamentos para os engenhos açucareiros. Se se têm em conta as dificuldades que se enfrentavam na época para conhecer qualquer técnica de produção e as proibições que havia para exportação de equipamentos, compreende-se facilmente que, sem o relativo avanço técnico de Portugal nesse setor, o êxito da empresa brasileira teria sido mais difícil ou mais remoto. FURTADO, p. 18/19 (2008)

¹⁸² A situação fez-se mais grave no século XVIII, em razão do aumento nos preços dos escravos e da emigração da mão-de-obra especializada, determinados pela expansão da produção de ouro. Como a produção de açúcar no Nordeste esteve em todo o século XVIII abaixo dos pontos altos alcançados no século anterior, é provável que parte das antigas unidades produtivas se hajam desorganizado em benefício daquelas que apresentavam condições mais favoráveis de terras e transporte. FURTADO, p. 69 (2008)

¹⁸³ SCHAPIRO, Mario Gomes. Novos parâmetros para a intervenção do Estado na economia. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 18.

A Formação Econômica do Brasil: a Manutenção Agrícola Colonial e o Papel do Direito como Vetor de Mudança

Sob o enfoque jurídico-normativo, cumpre trazer ao debate a definição de “Política Agrícola” encontrada no denominado Estatuto da Terra¹⁸⁴, referida como o conjunto de medidas de “amparo à propriedade da terra, que se destinem a orientar, no interesse da economia rural, as atividades agropecuárias, seja no sentido de garantir-lhes o pleno emprego, seja no de harmonizá-las com o processo de industrialização do país”.

Malgrado as inúmeras críticas dirigidas à utilização do termo “Política Agrícola” pelo legislador ordinário, porquanto restrito a apenas uma das atividades desenvolvidas no campo, a Constituição Federal de 1998 manteve a expressão no Capítulo III, Título VII de seu texto (“Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária”).

Por outro lado, verifica-se que a Lei Fundamental de 1988¹⁸⁵ estabeleceu uma Ordem Econômica apoiada na valorização do trabalho humano e na justiça social, na livre iniciativa e na defesa do meio ambiente, tripé característico do desenvolvimento sustentável (*triple bottom line*)¹⁸⁶.

A respeito das diretrizes da política agrícola ou política de desenvolvimento rural brasileira, Benedito Ferreira Marques¹⁸⁷ assevera que o art. 50 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) aponta ao disposto no art. 73 do Estatuto da Terra¹⁸⁸, destacando-se entre as medidas por ela preconizadas o crédito rural, a assistência técnica e social e o cooperativismo.

Inobstante os diversos instrumentos de implementação da política de desenvolvimento rural contemplados nas diretrizes do art. 73 do Estatuto da Terra, o crédito rural é, indiscutivelmente, o que exerce maior relevância não apenas nas políticas governamentais, mas, sobretudo, como indutor de mudança do modo de produção. Para o professor Benedito Ferreira Marques¹⁸⁹, o crédito rural está para a Política Agrícola, “como a função social está para o Direito Agrário”.

¹⁸⁴ Art. 1º, § 2º da Lei Federal n. 4.504/1964.

¹⁸⁵ Art. 170 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

¹⁸⁶ MERIDA, Carolina. O pagamento por serviços ambientais como instrumento de efetividade do desenvolvimento sustentável em Rio Verde, Goiás, 2014. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2014.

¹⁸⁷ MARQUES, Benedito Ferreira. Direito Agrário Brasileiro. 11. ed. rev. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2015.

¹⁸⁸ “**Art. 73.** Dentro das diretrizes fixadas para a política de desenvolvimento rural, com o fim de prestar assistência social, técnica e fomentista e de estimular a produção agropecuária, de forma a que ela atenda não só ao consumo nacional, mas também à possibilidade de obtenção de excedentes exportáveis, serão mobilizados, entre outros, os seguintes meios: **I** - assistência técnica; **II** - produção e distribuição de sementes e mudas; **III** - criação, venda e distribuição de reprodutores e uso da inseminação artificial; **IV** - mecanização agrícola; **V** - cooperativismo; **VI** - assistência financeira e creditícia; **VII** - assistência à comercialização; **VIII** - industrialização e beneficiamento dos produtos; **IX** - eletrificação rural e obras de infraestrutura; **X** - seguro agrícola; **XI** - educação, através de estabelecimentos agrícolas de orientação profissional; **XII** - garantia de preços mínimos à produção agrícola.” (BRASIL, 1964)

¹⁸⁹ MARQUES, Benedito Ferreira. Direito Agrário Brasileiro. 11. ed. rev. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2015, p. 153.

Ocorre que, muito embora a Lei que instituiu o crédito rural no Brasil¹⁹⁰ tenha definido como prioridades das políticas de crédito rural o estímulo ao incremento ordenado dos investimentos rurais; o custeio da produção e comercialização dos produtos; o fortalecimento econômico dos produtores rurais e o incentivo à absorção de métodos racionais de produção; historicamente privilegiou-se – tanto em quantidade de recursos financeiros disponíveis, como em custo das taxas de financiamento – as linhas direcionadas ao custeio.

Em outras palavras, as políticas públicas de crédito rural continuam direcionadas ao aumento de produção, descuidando-se das demais prioridades enumeradas no parágrafo anterior.

Acredita-se que a efetividade das diretrizes preconizadas na legislação agrária brasileira depende do comprometimento do Poder Público na implementação de políticas públicas de desenvolvimento e de financiamento rural orientadas ao desenvolvimento sustentável e à produção sustentada de alimentos, incompatíveis com o modelo de produção colonial até hoje em curso no país.

Nesse passo, as diretrizes fixadas para a política de desenvolvimento rural na legislação brasileira, aliadas aos objetivos da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas (ONU), em especial o objetivo de número 2¹⁹¹, apresentam uma abordagem capaz de solucionar os problemas históricos do modelo de produção agrícola nacional e permitir o desenvolvimento do Brasil, por meio de políticas públicas implementadas em parceria com *multistakeholders* – órgãos governamentais, setor produtivo, organizações não-governamentais e sociedade civil.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo construiu um diálogo entre Celso Furtado e Caio Prado, pensadores responsáveis por uma nova visão da formação econômica americana e conseqüentemente desvendadores da formação econômica do Brasil, os quais possibilitaram a construção do presente estudo para chegar à conclusão de que o agronegócio exercido no Brasil contemporâneo tem forte resquício de uma organização colonial explorativa.

¹⁹⁰ Lei n. 4.829, de 5 de novembro de 1965.

¹⁹¹ “Contemplando um dos principais problemas de desenvolvimento enfrentados na contemporaneidade – tanto nos países do Norte quanto do hemisfério Sul, a agenda elenca no Objetivo 2 o compromisso de “acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável” até o marco final da agenda em 2030.” (MERIDA e LIMA, 2018).

A Formação Econômica do Brasil: a Manutenção Agrícola Colonial e o Papel do Direito como Vetor de Mudança

Com a análise da história estruturada em *Formação econômica do Brasil*, *Casa grande e senzala*, *Evolução política do Brasil*, e *Raízes do Brasil*, e demais obras já referenciadas, foi possível conceber uma perspectiva contestada dos respectivos pensadores, dos resquícios do Brasil e os reflexos no agronegócio contemporâneo.

O artigo privilegiou o estudo bibliográfico juntamente com a análise de gráficos e dados que demonstram o desenvolvimento do Brasil em sua formação e na atualidade, onde se constatou que estamos apenas a repetir o modelo apreendido com os colonizadores.

Da análise doutrinária apresentou-se a premissa inicial da investigação que possibilitou concluir que as reflexões trazidas pelos pensadores são de relevante importância para compreendermos o sistema econômico atual e sobretudo a grande deficiência da organização agrícola do país.

Desta forma, conclui-se que o modelo de produção agrícola, ou seja o próprio agronegócio praticado no país é o mesmo de quinhentos anos de história, ou seja, o modelo desenvolvido pelo país pretende simplesmente atender os anseios dos grandes países consumidores, sem se preocupar com o real desenvolvimento do Brasil.

Ficou comprovado com a análise dos gráficos e dados que anualmente o Brasil bate recorde de produção de grãos, entretanto os valores alcançados pela exportação têm se mantido relativamente estáveis. Assim, constatamos que, em que pesem a grande produção, o consumo e o aumento das exportações, o valor agregado ao produto exportado tem se mantido inalterado, pois notadamente exportamos matéria-prima, cujo valor agregado é baixo, mantendo o Brasil no posto de fornecedor de matéria-prima¹⁹² desde a era colonial.

Uma das proposições apresentadas neste artigo está calcada no derrancamento agrícola colonial que assola o Brasil até a atualidade, fatores que foram determinados pela formação econômica do Brasil quando da sua colonização.

A configuração da ocupação do Brasil, uma vez que a foi abalizada pelo amadorismo, pela ocupação e exploração do que fosse possível, principalmente pela busca constante do ouro, sem o intento de povoação. O país foi colonizado mediante incoerência e instabilidade¹⁹³ no povoamento, pobreza e miséria na economia, dissolução dos costumes,

¹⁹² O processo de integração econômica dos próximos decênios, se por um lado exigirá a ruptura de formas arcaicas de aproveitamento de recursos em certas regiões, por outro requererá uma visão de conjunto do aproveitamento de recursos e fatores no país. A oferta crescente de alimentos nas zonas urbanas, exigida pela industrialização, a incorporação de novas terras e os traslados inter-regionais de mão-de-obra são aspectos de um mesmo problema de redistribuição geográfica de fatores.

¹⁹³ A forma como a agricultura se adapta a essa economia de mercado duplo é em parte responsável pela instabilidade crônica da economia brasileira. Ao manifestar-se uma alta nos preços de exportação, os fatores tendem a desviar-se do setor interno para o externo. Assim, ao mesmo tempo em que a renda dos consumidores está crescendo, a oferta de produtos agrícolas dentro do país tende a contrair-se por efeito daquele deslocamento de fatores. Como as inversões ligadas ao setor externo exigem, no caso do café, um período de

inércia e corrupção dos dirigentes leigos e eclesiásticos, tudo para atender o mercado europeu, o que permanece até o presente momento e deve se perpetuar pelos próximos séculos.

Desta forma, conclui-se, que a econômica agrícola brasileira, sustentada pelo agronegócio, necessita de políticas públicas adequadas e eficientes, que alterem o curso percorrido, tendo o direito e as políticas públicas papel de vetor na mudança dessa parcimônia colonial.

REFERÊNCIAS

- AGUILAR, Hélio Afonso Filho, SAVIANI Hermógenes Filho, 14p. http://www.anpec.org.br/sul/2013/submissao/files_I/i10c1073129539e0e8bca24d237e388d56.doc
- BLAUG, M. Teoria Económica en Retrospeccion. Fondo de Cultura, México: 1985.
- BORGES, Paulo Torminn. Institutos básicos do direito agrário. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BOURDIEU, Pierre, O Campo Científico. In Renato Ortiz, org. Pierre Bourdieu - Sociologia. São Paulo: Editora Ática, 1983. Originally published in French, 1976.
- BRASIL, IBGE. <<https://www.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 12 dez. 2017.
- BRASIL. Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4504.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- CNA, Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil. <<http://www.cnabrazil.org.br/>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

três a cinco anos para madurar, aquela transferência de fatores poderá continuar por algum tempo sem que tenha qualquer efeito sobre a oferta externa. Enquanto se mantiver elevado relativamente o nível dos preços de exportação, haverá tendência à transferência de fatores para o setor externo. Ao madurarem as inversões nesse setor, criarse muitas vezes uma situação de superprodução. A essa altura os preços do mercado interno possivelmente já terão subido suficientemente para nivelar-se aos de exportação. Ao caírem estes, tem início um processo inverso de transferência de fatores, aumentando a produção para o mercado interno na etapa em que se comprime a renda dos consumidores. Existe, assim, no setor primário da economia brasileira um mecanismo de ampliação dos desequilíbrios provenientes do exterior. Essa observação põe mais uma vez em evidência as enormes dificuldades com que depara uma economia como a brasileira para lograr um mínimo de estabilidade no seu nível geral de preços.

A Formação Econômica do Brasil: a Manutenção Agrícola Colonial e o Papel do Direito como Vetor de Mudança

CONAB. Companhia Nacional de Abastecimento. Disponível em: <http://www.conab.gov.br/conabweb/download/safra/1graos_08.09.pdf>. Acesso em: 15 out. 2017.

FURTADO, Celso Monteiro. Formação econômica do Brasil. 34. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

_____. Formação econômica do Brasil. 24. ed. São Paulo, Editora Nacional, 1991.

_____. Desenvolvimento e subdesenvolvimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1963.

_____. Obra autobiográfica, volume 3. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1997.

_____. O pensamento econômico latino-americano: entrevista de Celso Furtado a Carlos Mallorquín. In: Novos Estudos, CEBRAP, n° 41, 1995.

FREYRE, Gilberto. Casa-Grande & Senzala. Editora Record, Rio de Janeiro, 1998.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Brasília: Ed. UNB, 1963.

IGLESIAS, Francisco (org.). Caio Prado Júnior : História. São Paulo: Ática, 1982.

LEENHARDT, Jacques. *Raízes do Brasil de Sérgio Buarque de Holanda: algumas questões sobre a origem da colonização portuguesa no Brasil*. Campinas, 2002. Disponível em: http://www.unicamp.br/siarq/sbh/Raizes_do_Brasil_Jacques.pdf

MARQUES, Benedito Ferreira. Direito Agrário Brasileiro. 11. ed. rev. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2015.

MERIDA, Carolina. O pagamento por serviços ambientais como instrumento de efetividade do desenvolvimento sustentável em Rio Verde, Goiás, 2014. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2014.

MERIDA, Carolina; LIMA, Marne. ODS 2: Caminhos para a promoção da agricultura sustentável no Brasil. Disponível em: <http://portalanet.com/wp/wp-content/uploads/2018/05/Coluna-Portal-ANET_ODS-2_18.5.2018.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2018.

MDIC, Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços. Estatísticas de Comércio Exterior – Balança Comercial. Disponível em:

< <http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/estatisticas-de-comercio-exterior/balanca-comercial-brasileira-acumulado-doano?layout=edit&id=2205>>.

Acesso em: 10 nov. 2017.

PRADO JÚNIOR, Caio. Formação do Brasil contemporâneo: colônia. 12. ed. São Paulo: Brasiliense, 1972.

_____. Formação do Brasil contemporâneo: colônia. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1963.

_____. História econômica do Brasil. 28. ed. São Paulo: Brasiliense, 1983.

_____. Adendo à Revolução Brasileira. Revista Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, n. 14.

SÁ, Vera Borges de. A formação do Brasil contemporâneo por Caio Prado Júnior: contexto, epistemologia e hermenêutica de um clássico da historiografia brasileira. *SYMPOSIUM*, Pernambuco, v. 2, no 2, p. 19 – 34, dez. 1998.

SECEX - Secretaria de Comércio Exterior. Disponível em:<<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/secex/opeComExterior/impProcedimentos/sisIntComExterior.php>>. Acesso em 10 jan. 2018.

SCHAPIRO, Mario Gomes. Novos parâmetros para a intervenção do Estado na economia. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 18.

O ENCARREGADO DA PROTEÇÃO DE DADOS À LUZ DO RGPD (BREVES NOTAS)

Karenina Carvalho Tito¹⁹⁴

Resumo: Os desafios decorrentes da proteção de dados pessoais reclamam uma figura como o Encarregado de Proteção de Dados (EPD), não só para facilitar a conformidade legal com o novo Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), como também para servir de intermediário entre as autoridades de controlo, os titulares dos dados e as próprias entidades responsáveis pelo tratamento de dados pessoais.

Abstract: The challenges arising from the protection of personal data demand a figure like the Data Protection Officer (DPO), not only to facilitate legal compliance with the new General Data Protection Regulation (GDPR), but also to serve as intermediary between the supervisory authorities, the data subject and the entities responsible for processing personal data.

Palavras-chave: RGPD, EPD, tratamento, responsável pelo tratamento, funções.

Keywords: GDPR, DPO, processing, controller, tasks.

1. É uma honra poder brindar os 800 anos de história da Universidade de Salamanca com uma referência ao novo quadro normativo em matéria de proteção de dados na Europa. A aplicação das disposições do Regulamento Geral de Proteção de Dados¹⁹⁵ (RGPD) e, em especial, o papel do encarregado da proteção de dados (EPD), são evidentes desafios na sociedade europeia contemporânea. Desde logo porque o RGPD estabelece as condições essenciais para a *nomeação*, o *posicionamento* e as *funções* do EPD num novo sistema de governação de dados.

¹⁹⁴ Mestre em Ciências Jurídico-Empresariais e Doutoranda em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

¹⁹⁵ Regulamento (UE) 2016/279 do Parlamento 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, com entrada em vigor em 25 de maio de 2018.

2. Os dados pessoais só estarão em segurança se forem devidamente monitorizados e controlados de acordo com os próprios princípios relativos ao seu processamento¹⁹⁶: “licitude, lealdade e transparência”; “limitação das finalidades”; “minimização dos dados”; “exatidão”; “limitação da conservação”; e “integridade e confidencialidade”. Porém, o EPD não é pessoalmente responsável em caso de incumprimento das regras de proteção de dados. Quem as deve cumprir e responder pela sua inconformidade é sempre o *responsável pelo tratamento de dados*¹⁹⁷ – p. ex., um hospital, um laboratório farmacêutico ou uma instituição de crédito. Não é por acaso que o RGPD tem previstos mecanismos de responsabilidade civil imputáveis ao responsável pelo tratamento (ou do subcontratante¹⁹⁸) pelos danos sofridos por qualquer pessoa, bem como condições gerais para a aplicação de coimas por parte da entidade pública de controlo¹⁹⁹ 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 anterior²⁰⁰.

Sendo assim, a primeira questão está em saber se todas as entidades responsáveis pelo tratamento de dados devem ou não, obrigatoriamente, nomear um EPD.

A resposta é dada em sentido negativo. A nomeação de um EPD é apenas obrigatória para as autoridades ou organismos públicos, para as entidades cujas atividades principais controlem regulamente e sistematicamente dados pessoais em grande escala e, também, para as entidades cujas atividades principais consistem em operações em grande escala de categorias especiais de dados ou de dados pessoais relativos a condenações penais e infrações²⁰¹.

Esta resposta, no entanto, levanta alguns problemas de interpretação relativamente a conceitos vagos como “atividade principal”, “controlo regular”, “grande escala” e “categorias especiais de dados”. Vejamos.

A noção de “atividade principal” está relacionada com um tratamento de dados pessoais enquanto parte indissociável de uma determinada atividade²⁰². Por exemplo, uma empresa de segurança privada que exerce a vigilância junto de um centro comercial tem como

¹⁹⁶ Cfr. artigo 5.º do RGPD

¹⁹⁷ Nos termos do RGPD, é “«Responsável pelo tratamento», a pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, a agência ou outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outras, determina as finalidades e os meios de tratamento de dados pessoais; sempre que as finalidades e os meios desse tratamento sejam determinados pelo direito da União ou de um Estado-Membro, o responsável pelo tratamento ou os critérios específicos aplicáveis à sua nomeação podem ser previstos pelo direito da União ou de um Estado-Membro”.

¹⁹⁸ É comum que os dados sejam tratados por terceiros subcontratados.

¹⁹⁹ Por exemplo, em Portugal a autoridade administrativa é a Comissão Nacional de Proteção de Dados, *em Espanha é a “Agencia Española de protección de datos”*.

²⁰⁰ Cfr. arts. 82.º e 83.º do RGPD

²⁰¹ Cfr. art. 37.º, n.º1, do RGPD

²⁰² Cfr. considerando (97) do RGPD

principal atividade uma vigilância indissociável do tratamento de dados; ou um hospital, embora com uma atividade principal relacionada com a prestação de cuidados de saúde, tem indissociavelmente que proceder ao tratamento dos registos de saúde dos doentes²⁰³. Nestes casos, deve ser designado um EPD.

Quanto ao conceito de “controlo regular e sistemático”, tem sido entendido como uma controlo contínuo, repetido, constante ou periódico, que ocorre de acordo com um sistema, organizado, realizado no âmbito de um plano geral de recolha de dados ou de uma estratégia²⁰⁴. São exemplos manifestos de um tal tipo de controlo o realizado por uma rede de telecomunicações, por programas de localização através de aplicações móveis, por aparelhos de controlo de dados relativos à condição física ou de saúde, ou até por sistemas informáticos de automóveis inteligentes.

Já no que diz respeito ao tratamento de dados realizado “em grande escala”, implica considerar o número de titulares dos dados, o volume dos dados, a duração da atividade de tratamento e o próprio âmbito geográfico²⁰⁵. São os casos do tratamento de dados dos clientes no exercício das atividades das companhias de seguro ou de uma instituição de crédito ou o tratamento para fins de publicidade comportamental realizado por um motor de busca.

É ainda essencial ter presente que as “categorias especiais de dados” dizem respeito à origem racial ou étnica, às opiniões políticas, às convicções religiosas ou filosóficas, ou à filiação sindical, bem como aos 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 pessoa²⁰⁶.

Estas são algumas situações e noções que podem justificar a nomeação obrigatória de um EPD.

3. Mesmo que esteja em causa a nomeação facultativa e voluntária de um EPD, a entidade responsável pelo tratamento de dados deve-lhe facultar todas as condições necessárias ao desempenho das suas funções²⁰⁷. O adequado *posicionamento* do EPD na entidade responsável pelo tratamento de dados garante a organização e o cumprimento legal do RGPD, permitindo auxiliar, informar e recomendar todas as pessoas à sua volta, desde gerentes a trabalhadores, no exercício das funções de *compliance*. Por esse motivo, o mesmo

²⁰³ Exemplos em Grupo de Trabalho do Artigo 29.º do RGPD

²⁰⁴ Cfr. Grupo de Trabalho do Artigo 29.º do RGPD

²⁰⁵ Cfr. considerando (91) do RGPD

²⁰⁶ Nos termos do disposto no artigo 9.º do RGPD

²⁰⁷ Cfr. art. 38.º, n.º1, RGPD

reclama um apoio ativo às suas funções, tempo necessário ao desempenho das tarefas, recursos financeiros, equipamentos, acesso aos serviços e, do mesmo modo, formação contínua²⁰⁸. Só desse modo poderá existir uma convergência de objetivos nas questões relacionadas com a proteção de dados pessoais.

Por outro lado, é necessário assegurar a sua *independência*. O EPD poderá ser um colaborador interno da entidade ou um consultor externo²⁰⁹, mas deverá ser, em todo o caso, alguém independente. Os responsáveis pelo tratamento não devem transmitir-lhe instruções, não devem destituí-lo ou penalizá-lo, assim como não devem atribuir-lhe um cargo dentro da organização que resulte num *conflito de interesses*²¹⁰. Por exemplo, será susceptível de gerar situações de incompatibilidade o encarregado que tem um cargo de gestão superior na entidade responsável pelo tratamento, como seja diretor executivo ou diretor informático, pois não é conveniente que se proceda à fiscalização e, ao mesmo tempo, à decisão das finalidades e dos meios do tratamento dos dados pessoais.

Para além do dever de independência e de não poder estar sujeito a um eventual conflito de interesses, o encarregado está vinculado à obrigação de *sigilo ou de confidencialidade* no exercício das suas funções, o que é importante no âmbito das suas competências de comunicação com trabalhadores e com o público em geral²¹¹.

O bom posicionamento do EPD depende igualmente do seu nível de conhecimentos na área de atividade da entidade responsável pelo tratamento dos dados, assim como na área do direito e das próprias práticas de proteção de dados²¹². Ou seja, não só deve ter conhecimento das próprias operações de tratamento efetuadas e das tecnologias de informação e da segurança dos dados, como também conhecimento do setor empresarial e da própria organização da entidade. Pelo que o EPD deve ser escolhido de uma forma criteriosa, tendo em conta as particularidades de proteção levantadas no âmbito da concreta organização. Portanto, para um exercício de controlo adequado e efetivo por parte do EPD são também importantes as suas competências e conhecimentos, nomeadamente o nível de especialização, as qualidades profissionais e a capacidade para desempenhar as suas funções.

4. O que nos remete para a próxima questão: quais são as funções do EPD²¹³?

²⁰⁸ Cfr. art. 38.º, n.º2, RGPD

²⁰⁹ Cfr. 37.º, n.º6, RGPD

²¹⁰ Cfr. art. 38.º, n.ºs 3 e 6, RGPD

²¹¹ Cfr. artigo 38.º, n.º5, RGPD

²¹² Cfr. art. 37.º, n.º5, RGPD

²¹³ Cfr. art. 39.º do RGPD.

As funções do EPD podem ser pensadas a partir da interseção entre o titular dos dados pessoais, o responsável pelo tratamento e a entidade pública de controlo. A partir daqui, diríamos que a sua principal função é a de controlar o cumprimento das regras previstas no RGPD²¹⁴.

Em primeiro lugar, para que isso seja possível, o encarregado terá de recolher todas as informações para identificar as atividades de tratamento realizadas pelo responsável. Como já vimos, a recolha, o registo, a organização, a conservação, a consulta e a utilização de dados, entre outras atividades, constituem uma operação de tratamento. Com efeito, o fornecimento de dados pessoais acontece em todos os contextos de vida: abrir uma conta bancária, comprar uma viagem de avião na internet, elaborar uma ficha-cliente num hospital, controlar a atividade de um trabalhador por via do seu computador, utilizar um sistema de câmaras na autoestrada, aceitar os termos ou condições de um produto ou serviço ou, simplesmente, facultar uma cópia do cartão de cidadão. Então, o EPD deve saber-fazer um levantamento e mapeamento, com precisão, dos vários tipos de tratamento de dados realizados pela respetiva entidade responsável.

Este procedimento também implica identificar as diferentes categorias dos dados pessoais. Para além das já referidas “categorias especiais de dados”, há ainda os próprios “dados pessoais” e os “dados excluídos”. Na verdade, o legislador optou por um conceito bastante amplo de “dados pessoais”, podendo abranger qualquer informação, de qualquer natureza, independentemente do seu suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável²¹⁵: nome, morada, e-mail, estado civil, idade, etc. Por seu turno, os “dados excluídos” são aqueles que se encontram fora do âmbito de aplicação do regulamento, por vários motivos²¹⁶: ou porque não têm qualquer ligação à atividade profissional ou comercial (p. ex., quando uma pessoa realiza uma operação na lista de contactos do seu telemóvel); ou porque está em causa um tratamento no âmbito do exercício de atividades que dizem respeito à política externa e segurança nacional de um Estado-Membro; ou até porque se tratam de dados “anonimizados”, isto é, dados que não podem voltar a ser identificados ou identificáveis.

Em segundo lugar, o encarregado deverá analisar e verificar a conformidade das atividades de tratamento. Aliás, o EPD deve ter uma *abordagem baseada no risco* que implica

²¹⁴ Cfr. considerando (97) do RGPD

²¹⁵ Cfr. 4.º, 1), RGPD

²¹⁶ Cfr. considerando (16) do RGPD

considerar os riscos associados às operações de tratamento, considerando a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades desse mesmo tratamento²¹⁷.

Poderá questionar, por um lado, acerca da licitude do tratamento dos dados pessoais, enquadrada no seu próprio fundamento, ou seja, considerando as questões “o titular deu o seu consentimento?”, “executa-se um contrato ou uma diligência pré-contratual?”, “cumpre-se uma obrigação jurídica?”, “defendem-se interesses legítimos do titular dos dados ou de outra pessoa singular?” e “defendem-se interesses legítimos do responsável pelo tratamento ou por terceiros?”.

Por outro lado, poderá questionar se foi ou não facultada determinada informação ao titular dos dados, nomeadamente em relação ao prazo de conservação dos dados, à existência do direito de acesso, retificação ou apagamento, à existência do direito de se opor ao processamento ou de retirar o consentimento, ao direito de não sujeição a decisão automatizadas, ao direito à portabilidade dos dados, ao direito ao conhecimento da violação dos dados ou ao direito a reclamar à autoridade administrativa.

Em terceiro lugar, com estas e outras questões, o EPD poderá prestar informações, conselhos ou recomendações ao responsável pelo tratamento²¹⁸. E isto inclusivamente no que diz respeito à *avaliação de impacto* sobre a proteção de dados: se deve ou não ser realizada, qual a metodologia a seguir, se foi ou não corretamente efetuada e se os resultados estão ou não em conformidade com o RGPD.

5. Precisamente com vista a cumprir todas as orientações legais relacionadas com o tratamento, as organizações devem realizar uma “avaliação de impacto” do tratamento de dados para os direitos, liberdades e garantias das pessoas singulares. Deste modo, *antes de se iniciar o tratamento*, o EPD avaliada a origem, a natureza, a particularidade, a gravidade e a probabilidade dos riscos inerentes à própria finalidade do tratamento²¹⁹. Estes riscos implicam não só reflexos econômicos e jurídicos, como também reflexos na reputação comercial das empresas.

As devidas diligências de avaliação de impacto *estão previstas como obrigatórias 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”, ou nas operações que revelem dados pessoais relacionados com*

²¹⁷ Cfr. 39.º, n.º 2, RGPD

²¹⁸ Cfr. 39.º, n.º1, al.c) RGPD

²¹⁹ Cfr. considerandos (84) e (90) do RGPD

condenações penais ou outras determinadas infrações; e no caso de controle sistemático de zonas acessíveis ao público em grande escala²²⁰.

6. Outras importante funções atribuíveis ao EDP podem ser elencadas, nomeadamente no que diz respeito à cooperação com a autoridade de controlo²²¹ e à conservação do registo de atividades, isto é, a implementação de registos probatórios do cumprimento das normas comunitárias com todas as informações necessárias²²².

7. Há ainda outros importantes aspetos nos quais o EPD está preparado para assistir o responsável pelo tratamento de dados. São os casos do aconselhamento no âmbito da “privacidade desde a concepção” (*privacy by design*) e da “privacidade por defeito” (*privacy by default*).

Os responsáveis pelo tratamento dos dados devem adotar medidas e orientações internas que respeitem a proteção de dados *desde a sua concepção*²²³. Ou seja, na criação dos serviços e produtos com pressupostos de processamento de dados, terá que ser imediatamente considerado o direito subjetivo à proteção de dados pessoais. A isto corresponde a “*privacidade desde a concepção*”.

*Nesse sentido, no momento de definição dos meios de tratamento e no momento do próprio tratamento, devem ser implementadas medidas técnicas e organizativas destinadas a aplicar com eficácia os princípios da proteção de dados, assegurando a proteção dos direitos das pessoas em causa*²²⁴. Por exemplo, as etiquetas que incorporem microchips e armazenem informações pessoais devem conter comandos de interrupção e utilizar criptografia, ou seja, linguagem codificada²²⁵. Mas, pelo contrário, poderá violar as boas práticas desde a concepção uma política de privacidade de uma empresa que tenha potencial para livremente partilhar com entidades terceiras, para fins comerciais, os dados pessoais fornecidos pelo utilizador.

Igualmente, a “privacidade por defeito” tem uma importante incidência na defesa dos direitos e liberdades das pessoas singulares relativamente ao tratamento dos seus dados pessoais. Significa isto que só devem ser recolhidos os dados pessoais que forem necessários para cada finalidade específica do tratamento, isto é, limitados ao estritamente necessário, bem como significa que não devem ser conservados para além da duração mínima necessária²²⁶.

²²⁰ Cfr. art. 34.º do RGPD

²²¹ Cfr. art. 39.º, n.º1, als. d) e) do RGPD

²²² Cfr. art. 30.º do RGPD

²²³ Cfr. (78) dos considerandos do RGPD

²²⁴ 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).

²²⁵ Cfr. Parecer da Autoridade Europeia para a Proteção de dados sobre a promoção da confiança na sociedade da informação através do reforço da proteção dos dados e da privacidade (2010/C 289/01), ponto 59.

²²⁶ Cfr. *Recomendação da Comissão Europeia de 10 de outubro de 2014 (2014/724/EU)*, n.º2, al. e); é o que também decorre do disposto do artigo 25.º do RGPD

Na verdade, como já existe uma lógica de privacidade desde a concepção, as próprias configurações e exigências iniciais de privacidade estão *por defeito* e automaticamente presentes nos produtos ou serviços. 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 jovens²²⁷. De acordo com um inquérito realizado para a Comissão Europeia, “*um quarto das crianças que utilizam sítios de redes sociais, como Facebook, Hypes, Tuenti, Nasza-Klasa SchuelerVZ, Hi5, Iwin 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.*”.

8. É tempo de concluir estas breves notas. Muito se tem escrito acerca do perfil do EPD, sobre se deve ser um jurista, se deve ter conhecimentos de informática ou se deve ter prática na proteção de dados, mas parece que a resposta é que deve ter qualificações necessárias para cumprir a sua missão no caso concreto, em compromisso com regras legais e deontológicas. As suas funções de controle, informação, aconselhamento e cooperação, devem ter em conta os riscos associados às operações de tratamento, designadamente o seu âmbito, contexto e finalidades. Assim, o EPD tem necessariamente deveres específicos de resposta e contato com os titulares dos dados, de alertar a organização para os riscos do tratamento, de cooperar com a autoridade administrativa de controlo, de sigilo, confidencialidade e, também, independência.

Esta é sem dúvida uma figura incontornável que faz parte dos novos desafios de proteção de dados pessoais na sociedade contemporânea.

²²⁷ Cfr. IP/11/479, Bruxelas, 18 de Abril de 2011.

ACESSO À EDUCAÇÃO E RENDIMENTO SOCIAL DE INSERÇÃO: EFEITOS NA ESCOLARIZAÇÃO DAS CRIANÇAS E JOVENS CIGANOS

Daniel Fernandes Gomes²²⁸

Resumo: Os direitos sociais correspondem a uma conquista recente relacionada com a intenção promover a igualdade e a dignidade humana de todas as pessoas. Entre esses direitos, o direito à educação escolar surge como um direito social básico e promotor de outros direitos fundamentais. Em Portugal, entre os menores que não acedem plenamente a este direito, encontra-se um número considerável de crianças e jovens ciganos. Não acedem em pleno a um bem social básico e, conseqüentemente, as suas condições de inclusão social são afetadas. Neste contexto, a Rendimento Mínimo Garantido e o Rendimento Social de Inserção, enquanto apoios sociais, têm-se constituído como meios de promoção dos níveis educacionais destas crianças e jovens, em particular, devido à pressão exercida pelos programas de inclusão que acompanham a prestação social pecuniária. No entanto, 20 anos após a adoção destes programas, a situação educacional destas crianças e jovens ainda não é satisfatória, exigindo-se a educação de medidas mais eficazes que promovam o acesso e o sucesso escolar.

Palavras-Chave: Educação; Inclusão Social; Políticas Públicas; Crianças e Jovens Ciganos.

ACCESS TO EDUCATION AND THE SOCIAL INCLUSION INCOME: THE EFFECTS ON THE EDUCATIONAL LEVELS OF ROMA CHILDREN AND YOUTH

Abstract: Social rights are a contemporary achievement interconnected with the promotion of equality and human dignity. In this context, the right to education constitutes a basic social right that promotes other constitutional rights. In Portugal, among those that access deficiently to education, there is a considerable number of Roma children and youth. They do not access fully to a basic social good and, consequently, the significant chances for social inclusion are reduced. In this sense, the Minimum Guaranteed Income and the Social Inclusion Income is contributing to improve the educational levels of these children, mainly due to the pressure exerted by the inclusion programs that accompany the social benefits

²²⁸ Doutorando em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Bolseiro da Fundação para a Ciência e a Tecnologia. Investigador do CEDIS – Centro de I&D sobre Direito e Sociedade (FDUNL); e do IJP – Instituto Jurídico Portucalense (UPI).

attributed. Nevertheless, 20 years after the adoption of these programs, the educational situation of these children and youth is still not satisfactory. As a result, more effective measures must be considered to promote educational access and success among these students.

Keywords: Education; Public Policies; Roma Children and Youth; Social Inclusion.

Sumário: 1. Introdução. 2. Direito à educação. 3. Acesso à educação escolar por parte das crianças e jovens ciganas. 4. O Rendimento Social de Inserção. 5. Os efeitos do Rendimento Social de Inserção na escolarização das crianças e jovens ciganos. 6. Caminhos a percorrer... 7. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

As questões relativas à inclusão/integração dos Ciganos são sensíveis e complexas, dependendo da conjugação de múltiplos fatores e da compreensão de vários indicadores históricos, sociais e culturais. Em relação a Portugal, estima-se que os primeiros grupos de Ciganos tenham chegado durante a segunda metade do séc. XV²²⁹ sendo que, apesar da longevidade da sua presença, tende a prevalecer uma realidade significativa de afastamento e exclusão social, em relação à qual não é indiferente o acesso deficitário a bens sociais fundamentais, como o direito à educação escolar.

Neste sentido, ainda que não se trate de uma realidade recente, foi sobretudo com a aprovação da Estratégia Nacional para a Integração das Comunidades Ciganas (2013-2020) que estas questões passaram a merecer atenção política significativa e se aprovaram medidas de política social em específico para a integração/inclusão dos Ciganos portugueses²³⁰. Tal não implica, porém, que ao longo dos últimos anos, qualquer cigano português, como os

²²⁹ Inter alia, Eduardo Maia Costa, “Os Ciganos Em Portugal: Breve História de Uma Exclusão,” in *O Povo Cigano, Cidadãos Na Sombra*, ed. Luiza Cortesão e Fátima Pinto (Porto: Afrontamento, 1995), 13; Olímpio Nunes, *O Povo Cigano*, ed. Olímpio Nunes e Obra Nacional da Pastoral dos Ciganos, 2^a ed., 1996, 74; Elisa Maria Lopes da Costa, “Contributos Para O Conhecimento Da História E Da Cultura Do Povo Cigano Em Portugal (Séculos XV-XX),” in *Minorias Étnicas E Religiosas Em Portugal: História E Actualidade. Actas Do Curso de Inverno.*, ed. Guilhermina Mota (Coimbra: Instituto de História Económica e Social da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 2003), 319.

²³⁰ Alto Comissariado para a Imigração e Diálogo Intercultural (ACIDI) e Governo de Portugal, “Estratégia Nacional Para a Integração Das Comunidades Ciganas 2013-2020”, https://www.acm.gov.pt/documents/10181/52642/enicc_ACM.pdf/42f8ef57-8cd7-4118-9170-9fcd9bc53ec2

demais cidadãos, não pudesse usufruir e beneficiar de medidas e políticas públicas destinadas a toda a população²³¹.

Neste contexto, entre as diversas políticas públicas nacionais que foram adotadas desde o início dos anos 90, uma parte significativa incidiu e procurou contribuir para a melhoria dos níveis de educação escolar da população portuguesa²³², pressupondo a universalização da educação básica e a promoção do sucesso educativo de todos, em particular das crianças e jovens em risco de exclusão social e escolar²³³. A este nível, a promoção do acesso escolar das crianças e jovens oriundas de contextos socialmente mais desfavorecidos, como muitas crianças e jovens ciganos, não é um objetivo associado apenas à adoção de políticas públicas dirigidas à educação, mas também a políticas sociais mais abrangentes, como o Rendimento Social de Inserção (RSI), anteriormente designado Rendimento Mínimo Garantido (RMG).

Ao longo deste estudo, as questões acima referidas serão discutidas de forma mais detalhada. Dessa forma, partiremos de considerações sobre o direito à educação escolar enquanto norma e sobre a sua influência no acesso a outros direitos fundamentais e sobre o futuro socioprofissional de todas as crianças e jovens. De seguida, teceremos algumas considerações sobre o acesso à educação escolar por parte de crianças e jovens ciganos, acesso reduzido e deficitário, embora mais prolongado atualmente do que noutros anos. Enquanto medidas de apoio social que têm sido requeridas de forma significativa por ciganos portugueses e que revelam potenciais efeitos positivos sobre a escolarização das crianças e jovens integradas nas famílias apoiadas, analisaremos sucintamente os apoios sociais designados por Rendimento Mínimo Garantido (RMG) e Rendimento Social de Inserção (RSI), este último atualmente em vigor e que nos merecerá maior atenção. Neste contexto, referir-nos-emos aos efeitos que estes apoios sociais têm tido na escolarização mais prolongada das crianças e jovens ciganos, sem deixar de analisar, a título de considerações finais, algumas questões conexas e relativas à incompletude destes apoios enquanto medidas promotoras da inclusão social e, em particular, do acesso e sucesso escolar destas crianças e jovens.

²³¹ Olga Magano e Maria Manuela Mendes, “Ciganos E Políticas Sociais Em Portugal,” *Sociologia, Revista Da Faculdade de Letras Da Universidade Do Porto* (2014): 20; Manuela Mendes, Olga Magano, e Pedro Candeias, *Estudo Nacional Sobre as Comunidades Ciganas* (Lisboa: Alto Comissariado para as Migrações, 2014), 33.

²³² Magano e Mendes, “Ciganos E Políticas Sociais Em Portugal,” 24–29; Mendes, Magano, e Candeias, *Estudo Nacional Sobre as Comunidades Ciganas*, 34–35, 41–46.

²³³ *Ibid.*, 41.

2. Direito à educação

O Direito à educação, consagrado na Constituição da República Portuguesa de 1976, é um direito social basilar que deve ser garantido, sem discriminação, a todas as crianças e jovens. Assim, enquanto direito que deverá assumir um carácter universal, a Lei Fundamental Portuguesa, no art.º 73, determina que “todos têm direito à educação e à cultura”, acrescentado que ao Estado compete promover “a democratização da educação e as demais condições para que a educação, *realizada através da escola e de outros meios formativos*, contribua para a igualdade de oportunidades, a superação das desigualdades económicas, sociais e culturais, o desenvolvimento da personalidade e do espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade, para o progresso social e para a participação democrática na vida coletiva” (n.º2)²³⁴.

Deste modo, o direito à educação poderá ser associado não só ao objetivo de “realização da democracia económica, social e cultural” e ao “aprofundamento da democracia participativa” (cf. art.º 2 da CRP), mas também à promoção da igualdade real entre todos os portugueses e à transformação da sociedade e das suas estruturas económicas e sociais (art.º 9 d) da CRP). Uma referência explícita à interdependência entre o direito à educação, enquanto direito social basilar, e a igualdade no seu sentido material, de oportunidades, da promoção da igual dignidade social de todos²³⁵.

Nos termos até agora expostos, o direito à educação surge como um direito fundamental em si, mas também como um “dos lugares naturais de aplicação, consolidação e expansão dos direitos humanos”²³⁶. Direito promotor de cidadania, de mobilidade social e de combate às desigualdades existentes²³⁷. Por outras palavras, um “direito de empoderamento”²³⁸ social.

²³⁴ Itálico nosso. No ordenamento jurídico português, por receção do direito internacional, europeu e da união europeia, e também por desenvolvimento legislativo, o direito à educação encontra-se igualmente previsto, em moldes muito similares, no art.º 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH); no art.º 13 do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC); nos art.º 28 e 29 da Convenção da ONU sobre o Direito das Crianças; no art.º 17 da Carta Social Europeia (revista); no art.º 14 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE); e também na Lei n.º46/86, que estabelece as Bases do Sistema Educativo, em particular no art.º 2 n.º1.

²³⁵ Cf. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional E Teoria Da Constituição*, 7ª (Coimbra: Almedina, 2004), 430.

²³⁶ Carlos Estêvão, “Direito À Educação: Para Uma Educação Amiga E Promotora de Direitos,” 1999, 5, http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/carlos_estevao/estevao_direito_educacao_amiga_promotora.pdf.

²³⁷ Cf. Canotilho e Moreira, *Constituição Da República Portuguesa Anotada - Vol. I*, 889.

²³⁸ Comité dos direitos económicos, sociais e culturais, “CESCR General Comment No 13: The Right to an Education (Art. 13) - (Contained in Document E/C.12/1999/10),” 1999, parágrafo 1, <http://www.refworld.org/pdfid/4538838c22.pdf>.

Entre as diversas componentes educativas que caracterizam o direito à educação, a proteção do ensino ou da educação escolar é reforçada no texto constitucional em artigo próprio (art.º 74), mediante a atribuição a todos de um “direito ao ensino com garantia do direito à igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar” (n.º1)²³⁹. De novo, é assinalada a proximidade e interdependência entre o direito à educação e o princípio da igualdade, não só numa dimensão formal, pela universalidade do acesso à educação escolar, mas também numa dimensão material, pela garantia da “igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar”.

Garantia de igualdade de oportunidades que, pela valorização social conferida aos saberes escolares e académicos, é, de facto, fundamental para o futuro e integração socioprofissional de todas as crianças e jovens²⁴⁰, devendo constituir-se como prioridade não só para as famílias, mas também no âmbito da ação estadual.

Deste modo, às famílias, primeiras responsáveis pela educação dos menores, são atribuídos os deveres de acompanhamento no cumprimento das obrigações que sobre estes recaem enquanto alunos. Desde logo, é dever das famílias incentivar e garantir o cumprimento da escolaridade obrigatória pelos seus educandos (art.º 4 da Lei n.º 51/2012; art.º 2 da Lei n.º 85/2009), garantido também o cumprimento dos deveres definidos no art.º 10 do Estatuto do Aluno dos Ensinos Básico e Secundário (Lei n.º3/2008), nomeadamente, os deveres de assiduidade e pontualidade (art.º 10 b) e 13).

Paralelamente, no âmbito da missão que social e juridicamente lhe é confiada, o Estado português, enquanto protetor da família (“elemento fundamental da sociedade”) e garante da educação de todos os cidadãos, deverá, nos termos do art.º 67 n.º2 c) da CRP, cooperar com os pais na educação dos seus filhos, por exemplo, através da criação de condições que assegurem o ensino básico universal, obrigatório e gratuito [art.º 74 n.º2 a) da CRP; art.º 6 n.º1 da Lei 46/86]. Entre outras: a criação de uma rede pública de escolas (art.º 75 n.º1 da CRP); a contratação de um corpo de docentes suficiente; e a adoção de medidas de combate ao insucesso escolar. Uma ação de cooperação e complemento, mas não de substituição dos pais na tarefa educativa²⁴¹.

Não obstante, porque na educação dos seus filhos os pais assumem não um direito propriamente dito, mas um poder-dever, o art.º 69 n.º1 da CRP atribui às crianças e jovens

²³⁹ Vide ainda art.º 2 n.º2 da Lei n.º 46/86, Bases do Sistema Educativo.

²⁴⁰ Cf. Eduardo Costa Dias et al., *Comunidades Ciganas: Representações E Dinâmicas de Exclusão/integração*, Olhares (Lisboa: Alto Comissariado para a Imigração e Minorias Étnicas, 2006), 21; Mendes, Magano, e Candeias, *Estudo Nacional Sobre as Comunidades Ciganas*, 15–17.

²⁴¹ Cf. também neste sentido: Miranda e Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada - Tomo I: Introdução Geral; Preambulo; Artigos 1.º a 79.º*, 831.

“o direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições”. Em particular no contexto deste estudo, pela importância do direito à educação escolar para o desenvolvimento integral de todas crianças e jovens, exige-se ao Estado, sempre que tal se revele necessário, no superior interesse dos menores, que, para além da cooperação com as famílias, os proteja contra as ações que limitem o acesso à escola, adotando práticas e medidas de combate ao abandono e insucesso escolar nesse sentido. Dessa forma, o Estado português assume-se como verdadeiro garante do “direito à igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar” (art.º 74 n.º1 da CRP).

3. Acesso à educação escolar por parte das crianças e jovens ciganos

Apesar das melhorias verificadas ao longo dos últimos anos²⁴², e de algumas singularidades de prolongamento escolar que contrariam a tendência mais comum²⁴³, os estudos e dados existentes são unânimes relativamente aos altos níveis de analfabetismo e absentismo escolar, associados a insucesso e a abandono escolar precoce entre as crianças e jovens ciganos²⁴⁴. Em particular entre as mulheres e meninas ciganas, esta realidade é ainda mais significativa, existindo mais mulheres do que homens sem saber ler e escrever; níveis de escolaridade mais baixos entre as mulheres ciganas; e um abandono escolar mais precoce entre as meninas e jovens ciganas, normalmente após o ensino primário²⁴⁵. Tendencialmente, “as raparigas sofrem uma pressão maior para sair da escola porque as turmas são mistas e as famílias não gostam que, numa fase de início da adolescência, elas possam conviver com rapazes, sobretudo não ciganos e sem a supervisão de adultos, quer ciganos, como não ciganos de sua confiança”²⁴⁶.

Não obstante, apesar de os rapazes permanecerem mais tempo na escola, é pouco frequente passarem do 6.º ano (2.º ciclo do ensino básico)²⁴⁷, raramente completando a

²⁴² Mendes, Magano, e Candeias, *Estudo Nacional Sobre as Comunidades Ciganas*, 16.

²⁴³ *Ibid.*, 82, 93.

²⁴⁴ Dias et al., *Comunidades Ciganas: Representações E Dinâmicas de Exclusão/integração*, 61; Tiago Santos et al., *Research Survey on Migrants' Experiences of Racism and Discrimination in Portugal* (Porto Salvo: Númena - Centro de Investigação em Ciências Sociais e Humanas, 2009), 37–38, 40; Mendes, Magano, e Candeias, *Estudo Nacional Sobre as Comunidades Ciganas*, 81, 95–96, 172.

²⁴⁵ Dias et al., *Comunidades Ciganas: Representações E Dinâmicas de Exclusão/integração*, 61; Mendes, Magano, e Candeias, *Estudo Nacional Sobre as Comunidades Ciganas*, 15, 172–73.

²⁴⁶ *Ibid.*, 81–82.

²⁴⁷ *Ibid.*, 81, 173.

escolaridade obrigatória, atualmente fixada no 12º ano de escolaridade ou até ao momento em que se atinge a maioridade (art.º 2 da Lei 85/2009). Numa tendência comum, “a frequência escolar vai diminuindo à medida que a criança se aproxima da adolescência”²⁴⁸.

Em todo o caso, tratando-se de um quadro pouco animador, os dados mais recentes apontam para uma realidade em evolução e transformação. De acordo com esses dados, os mais novos estudam até um pouco mais tarde do que a geração dos seus pais, passando de uma situação de analfabetismo e de abandono escolar no final do 1º ciclo para uma frequência bem mais significativa no 2º ciclo. Nesse sentido, e apesar de serem raros os casos em que as crianças e jovens ciganos completam o ensino obrigatório, são cada vez mais os exemplos de prolongamento escolar no 3º ciclo do ensino básico, no ensino secundário e no ensino superior²⁴⁹. Por fim, há também “cada vez mais mulheres ciganas que continuam a sua trajetória escolar através de programas de educação alternativos”²⁵⁰.

Ainda assim, importa sublinhar que, mesmo reconhecendo o impacto positivo das melhorias verificadas, são inúmeros e muito significativos os casos de crianças e jovens ciganos que não cumprem a escolaridade obrigatória. Situação de abandono escolar que, preocupando e sendo assinalada por diversos atores, surge amplamente referenciada como resultado de uma incompatibilidade entre a frequência escolar e a vivência cultural e quotidiana destas crianças e jovens²⁵¹.

Por conseguinte, não só, mas também pelo número significativo de crianças e jovens que se encontram em situação de incumprimento, consideramos que são prementes as questões relativas à escolarização das crianças e jovens ciganos. Sem os mesmos níveis de escolaridade, estas crianças e jovens, futuros adultos, estarão sempre em desvantagem no acesso ao emprego e a outras formas de participação na vida em sociedade²⁵², sendo que, pela desvantagem nestes domínios, também as possibilidades de promoção da integração social e combate à exclusão social são condicionadas.

Desta forma, reconhecendo que a educação escolar é, de facto, um meio privilegiado para o empoderamento e a integração social²⁵³, concluímos que a promoção do acesso a este

²⁴⁸ Cf. *Ibid.*, 173–74.

²⁴⁹ *Inter alia*, Dias et al., *Comunidades Ciganas: Representações E Dinâmicas de Exclusão/Integração*, 29–32, 61–63; Mirna Montenegro, “Aprender a Ser Cigano, Hoje: Empurrando E Puxando Fronteiras” (Universidade de Lisboa, 2012), 274–75, <http://hdl.handle.net/10451/7994>; Mendes, Magano, e Candeias, *Estudo Nacional Sobre as Comunidades Ciganas*, 92, 99–100.

²⁵⁰ *Ibid.*, 16.

²⁵¹ *Ibid.*, 92.

²⁵² Cf. *Ibid.*, 15, 17.

²⁵³ Cf. Comité Consultivo para a Convenção-Quadro para a Protecção das Minorias Nacionais, “Commentary on Education under the Framework Convention for the Protection of National Minorities (ACFC/25DOC(2006)002),” 2006, 30, <https://rm.coe.int/16800bb694>; Subcomissão para a Igualdade de Oportunidades e Família Portugal. Comissão Parlamentar de Ética Sociedade e Cultura, “Relatório Das

bem entre as crianças e jovens ciganos é uma obrigação moral e política, que deverá responsabilizar, conjuntamente, as famílias e o Estado nas suas múltiplas vestes, sujeito à garantia e prossecução dos objetivos constitucionais acima assinalados.

4. O Rendimento Social de Inserção

“Por forma a assegurar aos indivíduos e seus agregados familiares recursos que contribuam para a satisfação das suas necessidades mínimas e para o favorecimento de uma progressiva inserção social e profissional” (art.º 1º), foi criado, pela Lei n.º 19-A/96, o Rendimento Mínimo Garantido (RMG), prestação do regime não contributivo da segurança social - pecuniária, de montante variável e carácter temporário – à qual se associava um programa de inserção social a ser seguido pelos beneficiários da prestação e respetivos membros do agregado familiar. Uma medida e política de coesão social, destinada sobretudo àqueles que reunissem baixas qualificações escolares e profissionais e uma fraca ou nula integração no mercado de trabalho²⁵⁴.

Em 2003, o RMG, previsto na Lei n.º 19-A/96, foi revogado, tendo sido criado em seu lugar, pela Lei n.º 13/2003, o Rendimento Social de Inserção (RSI). Desde a sua criação, o RSI manteve-se como prestação de apoio à inserção social, pese embora se tenham verificado, ao longo dos anos, alterações à legislação que cria esta prestação e aos critérios de atribuição e usufruto da mesma. A alteração mais recente foi suscitada pelo decreto-Lei n.º 126-A/2017, sendo que, de acordo com a versão mais atualizada da Lei n.º 13/2003, o RSI “consiste numa prestação incluída no subsistema de solidariedade e num programa de inserção por forma a assegurar às pessoas e seus agregados familiares recursos que contribuam para a satisfação das suas necessidades mínimas e para o favorecimento de uma progressiva inserção social, laboral e comunitária” (art.º 1). Uma descrição muito semelhante à adotada em 1996, na criação do RMG.

Para poderem usufruir deste apoio social, os requerentes deverão cumprir as condições de atribuição previstas nos art.º 4 e 6 da Lei n.º 13/2003 e ser aceites pelas entidades competentes. Em caso de aceitação, os beneficiários do RSI receberão uma prestação pecuniária, de natureza transitória e variável em função do rendimento e da composição do

Audições Efectuadas Sobre Portugueses Ciganos No Âmbito Do Ano Europeu Para O Diálogo Intercultural,” 2009, 24, <http://www.parlamento.pt/sites/COM/Paginas/DetailheNoticia.aspx?BID=2622>.

²⁵⁴ Cf. Sofia Aurora Rebelo Santos, “O Rendimento Social de Inserção E Os Beneficiários Ciganos: O Caso Do Concelho de Faro” (Universidade do Algarve, 2013), 44.

agregado familiar (art.º 2 da Lei nº 13/2013). Prestação entregue como forma de acautelar uma situação, mais ou menos gravosa, de insuficiência económica, permitindo a satisfação das necessidades básicas dos membros do agregado familiar e a sua progressiva inserção socioprofissional.

A esta prestação pecuniária é associada um “contrato de inserção que integra um conjunto articulado e coerente de ações, faseadas no tempo, *estabelecido de acordo com as características e condições do agregado familiar do requerente da prestação*, com vista à plena integração social dos seus membros (art.º 3 n.º1)”. Um acordo de proximidade e à medida de cada agregado, a fim de proporcionar condições adequadas e efetivas de inserção social. Assim sendo, face ao objetivo assinalado, “do contrato de inserção deverão constar os apoios e medidas de inserção, os direitos e deveres do requerente e dos membros do seu agregado familiar que a ele devam ficar vinculados, bem como as medidas de acompanhamento do cumprimento do contrato de inserção a realizar pelos serviços competentes” (art.º 18 n.º4). Medidas de acompanhamento que procuram assegurar o cumprimento das obrigações e medidas de inserção previstas, nomeadamente: aceitação de trabalho ou formação profissional; *frequência de sistema educativo ou de aprendizagem*; participação em programas de ocupação ou outros de caráter temporário que favoreçam a inserção no mercado de trabalho ou prossigam objetivos socialmente necessários ou úteis para a comunidade; *cumprimento de ações de orientação vocacional, de formação profissional e de reabilitação profissional* (art.º 18 n.º6). No fundo, um conjunto de medidas de inserção social através da formação e do emprego, que se entende constituir meios necessários e mais adequados para uma melhor inclusão social. Em caso de incumprimento das medidas previstas no contrato de inserção, a prestação do RSI pode ser revista [art.º 21 -A n.º1 c)], suspensa [art.º 21 - B n.º1 b)] e, eventualmente, extinta [art.º 22 b)]. Consequências que pressionam os beneficiários e membros do agregado familiar a cumprir com as obrigações previstas.

5. Os efeitos do Rendimento Social de Inserção na escolarização das crianças e jovens ciganos

Na qualidade de cidadãos portugueses, aos quais devem ser reconhecidos os mesmos direitos e deveres que aos demais são consignados, as pessoas e famílias ciganas poderão, mediante o preenchimento das condições previstas, beneficiar do RSI enquanto apoio social.

Uma medida que, de acordo com os dados existentes, tem efetivamente beneficiado estas pessoas e famílias.

Neste sentido, de acordo com o Estudo Nacional sobre as Comunidades Ciganas - no âmbito do qual foram entrevistados 1599 ciganos portugueses, e que permitiu conhecer a situação em que se encontravam 6809 cidadãos, pertencentes aos agregados familiares dos inquiridos²⁵⁵ -, o RSI é a fonte de rendimento de 33,5% dos membros dos agregados familiares dos inquiridos, sendo que, para outros 33,8%, a fonte de rendimento para o seu dia-a-dia está a cargo da família. Excluindo esta última fonte de rendimento, o RSI é a principal fonte de rendimento dos membros dos agregados familiares dos inquiridos²⁵⁶, refletindo a importância deste apoio para muitas famílias ciganas²⁵⁷.

Na vida destas famílias, a atribuição da prestação pecuniária associada ao RSI tem permitido, por um lado, enfrentar situações de incapacidade material e satisfazer necessidades básicas, melhorando as condições de vida dos que beneficiam do apoio²⁵⁸. Por outro lado, de acordo com Francisco Branco:

“Face às dificuldades experimentadas no domínio das actividades tradicionais, muitas pessoas com esta pertença étnica procuram com o RMG [leia-se, com estes apoios sociais], não uma via para a inserção social e económica, mas um complemento social de rendimentos, cuja titularidade procuram obter e manter empenhadamente e que permite sobre(viver) mantendo a sua actividade tradicional de comércio ambulante. Neste, como em muitos outros domínios, a disposição dos ciganos funda-se sobretudo num desígnio de resistência cultural. É a esta luz que ganha igualmente mais clara significação a atitude pragmática que adoptam face à exigência de celebração dos acordos de inserção. (...) A conotação das actividades

²⁵⁵ Mendes, Magano, e Candeias, *Estudo Nacional Sobre as Comunidades Ciganas*, 164, 168.

²⁵⁶ *Ibid.*, 175. Estes valores tendem a ser confirmados noutros estudos que também incidem sobre estas questões. *Vide* European Roma Rights Centre (ERRC) e Númena - Centro de Investigação em Ciências Sociais e Humanas, *Os Serviços Sociais Ao Serviço Da Inclusão Social: O Caso Dos Ciganos: Avaliando O Impacto Dos Planos Nacionais de Acção Para a Inclusão Social Na República Checa, Em França E Em Portugal* (Porto Salvo: European Roma Rights Centre; Númena - Centro de Investigação em Ciências Sociais e Humanas, 2007), 52–53.

²⁵⁷ Assim, também pelo elevado número de ciganos que é requerente da prestação do RSI, sedimentam-se estereótipos e representações sociais negativas, segundo as quais ciganos são subsídio-dependentes, não querem integrar-se na sociedade e revelam apetência para explorar benefícios sociais sem terem verdadeiramente necessidade deles, não procurando e não querendo realmente encontrar emprego. *Ibid.*, 54–55. Uma ideia de tal modo enraizada que chega a denominar-se esta como uma ‘prestação dos ciganos’, ainda que o número de beneficiários ciganos seja francamente minoritário. Por exemplo, em 2008, a o Instituto da Segurança Social revelou que apenas 3,9% das famílias beneficiárias eram constituídas por pessoas ciganas (5 275 em 131 428). *Apud* Subcomissão para a Igualdade de Oportunidades e Família, “Relatório Das Audições Efectuadas Sobre Portugueses Ciganos...,” 22.

²⁵⁸ *Ibid.*, 48.

de inserção é sobretudo a de uma contrapartida e só, muito raramente, é entendida como uma oportunidade, uma via para um percurso diferente de vida”²⁵⁹.

De todo o modo, pelo acompanhamento previsto às famílias e pela adoção de programas de inserção, a atribuição do RSI poderá constituir-se, mesmo que apenas em certa medida, como um fator determinante na promoção da integração dos Ciganos²⁶⁰. Sobretudo neste último sentido, a atribuição deste apoio tem permitido estabelecer pontes entre o Estado e as comunidades ciganas, assegurando, por via da contratualização com as famílias, entre outros propósitos: a frequência escolar mais prolongada das crianças e, nalguns casos, a frequência pré-escolar; a cobertura de mulheres e crianças pela saúde materno-infantil; e a participação de homens e mulheres em sessões de formação recorrente e profissional²⁶¹.

Neste contexto, no Estudo Nacional sobre as Comunidades Ciganas, é sublinhado que a pressão exercida pelos contratos de inserção social que acompanham a atribuição do apoio social tem contribuído efetivamente para uma frequência escolar mais prolongada entre as crianças e jovens, assim como para a alfabetização e formação de adultos ciganos²⁶². Também neste estudo, em contexto de inquérito, é referido que a possibilidade de receber ou manter a prestação do RSI foi a principal razão para aproximadamente 50% dos membros dos agregados familiares dos inquiridos terem regressado à escola ou continuado a sua formação²⁶³. Por fim, no sentido desta ‘pressão’, também o afluxo mais significativo de crianças e jovens ciganos às escolas públicas a partir de meados dos anos 90 é fortemente associado à introdução do então Rendimento Mínimo Garantido²⁶⁴.

Dessa forma, e apesar de muitos pais não quererem que os seus filhos continuem a frequentar a escola – nomeadamente pelos conflitos existentes entre a frequência escolar e o respeito por algumas tradições e regras culturais²⁶⁵ - a pressão exercida pelas obrigações inerentes ao recebimento do RSI tem contribuído para se verifique um acesso mais prolongado e igual ao direito à educação escolar²⁶⁶, embora não totalmente satisfatório.

²⁵⁹ Francisco Branco, “Os Ciganos E O RMG: Direitos Sociais E Direito À Diferença,” *Intervenção Social* 27 (2003): 127–28. Atentos às limitações inerentes à economia do trabalho, não poderemos, neste ensaio, tecer considerações mais alargadas sobre os fatores que motivam uma opção de resistência cultural e a manutenção de um estilo de vida socioprofissional cada vez mais precário e incerto.

²⁶⁰ Subcomissão para a Igualdade de Oportunidades e Família, “Relatório Das Audições Efectuadas Sobre Portugueses Ciganos...,” 41.

²⁶¹ *Ibid.*, 48, 50. *Vide* European Roma Rights Centre (ERRC) and Númena - Centro de Investigação em Ciências Sociais e Humanas, *Os Serviços Sociais Ao Serviço Da Inclusão Social: O Caso Dos Ciganos: Avaliando O Impacto Dos Planos Nacionais de Acção Para a Inclusão Social Na República Checa, Em França E Em Portugal*, 65.

²⁶² Mendes, Magano, e Candeias, *Estudo Nacional Sobre as Comunidades Ciganas*, 92, 274.

²⁶³ *Ibid.*, 207.

²⁶⁴ Montenegro, “Aprender a Ser Cigano, Hoje: Empurrando E Puxando Fronteiras,” 144.

²⁶⁵ *Vide* nota de rodapé 24.

²⁶⁶ Subcomissão para a Igualdade de Oportunidades e Família, “Relatório Das Audições Efectuadas Sobre Portugueses Ciganos...,” 26.

6. Caminhos a percorrer...

Sublinhados os efeitos positivos que a atribuição do RSI provoca na escolarização das crianças e jovens ciganos, torna-se necessário refletir sobre algumas questões conexas e relevantes nesta matéria.

Desde logo, e pese embora se sublinhe como muito positivo o facto de as crianças e jovens terem passado a permanecer mais tempo na escola (embora nem sempre com o sucesso desejado), não deixa de ser francamente negativo que, de acordo com as declarações de familiares e de técnicos que colaboram com as famílias, o façam sobretudo pelo receio de perder o apoio social, e não tanto pela vontade de frequentar a escola²⁶⁷. Uma frequência que, sendo forçada, não surtirá os mesmos efeitos que adviriam de uma vivência escolar livre e não condicionada.

Do mesmo modo, sendo condicionada, a frequência escolar mais prolongada destas crianças e jovens ainda não é satisfatória, na medida em que, tal como referido no terceiro capítulo, são raros os casos em que completam a escolaridade obrigatória, após percursos também caracterizados pelo insucesso escolar²⁶⁸.

Por conseguinte, também relacionado com os progressos insuficientes que se verificaram ao nível da frequência escolar, após mais de 20 anos sobre a adoção destas medidas, não foi possível ainda verificar uma alteração de paradigma significativa, nomeadamente no acesso à escola, ao mercado de trabalho formal ou em termos de participação ativa noutros setores da sociedade. Pelo contrário, permanece elevada a percentagem de pessoas ciganas que beneficia do RSI ou de outros apoios sociais, num ciclo com tendência para se perpetuar. Sendo, também em nosso entender, um apoio social positivo e necessário, “o RSI não é isento de problemas e, de facto, não é muito eficiente na promoção da inclusão social dos seus beneficiários ciganos”²⁶⁹.

Posto isto, e pese embora se reconheça que se trata de uma realidade justificada por múltiplos fatores, é necessário criar condições de autonomização social, contrariando uma tendência de dependência neste apoio social²⁷⁰. A título de exemplo, a criação de condições pelo desenvolvimento de programas educacionais atentos à especificidade cultural, necessidades e capacidades dos beneficiários²⁷¹.

²⁶⁷ Mendes, Magano, e Candeias, *Estudo Nacional Sobre as Comunidades Ciganas*, 92.

²⁶⁸ Vide notas de rodapé 17-21.

²⁶⁹ ERRC e Númena, *Os Serviços Sociais Ao Serviço Da Inclusão Social: O Caso Dos Ciganos...*, 52.

²⁷⁰ Cf. Mendes, Magano, e Candeias, *Estudo Nacional Sobre as Comunidades Ciganas*, 275.

²⁷¹ ERRC e Númena, *Os Serviços Sociais Ao Serviço Da Inclusão Social...*, 78. ACIDI e Governo de Portugal, “Estratégia Nacional Para a Integração Das Comunidades Ciganas...,” 45.

Neste sentido, em particular na escolarização das crianças e jovens ciganos, torna-se necessário repensar as abordagens até agora adotadas e recorrer a medidas mais eficazes de compatibilização entre a frequência escolar e a realidade cultural e quotidiana destas crianças e jovens. Optando, nomeadamente, por uma aproximação mais efetiva entre as famílias e o sistema escolar ou por uma maior consideração e valorização dos diferentes saberes e culturas (art.º 3 d) da Lei nº46/86) - melhor inter-relacionando a cultura escolar e a cultura do quotidiano (art.º 7º b) da Lei nº46/86)²⁷² -, o principal objetivo deverá ser, em todo o caso, a demonstração aos menores e sobretudo às suas famílias de que a escola é um espaço verdadeiramente importante para o futuro dos primeiros. Um espaço em que reconheçam que podem exercer um verdadeiro direito, ao invés de cumprirem meramente uma obrigação em troca de uma prestação pecuniária. No fundo, uma alteração de paradigma em que seja assegurada, não só uma frequência escolar mais prolongada, mas uma frequência escolar mais positiva e significativa para estes menores, garante de maior igualdade de oportunidades no acesso e êxito escolar (art.º 74 nº1 CRP).

7. Referências Bibliográficas

Alto Comissariado para a Imigração e Diálogo Intercultural, e Governo de Portugal. “Estratégia Nacional Para a Integração Das Comunidades Ciganas 2013-2020 – Resolução Do Conselho de Ministros N.º 25/2013,” 2013. https://www.acm.gov.pt/documents/10181/52642/enicc_ACM.pdf/42f8ef57-8cd7-4118-9170-9fcd9bc53ec2 [Consultado a 30.06.2018].

Branco, Francisco. “Os Ciganos E O RMG: Direitos Sociais E Direito À Diferença.” *Intervenção Social* 27 (2003): 121–43.

Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional E Teoria Da Constituição*. 7ª. Coimbra: Almedina, 2004.

Canotilho, José Joaquim Gomes, e Vital Moreira. *Constituição Da República Portuguesa Anotada - Vol. I*. 4ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

Comité Consultivo para a Convenção-Quadro para a Protecção das Minorias Nacionais. “Commentary on Education under the Framework Convention for the Protection of

²⁷² Objetivos do sistema educativo que, em nosso entender, continuam por garantir. Da nossa parte, neste sentido, *vide* Daniel Gomes, “Breve Reflexão Em Torno de Um Exercício Mais Pluralista Do Direito À Educação,” in *I Congresso Ibero-Americano de Intervenção Social - Cidadania E Direitos Humanos*, ed. Adriana Neves e Tânia Ribeiro (Carviçais: Lema d’Origem, 2017), 137–48.

National Minorities (ACFC/25DOC(2006)002),” 2006. <https://rm.coe.int/16800bb694>. [Consultado a 25.06.2018].

Comité dos direitos económicos, sociais e culturais. “CESCR General Comment No 13: The Right to an Education (Art. 13) - (Contained in Document E/C.12/1999/10),” 1999. <http://www.refworld.org/pdfid/4538838c22.pdf>. [Consultado a 25.06.2018].

Costa, Eduardo Maia. “Os Ciganos Em Portugal: Breve História de Uma Exclusão.” In *O Povo Cigano, Cidadãos Na Sombra*, ed. Luiza Cortesão e Fátima Pinto, 13–20. Porto: Afrontamento, 1995.

Costa, Elisa Maria Lopes da. “Contributos Para O Conhecimento Da História E Da Cultura Do Povo Cigano Em Portugal (Séculos XV-XX).” In *Minorias Étnicas E Religiosas Em Portugal: História E Actualidade. Actas Do Curso de Inverno.*, ed. Guilhermina Mota, 319–36. Coimbra: Instituto de História Económica e Social da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 2003.

Dias, Eduardo Costa, Isabel Alves, Nuno Valente, e Sérgio Aires. *Comunidades Ciganas: Representações E Dinâmicas de Exclusão/integração. Olhares*. Lisboa: Alto Comissariado para a Imigração e Minorias Étnicas, 2006.

Estêvão, Carlos. “Direito À Educação: Para Uma Educação Amiga E Promotora de Direitos,” 1999. http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/carlos_estevao/estevao_direito_educacao_a_miga_promotora.pdf. [Consultado a 24.06.2018].

European Roma Rights Centre (ERRC), e Númena - Centro de Investigação em Ciências Sociais e Humanas. *Os Serviços Sociais Ao Serviço Da Inclusão Social: O Caso Dos Ciganos: Avaliando O Impacto Dos Planos Nacionais de Acção Para a Inclusão Social Na República Checa, Em França E Em Portugal*. Porto Salvo: ERRC; Númena - Centro de Investigação em Ciências Sociais e Humanas, 2007.

Gomes, Daniel. “Breve Reflexão Em Torno de Um Exercício Mais Pluralista Do Direito À Educação.” In *I Congresso Ibero-Americano de Intervenção Social - Cidadania E Direitos Humanos*, ed. Adriana Neves e Tânia Ribeiro, 137–48. Carviçais: Lema d’Origem, 2017.

Magano, Olga, and Maria Manuela Mendes. “Ciganos E Políticas Sociais Em Portugal.” *Sociologia, Revista Da Faculdade de Letras Da Universidade Do Porto*, no. Ciganos na Península Ibérica e Brasil: estudos e políticas sociais (2014): 15–35.

Mendes, Manuela, Olga Magano, e Pedro Candeias. *Estudo Nacional Sobre as Comunidades Ciganas*. Lisboa: Alto Comissariado para as Migrações, 2014.

Acesso à Educação e Rendimento Social de Inserção: Efeitos da Escolarização das Crianças e Jovens Ciganos

Miranda, Jorge, e Rui Medeiros. *Constituição Portuguesa Anotada - Tomo I: Introdução Geral; Preambulo; Artigos 1.º a 79.º*. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

Montenegro, Mirna. “Aprender a Ser Cigano, Hoje: Empurrando E Puxando Fronteiras.” Universidade de Lisboa, 2012. <http://hdl.handle.net/10451/7994>. [Consultado a 30.06.2018].

Nunes, Olímpio. *O Povo Cigano*. Ed. Olímpio Nunes e Obra Nacional da Pastoral dos Ciganos. 2ª ed., 1996.

Portugal. Comissão Parlamentar de Ética Sociedade e Cultura, Subcomissão para a Igualdade de Oportunidades e Família. “Relatório Das Audições Efectuadas Sobre Portugueses Ciganos No Âmbito Do Ano Europeu Para O Diálogo Intercultural,” 2009. <http://www.parlamento.pt/sites/COM/Paginas/DetailheNoticia.aspx?BID=2622>. [Consultado a 30.06.2018].

Santos, Sofia Aurora Rebelo. “O Rendimento Social de Inserção E Os Beneficiários Ciganos: O Caso Do Concelho de Faro.” Universidade do Algarve, 2013.

Santos, Tiago, et al. *Research Survey on Migrants' Experiences of Racism and Discrimination in Portugal*. Porto Salvo: Númena - Centro de Investigação em Ciências Sociais e Humanas, 2009.

THE CITIZEN'S BASIC INCOME AS A FUNDAMENTAL RIGHT IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Thiago Santos Rocha*

Abstract: Law n. 10835/2004 created the right to Citizen's Basic Income (CBI), which isn't explicitly provided by the Constitution. This study proposes to analyze if the material opening provided for paragraph 2 of article 5 of the Constitution makes it possible to affirm that there is in the Brazilian legal system a fundamental right to CBI. After reviewing the legal and theoretical texts about the theme, this paper argues that, in Brazil, the CBI is not a simple hypothesis of philosophical and economic discussion, but rather a fundamental right. This characteristic makes it possible for this right to be protected by all legal channels, including judicial ones. As it is directly linked to two of the constitutional foundations of the Brazilian State, the principles of citizenship and the dignity of the human person, the right to CBI limits those rights and measures that don't have this feature and oppose it.

Keywords: Citizen's Basic Income; Universal Basic Income; Fundamental Rights.

INTRODUCTION

While there is a debate in many countries, including at a transnational level,²⁷³ about the different nuances of philosophical foundation, and even about the economic viability, of a Universal Basic Income (UBI) right, Brazil has already such right since 2004.

At first, it urges to clarify that Citizen's Basic Income (CBI) was the nomenclature adopted by Law n. 10835/2004 as an expression equivalent to what part of the doctrine denominates Universal Basic Income (UBI), or even Unconditional Basic Income.

In general terms, CBI refers to a periodic payment in currency, in an equal amount for all, on an individual basis, without requiring proof of insufficient resources or compliance with any work requirements (Van Parijs, Vanderborght 2017, p. 1). This concept exposes five important characteristics of CBI: a) regularity, not a single payment at a certain point in life; b) in currency, and not for the delivery of goods or services; c) individual, and not on the basis of collective structures, such as family, home or economic unit; d) universal, to all

* PhD student in Law at the University of Oviedo, research line "The new challenges of Law in a changing society". E-mail: tsrocha@gmail.com.

²⁷³ In this sense is the idea of an eurodividend, a basic income at European level. On this topic, see Van Parijs, Vanderborght 2017, p. 235.

individuals regardless of their socioeconomic status; and e) unconditional, since the one who receives it is not required to work or prove that is looking for a job.

Still for the clarity of the development of this paper, it is worth noting that CBI must not be confused with minimum income systems. Although both coincide in the characteristics "a" and "b" described above, they differ in relation to the requirements "c", "d" and "e". That is, the minimum income systems, in general terms, are granted on a collective basis (family unit, or other), and not individually, on a selective basis, to the ones that prove insufficient resources by their own means, and conditional on the beneficiaries' commitments to seek insertion in the labor market and/or use of the value received exclusively in foodstuffs.

The scope of this paper does not lie in the analysis of the philosophical foundation of the CBI, or even in the analysis of its economic feasibility or political convenience. The study proposes to investigate the legal nature of CBI in the Brazilian order, using the deductive method of approach, through the analysis of Law n. 10835/2004, of the constitutional provisions and the relevant scientific literature.

The importance of this analysis lies more in its consequences than in itself. In other words, it is not a question of labeling CBI with a legal name, but rather of understanding better that the legal consequences are different when one is faced with a fundamental right, a "right" conditioned to the existence of full public coffers or a mere ethical guideline.

1. The right to Citizen's Basic Income – Law n. 10835/2004

According to the caput of article 1 of Law n. 10835/2004, approved by consensus in the two legislative houses after the tireless efforts of the then Senator Eduardo Suplicy:

Art. 1 As from 2005, citizen's basic income shall be established, which shall be the right of all Brazilians residing in the Country and foreigners residing in Brazil for at least five (5) years, regardless of their socioeconomic condition, to receive, annually, a monetary benefit.²⁷⁴

Still important for explaining the other characteristics of CBI, are §2 and §3 of the aforementioned article, according to which:

§ 2o The payment of the benefit shall be of equal value for all, and sufficient to meet the minimum expenses of each person with food, education and health, considering for this the degree of development of the Country and the budgetary possibilities.

§ 3o The payment of this benefit can be made in equal and monthly installments.

§ 4o The monetary benefit provided for in the caput of this article shall be considered as non-taxable income for purposes of the Natural Person's Income Tax.

²⁷⁴ All the citations of the Law n. 10835/2004 are free translations of the original text, in Portuguese, available from http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.835.htm

Although the right to CBI was clearly established, even with an express deadline for implementation in 2005, the legal text allowed the Executive Branch to regulate certain aspects, such as the implementation stages, the value of the benefit, the allocation of amounts in the Union's Budget for 2005 and the other measures necessary for the implementation of the Program. This is what the following transcribed devices have:

Art. 1 (...) §1 The scope mentioned in the caput of this article shall be reached in stages, at the discretion of the Executive Branch, prioritizing the needy sections of the population.

Art. 2 - The Executive Branch shall define the value of the benefit, in strict compliance with the provisions of articles 16 and 17 of Complementary Law no. 101, of May 4, 2000 - Fiscal Responsibility Law.

Article 3. The Executive Branch shall allocate, in the General Budget of the Union for fiscal year 2005, sufficient budgetary appropriation to implement the first stage of the project, observing the provisions of art. 2 of this Law.

Art. 4 As of financial year 2005, bills related to multiannual plans and budget guidelines shall specify cancellations and transfers of expenses, as well as other measures deemed necessary for the implementation of the Program.

After almost 14 years of deliberate inertia by the Executive Branch in relation to this issue, as well as the lack of demand for the Judiciary to express its judgment on this omission, the fact is that until the conclusion of the present paper, CBI had not been implemented as legally provided for. Not even a group of studies were set up by the Executive Branch to analyze the details of the implementation.

Faced with this situation, it is inevitable to question the character of the CBI in the Brazilian legal system since the answer to such problem conditions the range of legal measures applicable, or not, towards the effectiveness of the provisions of Law n. 10835/2004.

From the state perspective, it is clear that the CBI is a public policy program. This is because it involves a set of legal acts and facts, such as abstract legal norms, administrative acts, budget authorization and administrative facts, whose purpose is the achievement of public objectives by the Public Administration.²⁷⁵

Under the perspective of the beneficiary, who would ultimately be any Brazilian citizen residing in the country or foreigner residing in the country for at least 05 years, a subjective right has been fully identified, since it remains characterized by the legal situation in which the holder is entitled to a particular act vis-à-vis the addressee. In other words, the trilateral relationship between the holder (beneficiary), the addressee (Union) and the object of the right (CBI) is observed.

It is important to emphasize that the object of the right, namely the Citizen's Basic Income, consists both in normative provision and in material provision. This is because the

²⁷⁵ About the concept of public policies, see Fonte 2015, p. 57.

first duty that Law n. 10835/2004 imposes on the Union is to regulate the norms that are extracted from its own devices, so that, without harming the content of the right, as delimited by the Law itself and by the constitutionally involved provisions, make possible its implementation. The second duty lies in the material supply, that is, in the payment of the benefit to the beneficiaries, from the specifications to be published by the regulations.

Once the question of the legal character of CBI in the Brazilian legal system has been overcome, first of all removing any argument that tries to reduce it to the scope of discussion of pre-legal ideas, it remains to be analyzed whether or not this right was between those which the legal order assigns the special treatment of fundamental rights.

1. The identification of the fundamental character

The identification of the fundamental character of a right is not something that can be realized with universal pretension, without respecting the constitutionally determined values of each legal order. To affirm or deny the fundamental attribute of a given right is, first of all, an analysis of the social contract options constitutionally laid down in a specific society.

Since the present paper is devoted to the analysis of the topic under the Constitution of the Federal Republic of Brazil (CR/88), the first task would be to seek in the constitutional text those rights that are formally treated as fundamental. This topographic criterion leads to identifying as fundamental the rights and guarantees enshrined in Title II of the Constitution, going through the provisions of article 5 to article 17, both inclusive.

If this were the only criterion adopted, or at least the main criterion, the right to CBI could not be considered as a fundamental right, since it was instituted under the constitutional level by Law n. 10835/2004. However, the CR/88 itself expresses in its article 5, paragraph 2, a material opening clause for the definition of fundamental rights, according to which "the rights and guarantees expressed in this Constitution do not exclude others arising from the regime and the principles adopted, or of international treaties to which the Federative Republic of Brazil is party."²⁷⁶

This clause allows to classify as fundamental rights, according to hermeneutical techniques, constitutionally expressed rights, even if outside Title II, as well as other rights implicit in the regime and the principles adopted by CR/88. However, the fundamental quality, for the legal consequences in which it implies, cannot be randomly distributed to any

²⁷⁶ Free translation of the original text, in Portuguese, available from http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

right that is "touched" by a constitutional principle, under the risk of emptying and trivializing the normative force typical of fundamental rights (Sarlet 2011, sec. 4.2).

The principle of the dignity of the human person, defined by the article 3, III, of the Constitution as one of the foundations of the Federative Republic of Brazil is a criterion for the material identification of implicit fundamental rights (Sarlet 2011, sec. 4.3; Sarmento 2016, pp. 84–85), and works as a center for the irradiation of fundamental rights (Barroso 2007, p. 10).²⁷⁷

From the principle of the dignity of the human person can be deduced, even autonomously, fundamental legal subjective positions. Even if there are other criteria of material identification, if the legal position is directly based on mentioned principle there is no denying that there is a fundamental right (Sarlet 2011, sec. 4.3).

As is clear from the nature of CBI itself, its purpose is none other than to enable each and every individual to lead a dignified, autonomous life free from hardships imposed by the failure to meet basic material needs. Thus, in addition to being umbilically linked to the principle of the dignity of the human person, it is also related to another constitutional foundation of the Republic, namely, citizenship (article 1, II), inasmuch as it seeks to ensure conditions without which the individual is not capable of playing its role as an active subject of society.

This deep relation with two fundamental constitutional principles attributes to the right to the CBI the character of implicit fundamental right, since, even if not expressly foreseen in the constitutional text, it derives directly from its foundations.

It is also important to dispel the arguments that may attempt to de-characterize the fundamental character of CBI right because it understands that, like the rights it directly seeks to protect (education, food and health, see Article 1 of Law n. 10835/2004) it is a social right and, as such, it would not be a fundamental right.

It should be noted that, as Jorge Reis Novais points out, in constitutional systems such as those currently in force in Portugal and Brazil, there is no sufficient dogmatic argument for differentiating between social rights and liberty rights, and all fundamental rights must be treated in the same way.²⁷⁸

²⁷⁷ Olsen argues that in the system imposed by CR/88, the Constitution is no longer the apex of the normative pyramid, as conceived by Kelsen, but the center of irradiation of the legal system. See Olsen 2012, p. 176.

²⁷⁸ According to the author, what is important for the analysis of fundamental rights is the structure of the rule in question (whether the case involves the positive or negative dimension of a right), the normative option of the legislator (if by a rule or principle) and the state duty involved in the right assurance (duty of respect, protection or promotion). See Novais 2017, Part IV.

Even among authors who choose to differentiate fundamental rights between liberty rights and social rights, there are those who consider all social rights, explicit and implicit, as fundamental rights (Figueiredo, Sarlet 2013, p. 18). In addition, even from the perspective of authors who deny the fundamental character of part of the social rights, it would not be an easy task to defend the exclusion of CBI from the select group.

Ricardo Torres, for example, defends the reduction of the fundamental character of social rights to the existential minimum, understood by him as the minimum amount of social rights for the human being to live with dignity, leaving the optimization of the part of social rights that exceeds the minimum to the scope of public policies, the budget and citizenship (Torres 2009, p. 53).

Of course, the right to CBI, as stated in Brazilian law, takes care of protecting the most basic rights to human nature, namely, food, education and health. Therefore, undoubtedly, this right is defensible by the arguments of protection to the existential minimum and should be considered a fundamental right even by those who do not consider all social rights as fundamentals.

It is clear that the protection of the existential minimum cannot be confused with the CBI, but rather presents itself as an important argument in defense of this right. This is because, as a requirement for a life ruled by the dignity of the human person, the right to the minimum must be legally guaranteed in all circumstances and independent of infraconstitutional forecasting (Novais 2017, p. 376–377).²⁷⁹

The implementation of the right to CBI appears as a special, but not exclusive, tool to protect the existential minimum. Moreover, it can be said that, from the perspective of the Union, the CBI is an essential constitutional public policy measure, since it concerns the concrete implementation of the existential minimum.²⁸⁰

FINAL CONSIDERATIONS

CBI, in the Brazilian legal system, with the enactment of Law n. 10835/2004 leaves the field of pre-legal debate to assume the character of a right, with all its characteristics. More than this, its intrinsic relation with the dignity of the human person and citizenship,

²⁷⁹ Daniel Sarmento affirms that, although the existential minimum has a high priority, it can not be treated as absolute, because, although it is opposable to the logical and legal dimensions, it would not be to the factual dimension of the reserve of the possible (natural scarcity). See Sarmento 2016, p. 232. In the end, this consideration does not conflict with the consideration of Reis Novais, who clearly refers to artificial scarcity, not to natural scarcity, when he claims the reserve of the possible cannot be opposed to the existential minimum.

²⁸⁰ For more details on the classification of public policies according to their nature, see Fonte 2015, p. 209 e ss.

two of the constitutional foundations of the Federative Republic of Brazil, qualifies it as a fundamental right.

This issue is of great practical importance, since CR/88 assigns to the fundamental rights differentiated structure of application and protection, since they are in the category of immutable clauses (Article 60, §4, IV) and have immediate applicability (article 5th, §1). One of the consequences of such characteristics is that the fundamental character of a right limits those rights and measures that do not have this characteristic and oppose it.

Even the fact that it is pending regulation does not detract the fundamental character from the right in question. Quite the contrary, what is observed in Brazil is an omission characterizing the unconstitutionality of the conduct of the Executive Branch, which can be controlled by legally established means.²⁸¹

BIBLIOGRAPHIC REFERENCES

- BARROSO, Luis Roberto, 2007. 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* [online]. 2007. Available from: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner and SARLET, Ingo Wolfgang, 2013. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: *Direitos Fundamentais: Orçamento E “reserva Do Possível.”* 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. p. 13–50. ISBN 978-85-7348-673-5.
- FONTE, Felipe de Melo, 2015. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. 2ª. São Paulo: Saraiva. ISBN 978-85-02-62253-1.
- NOVAIS, Jorge Reis, 2017. *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. 2a. Lisboa: AAFDL.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes, 2012. *Direitos Fundamentais Sociais. Efetividade Frente à Reserva do Possível*. 1. Curitiba: Juruá. ISBN 978-85-362-1830-4.
- ROCHA, Thiago Santos, 2017. Renda Básica de Cidadania: a não regulamentação da Lei n. 10.835/2004 sob a perspectiva do controle de constitucionalidade. In: *I Congresso Ibero-Americano de Intervenção Social - Cidadania e Direitos Humanos*. Carviçais: Lema D’Origem. p. 103–115. ISBN 978-989-8890-01-6.

²⁸¹ For the analysis of the Executive's omission in regulate the right to the CBI, see Rocha 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang, 2011. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. ISBN 978-85-7348-957-6.

SARMENTO, Daniel, 2016. *Dignidade da Pessoa Humana. Conteúdo, Trajetórias e Metodologia*. Edição: 2ª. Belo Horizonte: Fórum. ISBN 978-85-450-0175-1.

TORRES, Ricardo Lobo, 2009. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar.

VAN PARIJS, Philippe and VANDERBORGHT, Yannick, 2017. *Basic Income: A Radical Proposal for a Free Society and a Sane Economy*. London: Harvard University Press.

INVESTMENT ARBITRATION AND EU'S CREDIBILITY AS AN ECONOMIC ACTOR

Marta Vicente

Abstract: In *Achmea*, the European Court of Justice uphold the European Commission's standpoint vis-à-vis the incompatibility of intra-European Union bilateral investment treaties with the autonomy of EU legal order. It remains controversial, however, whether the objections raised to the latter treaties or to mixed agreements in particular are exclusively due to allowing disputes concerning EU law being solved outside EU's jurisdiction, or whether these objections would surface even if the agreements were not mixed. This communication seeks to foresee the European Court of Justice's attitude in a pending proceeding (Opinion 1/17), concerning the compatibility of Comprehensive Economic and Trade Agreement (with Canada) and its investment dispute settlement provisions with EU primary law.

Keywords: European Union, investment treaties, autonomy, Comprehensive Economic and Trade Agreement, Investor-State dispute settlement, credibility;

Introduction

EU policy *vis-à-vis* intra-EU investment disputes has been two-folded. On the one hand, in 2015, the Commission started infringement procedures against Austria, the Netherlands, Romania, Slovakia and Sweden for not terminating their intra-EU bilateral investment treaties; on the other, the Commission has submitted *amicus curiae* in several intra-EU investment disputes²⁸², thereby aiming to persuade the arbitral tribunal not to assume jurisdiction over those disputes (the so-called intra-EU jurisdictional objection²⁸³). In *Achmea*, the Court of Justice uphold the Commission's stance by stating that intra-EU bilateral

²⁸² See, for instance, *Eureko v. The Slovak Republic*, PCA Case no. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 2010, ¶ 154; *AES Summit v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, 2010, ¶ 8.2; *Electrabel v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Award, 2015, ¶ 234; *Charanne B. V. v. El Reino de España*, Arbitraje no. 062/2012, Laudo Final, 2016, ¶ 245;

²⁸³ On the intra-EU jurisdictional objection, see, amongst many, BURGSTALLER, Markus, 2009, European Law and Investment Arbitration. *Journal of International Arbitration*. 2009. Vol. 26, no. 2, p. 181–216; BURGSTALLER, Markus (ed.), 2009, European Law and Investment Arbitration. *Journal of International Arbitration*. 2009. Vol. 26, no. 2 p. 181–216; BURGSTALLER, Markus, 2010, European Law Challenges to Investment Arbitration. In: *The Backlash against investment arbitration: perceptions and reality*. Wolters Kluwer. p. 455–485; WILSKE, Stephan and EDWORTHY, Chloe, 2016, The Future of Intra-European Union BITs: A Recent Development in International Investment Treaty Arbitration against Romania and Its Potential Collateral Damage. *Journal of International Arbitration*. 2016. Vol. 33, no. 4 p. 331–352; POTESTÀ, Michele, 2009, Bilateral Investment Treaties and the European Union. Recent Developments in Arbitration and Before the ECJ. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*. 2009. Vol. 8, p. 225–245;

investment agreements affect the autonomy of EU legal order as well as the principle of mutual trust between member states²⁸⁴.

It is worth reminding that the EU has acquired exclusive competence over Foreign Direct Investment (FDI), which is since the Treaty of Lisbon part of the common commercial policy (article 207 TFEU).

The EU managed to introduce an Investment Court System²⁸⁵ in the new free trade agreements between EU and third countries, especially CETA (with Canada), in the free trade agreement with Vietnam²⁸⁶ and also in the Transatlantic Partnership with the United States²⁸⁷, with whom negotiations are currently suspended. The investment court system seeks to be an alternative to ISDS (investor-state dispute settlement). The new model comprises two courts - a court of first instance and an appellate court - whose judges are appointed by a Committee, not by the parties. By this token, the EU tried to address some of the criticism directed towards ISDS, especially concerning the lack of transparency, coherence and impartiality of the awards, and the so-called “regulatory chill”, a new concept that stresses the idea that ISDS is *too investor-friendly*, and that respondent states are postponing the implementation of public interest policies, such as environmental standards, social policies or financial emergency measures, because they fear contradictory investment awards. On the other hand, in the free trade agreement with Singapore, EU opted for a traditional ISDS system²⁸⁸.

However, the Court of Justice is yet to clarify whether dispute settlement provisions laid down in new investment treaties (with third states) are compatible with the EU primary law²⁸⁹.

The autonomy of EU legal order

²⁸⁴ *Achmea*, case C-284/16, 6 March 2018.

²⁸⁵ On the Investment Court System, see GOVAERE, Inge, 2016, TTIP and Dispute Settlement: Potential Consequences for the Autonomous EU Legal Order. *College of Europe - Research Paper in Law*. 2016. No. 1 p. 1–22; LENK, Hannes, 2016, An Investment Court System for the New Generation of EU Trade and Investment Agreements: A Discussion of the Free Trade Agreement with Vietnam and the Comprehensive Economic and Trade Agreement with Canada. *European Papers*. 2016. Vol. 1, no. 2 p. 665–677; DE NANTEIL, Arnaud, 2017, Les mécanismes permanents de règlement des différends, une alternative crédible à l'arbitrage d'investissement? *Journal de Droit International*. January 2017. P. 55–80.

²⁸⁶ See subsection 4 – Investment Tribunal System, article 12.

²⁸⁷ See, on TTIP, WEAVER, Mark, 2014, The proposed Transatlantic and Investment Partnership (TTIP): ISDS Provisions, Reconciliation, and Future Trade Implications. *Emory International Law Review*. 2014. Vol. 29, p. 225–275.

²⁸⁸ Chapter 9 – article 9.11.

²⁸⁹ BURGSTALLER, Markus, 2012, Investor-State Arbitration in EU International Investment Agreements with Third States. *Legal Issues of Economic Integration*. 2012. Vol. 39, no. 2 p. 207–222.

The Court of Justice has repeatedly stressed²⁹⁰ that an international agreement providing for its own system of courts, and whose decisions are binding on the Community institutions, including the Court of Justice, is in principle compatible with EU law.

Nevertheless, in previous case-law, the Court of Justice used the principle of autonomy of the EU legal order in order to reject a series of mixed agreements (agreements concluded by the EU and the member-states with third states). The autonomy of EU law, which is based on the conviction that the EU is a new type of international legal order, encompasses three crucial ideas.

First, an international agreement must not have the effect of binding the EU and its institutions (the CJEU included), in the exercise of their *internal powers*, to a particular interpretation of the rules of EU law²⁹¹. This might indeed happen when the agreement contains dispositions which are similar to EU law or are part of EU law and, at the same time, the dispute settlement bodies laid down in the agreement are not able to make a reference to the Court of Justice for a preliminary ruling²⁹². If an international agreement stops direct cooperation between national courts and the Court of Justice, consistency and uniformity in the interpretation of EU law will be undermined.

Second, the principle of autonomy aims to preserve the competences of Union or the powers of its institutions. Accordingly, the Court of Justice has portrayed some objections *vis-à-vis* international treaties which threatens EU's exclusive jurisdiction²⁹³ (article 344 TFEU) or the division of powers between the EU and its member states in the context of mixed agreements. In fact, the Court of Justice rejected an external body with the power to determine which of the parties to the agreement – the EU or its member-states – should bear responsibility for a violation of that agreement. In Opinion 2/13, concerning EU's

²⁹⁰ For instance, in Opinion 1/91, ¶ 40, Opinion 2/13, ¶ 182-185, Opinion 1/09, ¶ 74, Achmea, case 284/16, ¶ 57.

²⁹¹ Opinion 2/13, ¶ 184; Opinion 1/00, ¶ 13.

²⁹² Opinion 1/09, ¶ 79-85. This was the Court's reasoning in Opinion 1/09, concerning the Community Patents Court, which deprived the national courts of the power to request preliminary rulings in a field covered by EU exclusive competence.

²⁹³ *Max Plant*, case C-459/03, 30 May 2006. The Mox Plant case was a dispute between two-member states – Republic of Ireland and the United Kingdom – due to the fact that Ireland started dispute proceedings against the United Kingdom under UNCLOS. The Court of Justice decided that, since the dispute concerned the preservation of the marine environment - a subject that come within the scope of EU law - Ireland violated the duty of loyal cooperation as well as the exclusive jurisdiction of the Court of Justice under article 344 TFEU.

accession to the ECHR²⁹⁴, the co-respondent mechanism laid on the treaty of accession²⁹⁵, whereas giving the ECtHR the power to assess the rules of EU law governing the division of powers, was found incompatible with the autonomy of EU law.

Finally, the Court of Justice stresses the importance of the principle of mutual trust between the member states. Again, Opinion 2/13 presents a good example. Article 53 ECHR reserves the power of the contracting parties to lay down higher standards of protection of fundamental rights than those guaranteed by the ECHR. But the principle of mutual trust, on the other hand, requires member states to presume that fundamental rights (within the scope of EU law) have been respected by the other member states²⁹⁶. Therefore, the fact that the member states are considered to be parties to the agreement in their relations with each other allows them to check whether other member States have observed provisions that enter the scope of EU law²⁹⁷ and to demand higher levels of protection than those provided by EU law.

Remaining doubts and proposals

In our view, at least two aspects remain unsolved.

First, the EU and the member states have concluded a series of mixed agreements (for instance, the UNCLOS, the WTO) without objections being raised regarding their compatibility with the principle of autonomy²⁹⁸. However, in recent years, the Court of Justice has deepened the content of the principle of autonomy by linking it to the

²⁹⁴ On the accession of the EU to the ECHR, see, amongst many others, EECKHOUT, Piet, 2015, Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue - Autonomy or Autarky. *Fordham International Law Journal*. 2015. Vol. 38, p. 955; DOBLHOFF-DIER, Rosmarie and KUSMIERCZYK, Sandra, 2013, Present and Future Relations between the ECJ and the ECtHR. *ICL Journal*. January 2013. Vol. 7, no. 3. DOI 10.1515/icl-2013-0305; HALBERTSTAM, Daniel, 2015, "It's the autonomy, stupid!" A modest defense of Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR, and the Way forward. *German Law Journal*. 2015. Vol. 16, no. 1 p. 105; KRENN, Christoph, 2015, Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession After Opinion 2/13. *German Law Journal*. 2015. Vol. 16, no. 1 p. 147; LAZOWSKI, Adam and WESSEL, Ramses, 2015, When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR. *German Law Journal*. 2015. Vol. 16, no. 1 p. 179; LOCK, Tobias, 2011, Walking on a tightrope: The Draft ECHR accession agreement and the autonomy of the EU legal order. *Common Market Law Review*. 2011. Vol. 48, p. 1025–1054.

²⁹⁵ Article 3 of the Treaty of Accession. On the co-respondent mechanism, see DAUKŠIENE, Inga and GRIGONIS, Simas, 2015, Accession of the EU to the ECHR: Issues of the co-respondent mechanism. *International Comparative Jurisprudence*. 2015. Vol. 1, p. 98–105.

²⁹⁶ The Court of Justice has addressed the problem in *Meloni*, case C-399/11, 26 February 2013, and *N. S and Others*, case C-411/10, 21 December 2011. See, however, *Aranyosi and Caldaru*, cases C-404/15 and C-659/15 PPU, 5 April 2016.

²⁹⁷ Opinion 2/13, ¶ 189-200. See also *Achmea*, ¶ 58.

²⁹⁸ Johansen (2015) argues that, in Opinion 2/13, the Court of Justice engaged in a “surprising reinterpretation” of *Max-Plant*. Whereas in the latter the Court of Justice did not put into question the validity of the agreement, in the former it considered that the very possibility of allowing EU member filling complaints against each other would undermined the exclusive jurisdiction provision.

preservation of the institutional and constitutional framework of the EU as an autonomous legal order.

Thus, there are some doubts on whether the Court of Justice would tolerate an international agreement – outside the fundamental rights field - conferring another court the power to access, with binding effects, EU’s internal activity, and simultaneously giving individuals the right of action by means, for instance, of an Investor-State Dispute Settlement clause or an Investment Court System. A pending proceeding²⁹⁹ will provide the Court of Justice the opportunity to give a straight answer to these doubts.

Second, it remains controversial whether the objections raised to mixed agreements are exclusively due to allowing disputes concerning EU law being solved outside EU’s jurisdiction (or, in other words, due to the distinctiveness of EU legal order) or whether these objections would surface even if the agreements were not mixed.

It is crucial to determine whether the external dimension of the principle of autonomy exists strictly because of the EU’s special features as a *hybrid creature*, or whether it is grounded on some idea of autarky that goes beyond that hybridity³⁰⁰. Again, by reading Opinion 2/13³⁰¹, we get the impression that the Court of Justice does not want the level of protection of fundamental rights deemed compatible with its own Charter of Fundamental Rights (obviously, in areas covered by EU law) to be subject to ECtHR’s external control, irrespective of whether any member state finds it to be insufficient³⁰².

In order to solve a potential incompatibility with EU primary law, one option would be to rule out EU law as the applicable law to the dispute, by means of a provision similar to

²⁹⁹ Opinion 1/17. The question is the following one: “Is Chapter Eight (‘Investments’), Section F (‘Resolution of investment disputes between investors and states’) of the Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part, signed in Brussels on 30 October 2016, compatible with the Treaties, including with fundamental rights?”.

³⁰⁰ LENK, Hannes, 2017, Investment Arbitration under EU Investment Agreements: Is There a Role for an Autonomous EU Legal Order? *European Business Law Review*. 2017. P. 161.

³⁰¹ See, however, ¶ 185: “It is admittedly inherent in the very concept of external control that, on the one hand, the interpretation of the ECHR provided by the ECtHR would, under international law, be binding on the EU and its institutions, including the Court of Justice, and that, on the other, the interpretation by the Court of Justice of a right recognized by the ECHR would not be binding on the control mechanisms provided for by the ECHR, particularly the ECtHR (...)”.

³⁰² LAZOWSKI, Adam and WESSEL, Ramses, note 13, p. 190 [“A broad reading of paragraph 194 of the opinion may indicate that the Court demands non-application of the ECHR between the EU Member States when their relations are governed by EU law.”]; ZIEGLER, Katja S., 2016, Beyond Pluralism and autonomy: Systemic Harmonization as a paradigm for the interaction of EU law and international law. *Yearbook of European Law*. 2016. Vol. 35, no. 1 p. 684 [“Autonomy requires that the interpretation of ECHR rights be ensured within the framework of the structure and objectives of the EU. By asserting autonomy, the CJEU thus claims more control over the ECHR and international law than any sovereign Member State would have as general reservations are prohibited by article 57 ECHR. At the same time, it seems to contradict the very object and purpose of the ECHR as a system of human rights protection which acts as an external check (...)”].

article 13 of TTIP's investment chapter³⁰³. It would definitely solve the problem identified in Opinion 1/09 of having a court outside the EU jurisdiction being able to interpret and apply EU law in a binding fashion. Indeed, the dialogue between the member states and the Court of Justice would not be needed if investment tribunals did not apply nor interpret EU law³⁰⁴.

However, it would not avoid the so-called “spillover effects”, which result from the fact that the judicial body laid down in an international agreement might strike a different balance between conflicting interests, thereby forcing the Court of Justice to adapt its interpretation of EU secondary law³⁰⁵ to avoid further responsibility.

Another option would be to expressly state that the discontinuance of a subsidy (eg, state aid) does not equate to a violation of the investment treaty. Some claim that this option would solve most of the objections *vis-à-vis* investment dispute settlement since state aid reimbursement is the crucial – perhaps the sole - focus of concern. Generally, a violation of an investment treaty implies financial liability, the EU not being required neither to withdraw the unconventional act nor to adapt its interpretation to the one held by the investment tribunal. However, when it comes to state aid, the payment of compensation would produce the same effect as the withdrawal of the EU act. Thus, by excluding state aid discontinuance from the scope of EU investment treaties, the principle of autonomy would be preserved.

Conclusion

To sum up, the relationship between EU law and international law has seen better days³⁰⁶. Opinion 2/13 and *Achmea* express EU's institutional interest in aggressively affirming its autonomy *vis-à-vis* international legal order.

On the other hand, EU has acquired exclusive competence over foreign direct investment. In Opinion 2/15, the Court of Justice has clarified the scope of the new exclusive competence, by contending that the new FDI competence does not extend to *portfolio*

³⁰³ Article 13.3 (“For greater certainty, pursuant to paragraph 1, the domestic law of the Parties shall not be part of the applicable law”) and 13.4 (“For greater certainty, the meaning given to the relevant domestic law made by the Tribunal shall not be binding upon the courts or the authorities of either Party. The Tribunal shall not have jurisdiction to determine the legality of a measure, alleged to constitute a breach of this Agreement, under the domestic law of the disputing Party”).

³⁰⁴ Mitigating this reasoning, see HINDELANG, Steffen, 2015, Repellent Forces: the CJEU and Investor-State Dispute Settlement. *Archiv des Völkerrechts*. 2015. Vol. 53, p. 79.

³⁰⁵ HINDELANG, Steffen (note 23), p. 74.

³⁰⁶ On the topic, see ZIEGLER, Katja S. (note 20), p. 681-682 [“Only slightly earlier, three decisions of 2008 (*Kadi I*, *Interbanko*, and *FLAMM and Fedon*) started a more general restrictive trend. This trend has since continued, in particular with decisions in the context of the Kyoto Protocol, the Aarhus Convention, investment treaties, and the UN Disability Convention. This case law saw the Court emphasize its role as a gatekeeper with regard to international norms. In particular it weakened the presumption of direct effects of international treaties on the EU legal order”].

investments³⁰⁷. In addition, it concluded based on the principle of conferral (of powers) and articles 216 and 3 TFEU that EU should not celebrate an international agreement covering both FDI and portfolio investments without the member states. As the majority of investment treaties cover both aspects, the new investment treaties must be mixed agreements³⁰⁸.

Therefore, the goal of assuming absolute control over the common commercial policy will remain unachieved if dispute settlement provisions do not overcome the hurdles raised by the autonomy of EU legal order.

Bibliography

BURGSTALLER, Markus (ed.), 2009, European Law and Investment Arbitration. *Journal of International Arbitration*. 2009. Vol. 26, no. 2 p. 181–216.

BURGSTALLER, Markus, 2010, European Law Challenges to Investment Arbitration. In: *The Backlash against investment arbitration: perceptions and reality*. Wolters Kluwer. p. 455–485.

BURGSTALLER, Markus, 2012, Investor-State Arbitration in EU International Investment Agreements with Third States. *Legal Issues of Economic Integration*. 2012. Vol. 39, no. 2 p. 207–222.

DAUKŠIENE, Inga and GRIGONIS, Simas, 2015, Accession of the EU to the ECHR: Issues of the co-respondent mechanism. *International Comparative Jurisprudence*. 2015. Vol. 1. p. 98–105.

DE NANTEIL, Arnaud, 2017, Les mécanismes permanents de règlement des différends, une alternative crédible à l'arbitrage d'investissement? *Journal de Droit International*. January 2017. P. 55–80.

DOBLHOFF-DIER, Rosmarie and KUSMIERCZYK, Sandra, 2013, Present and Future Relations between the ECJ and the ECtHR. *ICL Journal*. January 2013. Vol. 7, no. 3.

³⁰⁷ See Opinion 2/15, on the Free Trade Agreement between the European Union and Singapore ¶ 244-245.

³⁰⁸ On Opinion 2/15, see DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier, 2017, La nueva política comercial de la Unión Europea desborda el marco de sus competencias. Comentarios preliminares al Dictamen 2/15 del TJUE. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2017. Vol. 21, no. 57p. 403–429; HAINBACH, Philip, 2018, The CJEU's Opinion 2/15 and the Future of EU Investment Policy and Law-Making. *Legal Issues of Economic Integration*. 2018. Vol. 45, no. 2p. 199–210; KLEIMANN, David and KUBEK, Gesa, 2018, The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU: The Case of CETA and Opinion 2/15. *Legal Issues of Economic Integration*. 2018. Vol. 45, no. 1 p. 13–46.

DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier, 2017, La nueva política comercial de la Unión Europea desborda el marco de sus competencias. Comentarios preliminares al Dictamen 2/15 del TJUE. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2017. Vol. 21, no. 57 p. 403–429.

EECKHOUDT, Piet, 2015, Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue - Autonomy or Autarky. *Fordham International Law Journal*. 2015. Vol. 38, p. 955.

GOVAERE, Inge, 2016, TTIP and Dispute Settlement: Potential Consequences for the Autonomous EU Legal Order. *College of Europe - Research Paper in Law*. 2016. No. 1 p. 1–22.

HAINBACH, Philip, 2018, The CJEU's Opinion 2/15 and the Future of EU Investment Policy and Law-Making. *Legal Issues of Economic Integration*. 2018. Vol. 45, no. 2 p. 199–210.

HALBERTSTAM, Daniel, 2015, "It's the autonomy, stupid!" A modest defense of Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR, and the Way forward. *German Law Journal*. 2015. Vol. 16, no. 1 p. 105.

HINDELANG, Steffen, 2012, Circumventing primacy of EU Law and the CJEU's monopoly by resorting to Dispute Resolution mechanisms provided for in inter-se Treaties? The case of Intra-EU Investment Arbitration. *Legal Issues of Economic Integration*. 2012. Vol. 39, no. 2 p. 179–206.

HINDELANG, Steffen, 2015, Repellent Forces: the CJEU and Investor-State Dispute Settlement. *Archiv des Völkerrechts*. 2015. Vol. 53, p. 79.

KLEIMANN, David and KUBEK, Gesa, 2018, The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU: The Case of CETA and Opinion 2/15. *Legal Issues of Economic Integration*. 2018. Vol. 45, no. 1p. 13–46.

KRENN, Christoph, 2015, Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession After Opinion 2/13. *German Law Journal*. 2015. Vol. 16, no. 1p. 147.

LAZOWSKI, Adam and WESSEL, Ramses, 2015, When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR. *German Law Journal*. 2015. Vol. 16, no. 1 p. 179.

LENK, Hannes, 2016, An Investment Court System for the New Generation of EU Trade and Investment Agreements: A Discussion of the Free Trade Agreement with Vietnam and the Comprehensive Economic and Trade Agreement with Canada. *European Papers*. 2016. Vol. 1, no. 2p. 665–677.

LENK, Hannes, 2017, Investment Arbitration under EU Investment Agreements: Is There a Role for an Autonomous EU Legal Order? *European Business Law Review*. 2017. P. 161.

LOCK, Tobias, 2011, Walking on a tightrope: The Draft ECHR accession agreement and the autonomy of the EU legal order. *Common Market Law Review*. 2011. Vol. 48, p. 1025–1054.

POTESTÀ, Michele, 2009, Bilateral Investment Treaties and the European Union. Recent Developments in Arbitration and Before the ECJ. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*. 2009. Vol. 8, p. 225–245.

WEAVER, Mark, 2014, The proposed Transatlantic and Investment Partnership (TTIP): ISDS Provisions, Reconciliation, and Future Trade Implications. *Emory International Law Review*. 2014. Vol. 29, p. 225–275.

WILSKE, Stephan and EDWORTHY, Chloe, 2016, The Future of Intra-European Union BITs: A Recent Development in International Investment Treaty Arbitration against Romania and Its Potential Collateral Damage. *Journal of International Arbitration*. 2016. Vol. 33, no. 4 p. 331–352.

ZIEGLER, Katja S., 2016, Beyond Pluralism and autonomy: Systemic Harmonization as a paradigm for the interaction of EU law and international law. *Yearbook of European Law*. 2016. Vol. 35, no. 1p. 684.

VIOLAÇÕES CONTEMPORÂNEAS AOS DIREITOS HUMANOS: A VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES NO BRASIL E NA UNIÃO EUROPEIA

Ana Cláudia Augusto Pinheiro³⁰⁹

Ana Cristina Augusto Pinheiro³¹⁰

RESUMO: O presente estudo visa analisar os desafios legais, jurídicos e interdisciplinares da sociedade contemporânea no contexto da violação dos direitos da mulher que sofre violência em seus diversos aspectos, no Brasil e na União Europeia, assim como a efetividade das políticas públicas no combate à violação dos direitos humanos que envolvem o tema, assim como as mútuas responsabilidades entre o Estado e a sociedade civil globalizada, no cenário atual. As fontes de consulta se baseiam em fundamentos legais, tratados, convenções e em doutrina concernente à prevenção e combate à violência contra a mulher. Ao final, apresenta-se proposta voltada à mudança de paradigma quanto à implementação de ações concretas tendo em vista a conscientização e a educação para o cumprimento das responsabilidades humanitárias, requisitos indispensáveis para a humanização da sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Desafios; Direitos da Mulher; Violência; Direitos Humanos.

ABSTRACT: This study aims to analyze the legal, juridical and interdisciplinary challenges of contemporary society in the context of the violation of the rights of women who suffer violence in their various aspects, in Brazil and in the European Union, as well as the effectiveness of public policies in the fight against rape rights, as well as the mutual responsibilities between the State and globalized civil society, in the current scenario. The sources of consultation are based on legal grounds, treaties, conventions and doctrine concerning the prevention and combating of violence against women. At the end, a proposal is presented aimed at the paradigm change regarding the implementation of concrete actions in order to raise awareness and education for the fulfillment of humanitarian responsibilities, indispensable requirements for the humanization of society.

KEYWORDS: Challenges; Women rights; Violence; Human rights

³⁰⁹ Advogada, Mestranda em Direito da União Europeia e Especialista em Direito Penal e Processual. Membro do IBCCrim (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e do Law and Society Association. E-mail: draanaclaudiapinheiro@gmail.com

³¹⁰ Advogada, professora da Graduação e Pós-Graduação da UNESA, Mestre em Direito e Especialista em Direito Civil e Processo Civil. Membro do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito se Família) e do Law and Society Association. Mediadora qualificada pelo TJ/RJ. E-mail: krispinheiro@uol.com.br.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo analisar os desafios da sociedade contemporânea em relação aos direitos humanos e a efetividade do cumprimento das mútuas responsabilidades do Estado e da sociedade civil na educação e no combate à violência contra a mulher no convívio familiar. De pronto, cabe assinalar que, na sociedade moderna, marcada por valores vinculados ao superdimensionamento dos direitos humanos, não raro, os grupos vulneráveis, como as mulheres, como no tema em questão, sofrem violência doméstica, que caracteriza violação dos direitos humanos.

É interessante registrar que, na esteira teleológica de documentos internacionais que conferem ênfase aos direitos humanos, em geral, os países (como ocorre no direito brasileiro e união europeia), propiciam fundamentos legais (constitucionais e infraconstitucionais) à proteção da dignidade da pessoa humana, que inclui expressamente garantia da proteção dos direitos humanos.

Todavia, em consenso, admite-se que a legislação, embora condição necessária, não é suficiente à solução de problemas vividos no convívio familiar, mormente aqueles de natureza relacional-emocional, que ocorrem no seio familiar, culminando em violência doméstica.

Ademais, a presente reflexão se assenta no pressuposto de que, nas últimas décadas, evidencia-se o movimento sociocultural, em que os direitos humanos foram potencializados através de legislações, declarações, tratados e convenções, cujo arcabouço teórico se assenta na dignidade da pessoa humana. Porém, como cediço, as questões situadas no espaço das subjetividades não se transformam instantaneamente, a mudança é paulatina e gradativa.

Nessa linha de pensamento, é relevante registrar que as alterações de valores e costumes sociais exigem um novo olhar e uma interpretação equânime das leis, no intuito de contemplar e respeitar os direitos fundamentais elencados em legislações mundiais, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU.

Nessa ordem de raciocínio, não raro, o cotidiano dos tribunais na área de violência contra a mulher traz à lume conflito de interesses e emoções que podem transitar, dos mais elevados sentimentos aos mais mesquinhos e cruéis, pois um ato de violência denota desamor em relação ao próximo e, principalmente, em relação a si mesmo.

A complexidade dos desafios trazidos à decisão, por certo, requer conhecimentos que extrapolam o âmbito da legislação e outros fundamentos tradicionalmente empregados

Violações Contemporâneas aos Direitos Humanos: A Violência Contra as Mulheres no Brasil e na União Europeia

por profissionais do Direito. Não obstante a magnitude do problema, a produção científica jurídica e as políticas públicas existentes estão no caminho para reduzir ou minimizar o grave problema da violência, com a finalidade de trazer mais segurança e harmonia para as pessoas envolvidas e para a sociedade em geral.

Num esforço de delimitação do objeto de investigação, formularam-se as seguintes questões norteadoras:

Quais as perspectivas de atuação do Direito no caso específico de violência doméstica contra a mulher?

Quais medidas deverão ser adotadas para aperfeiçoamento das políticas públicas, ações sociais e privadas, no apoio às vítimas de violência, suas famílias e amigos, prestando-lhes serviços de qualidade, gratuitos e confidenciais?

Do ponto de vista metodológico, trata-se de pesquisa descritiva, cujas fontes abarcam doutrina, legislação, tratados e convenções internacionais atinentes aos aspectos centrais do objeto da reflexão e seus desdobramentos, procurando analisar as possibilidades da mediação no tratamento da violência contra a mulher.

Espera-se que, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, o estudo contribua para a sedimentação de alicerces à efetivação do combate à violação dos direitos humanos em relação à mulher, comprometido com a implementação de ações concretas tendo em vista a conscientização e a educação para o cumprimento das responsabilidades humanitárias, requisitos indispensáveis para a humanização da sociedade.

1- A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER COMO UM PROBLEMA GLOBALIZADO

A violência doméstica é um problema mundial e cultural de longa existência, cultural, que revela a existência de desigualdade entre os gêneros, em que a mulher sempre esteve em situações de inferioridade, principalmente, em relação a agressões ocorrida dentro de seus próprios lares, sendo, portanto, um ato de violação aos direitos humanos.

1.1 Um breve panorama da violência contra a mulher no Brasil

No Brasil, a lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006³¹¹, que entrou em vigor no dia 22.09.2006 ficou conhecida como Maria da Penha em homenagem à biofarmacêutica,

³¹¹ De acordo com o art.1º, das disposições preliminares esta lei, cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação

que no ano de 1983, foi vítima de uma tentativa de homicídio por seu ex-marido e é considerada uma das três melhores leis do mundo pelo Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher.³¹²

No Brasil, foi criada a ONU Mulheres, baseada no legado do Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher (UNIFEM) para garantir os direitos humanos das mulheres no mundo.³¹³

A violência doméstica e familiar contra a mulher consiste em toda forma de violência praticada dentro do âmbito familiar, que pode ser empregada de diversas maneiras, tais como: física, psicológica, sexual, patrimonial, moral e outras.

1.2 O panorama da violência contra a mulher na União Europeia

A violência contra as mulheres e a violência baseada no gênero continuam a ser fenômenos generalizados na União Europeia, de acordo com pesquisa feita pela Agência dos Direitos Fundamentais sobre a violência contra as mulheres, em 2014, em consonância com demais estudos realizados, um terço das mulheres na Europa foi vítima de atos de violência física ou sexual pelo menos uma vez durante a idade adulta, uma em cada cinco mulheres (18 %) foi perseguida, 20 % das jovens (18 a 29 anos) foram alvo de assédio sexual, uma em cada vinte mulheres foi violada e mais de um décimo das mulheres foi vítima de situações de violência sexual sem consentimento ou com recurso à força.³¹⁴

É cediço que a maioria dos incidentes de violência não são devidamente comunicados às autoridades, criando assim uma cifra negra da criminalidade neste aspecto e demonstra quão importante se faz um programa de conscientização e exemplificação de que tipos de violência as mulheres vêm sofrendo ao longo do tempo e principalmente mecanismos de incentivo e proteção para que as mesmas se sintam encorajadas e protegidas para denunciar e relatar suas experiências buscando assim a ajuda necessária, garantindo que

de violência doméstica e familiar. Em sua forma de aplicação é vista como mecanismo que encoraja as mulheres a denunciar e formalizar as agressões ou outros tipos de violência sofrida. Esta lei prevê medidas cuja função é proteger mulheres quando em situação de violência ou ameaçadas de morte. Em termos gerais, tipifica e define a violência doméstica e familiar contra a mulher, determinando que esta possa ser tanto física, quanto psicológica, sexual, patrimonial e/ou moral.

³¹² Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2011/07/110706_onu_mulher_relatorio_rp. Acesso em 19/05/2018.

³¹³ A ONU Mulheres foi criada, em 2010, para unir, fortalecer e ampliar os esforços mundiais em defesa dos direitos humanos das mulheres. Segue o legado de duas décadas do Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher (UNIFEM) em defesa dos direitos humanos das mulheres. Disponível em <http://www.onumulheres.org.br/onu-mulheres/sobre-a-onu-mulheres/>. Acesso em 18/05/2018.

³¹⁴ Parlamento Europeu – Gabinete de Ligação em Portugal disponível em http://www.europarl.europa.eu/portugal/pt/atualidades_e_destaquas/destaquas/mulheres.html. Acesso em 17/05/2018.

os prestadores possam satisfazer as necessidades das vítimas, informando-as sobre os seus direitos e as formas de apoio existentes.

Com o objetivo de abordar este tema é importante ressaltar alguns momentos históricos que muito contribuíram para o estudo e implementação de políticas públicas sobre essa causa.

1.2.1 Conferência Mundial

A Primeira Conferência Mundial sobre a Situação da Mulher foi realizada em 1975 na Cidade do México durante o Ano Internacional da Mulher, com o objetivo de conscientizar sobre a discriminação contra as mulheres pelo mundo.³¹⁵ A conferência consagrou um símbolo na luta em prol das mulheres e deu início a uma nova etapa dos esforços para alcançar igualdade de gênero. O seu principal objetivo era atrair a atenção mundial para as necessidades das mulheres, agregando esforços e estratégias para o empoderamento das mulheres. Por orientações da Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU) foram estabelecidos três principais objetivos que norteariam os trabalhos da Organização das Nações Unidas (ONU) a favor das mulheres e meninas em torno do mundo, quais sejam: A plena igualdade e eliminação da discriminação de gênero; A integração e a plena participação das mulheres no desenvolvimento; A maior contribuição das mulheres no fortalecimento da paz mundial.

A partir das discussões fomentadas durante a Conferência, os participantes adotaram o Plano Mundial de Ação, documento que traçava as metas e os objetivos a serem conquistados pelos Estados nos anos seguintes. A meta era assegurar os direitos básicos das mulheres, garantindo o pleno e igualitário acesso a educação, oportunidades de emprego, planejamento familiar, serviço de saúde, participação política.

A I Conferência Mundial sobre a Mulher promoveu a criação do Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher (UNIFEM)³¹⁶ e o Instituto Internacional de Treinamento e Pesquisa para a Promoção da Mulher (INSTRAW)³¹⁷, resalte-se ainda que das 133 delegações dos Estados, 113 foram lideradas por mulheres. Importante também mencionar que nesta Conferência estiveram presentes pessoas de diferentes gêneros, culturas, realidades, compartilhando suas experiências e posicionamentos em relação a realidade feminina em seu país, contribuindo para a institucionalização de um movimento internacional.

³¹⁵ Disponível em <http://www.onumulheres.org.br/planeta5050-2030/conferencias/>. Acesso em 17/05/2018

³¹⁶ disponível em <http://www.unifem.org.br>. Acesso em 19/05/2018

³¹⁷ disponível em http://www.un.org/womenwatch/ianwge/gm_facts/Instraw.pdf. Acesso em 17/05/2018

1.2.2. Convenção de Istambul

A Convenção do Conselho da Europa para Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica, designada por Convenção de Istambul entrou em vigor a 1 de Agosto de 2014.³¹⁸

A Convenção, reconhece a existência da violência contra homens, mas afirma que os vários tipos de violência nela descritos atingem de forma desproporcionada as mulheres e concebe a violência contra as mulheres como violência de género, de carácter estrutural e epidémico em todas as sociedades, e que tem sido legitimada como “natural” e “inevitável” pela cultura.

A Convenção de Istambul define violência contra as mulheres como uma violação dos Direitos Humanos, uma verdadeira discriminação, qualificando como violência de género que podem ser de natureza física, psicológica, sexual ou económica, inclusive a ameaça de tais atos, bem como a coerção e privação da liberdade.

Por conseguinte define violência doméstica como todos esses atos de violência que ocorrem no seio da família ou do lar ou entre os atuais ou ex-cônjuges ou parceiros, convivendo ou tendo convivido, ou não, o mesmo domicílio que a vítima.

Para maior esclarecimento define também a Convenção o conceito de género, que se são os papéis, os comportamentos e as atribuições socialmente reconhecidos como apropriados as mulheres e homens.

Ainda nesta seara designa que violência baseada no género é aquela praticada pelo simples fato da vítima ser mulher ou que afete desproporcionalmente as mulheres. Enquadra-se como vítima toda pessoa física que esteja submetida a estes tipos de violências determinados pela Convenção, abrangendo as mulheres, inclusive as menores de 18 anos.

A Convenção reconhecendo a vida perigosa que as mulheres e meninas enfrentam na família, na escola, no trabalho, na rua, inclusive as práticas discriminatórias de que são alvo apenas por pertencer ao género feminino, decidiu redigir um documento voltado para as mulheres garantindo neste o direito de viverem sem violência e sem medo.

A Convenção de Istambul é o primeiro instrumento jurídico internacional com força de lei. Portugal foi o primeiro membro da União Europeia a ratificar a Convenção encontrando-se em vigor desde 1 de agosto de 2014. A assinatura é aberta a todos os Estados do mundo e em 2017 conta com a participação de mais de 40 países, incluindo a União Europeia.

³¹⁸ disponível em <https://rm.coe.int/168046253d>. Acesso em 17/05/2018

Violações Contemporâneas aos Direitos Humanos: A Violência Contra as Mulheres no Brasil e na União Europeia

A Resolução do Parlamento Europeu, de 24 de novembro de 2016 (2016/2966(RSP))³¹⁹ levou em consideração várias questões para finalmente aderir à Convenção de Istambul, ressaltando-se as seguintes:

- O custo anual da violência contra as mulheres e da violência baseada no gênero para a União Europeia foi estimado em 228 mil milhões de euros em 2011, dos quais 45 mil milhões de euros por ano são gastos nos serviços públicos estatais e 24 mil milhões com perdas na produção econômica;

- O Compromisso estratégico para a igualdade de gênero (2016-2019)³²⁰, reconhecendo que a violência contra as mulheres e baseada no gênero prejudicam a saúde e o bem estar das mulheres, vindo a refletir em sua vida pessoal, profissional e consequentemente econômica, constituindo um dos principais motivos na desigualdade de gênero

- Fatores de etnia, religião ou crença, estado civil, saúde, idade, estatuto de migração, deficiência, classe social, orientação sexual corroboram para tornar as mulheres mais vulneráveis a várias formas de discriminação, necessitando de uma proteção especial;

- A tolerância da violência contra as mulheres, considerada como de foro privado, com demasiada facilidade corrobora para a impunidade dos autores, mesmo sendo uma violação dos direitos fundamentais e de um crime grave. Se fazendo necessário quebrar o silêncio e a solidão das mulheres vítimas de violência;

- A adoção da diretivas da União Europeia sobre violência contra mulheres e as raparigas, bem como o Quadro Estratégico e o Plano de Ação da União Europeia para os Direitos Humanos e a Democracia, demonstra a vontade política de tratar destas questões, não permitindo que haja incoerência entre a retórica e a prática;

- A conscientização de que são necessárias ações conjuntas para combater a violência contra as mulheres nos domínios judicial, jurídico, social, cultural, educativo, sanitário a fim de aplicar a lei e reduzir a violência;

- A proposição da adesão da União Europeia à Convenção de Istambul em 04 de março de 2016, onde todos os Estados-Membros assinaram, porém, apenas catorze a ratificaram, pressionando cada Estado-Membro para que ratifique este instrumento.

³¹⁹

Disponível

em:

http://www.europarl.europa.eu/portugal/pt/atualidades_e_destaquos/destaquos/mulheres.html. Acesso em 17/05/2018.

³²⁰ Disponível em: http://cite.gov.pt/pt/destaquos/complementosDestqs2/Compromisso_IG.pdf. Acesso em 17/05/2018

É perceptível a busca de melhorias nesta questão com a real preocupação e comprometimento de erradicar se não de diminuir a desigualdade de gênero e a violência contra as mulheres.

Cabe salientar o artigo 2º do Tratado da União Europeia³²¹ e o artigo 23º da Carta dos Direitos Fundamentais³²² que obrigam a promoção e intervenção em prol da igualdade de gênero.

Imperioso citar o Artigo 1º do Tratado Internacional de Roma³²³ que também versa sobre os Direitos Humanos.

Há que se reconhecer que a violência contra a mulher é uma manifestação das relações de poder mais antigas e desiguais entre homens e mulheres culminando com a dominação e discriminação das mulheres pelos homens, privando-as de seu pleno progresso e desenvolvimento, mantendo-as em uma posição de subordinação em relação aos homens.

Dentre os vários tipos de violência praticados contra as mulheres podemos citar a violência doméstica, o assédio sexual, a mutilação genital, a violação, o casamento forçado, que constituem uma violação grave aos direitos humanos e um grande obstáculo à promoção da igualdade entre as mulheres e os homens.

2- INICIATIVAS PARA A EFETIVAÇÃO DAS LEIS PROTETIVAS DOS DIREITOS HUMANOS INERENTES ÀS MULHERES

Mesmo com todos os avanços ocorridos na área, a efetivação dos direitos das mulheres demanda ações concretas de todos, não apenas do ponto de vista formal, mas também na realidade do cotidiano dos relacionamentos e do convívio social.

Ainda há muitas formas de discriminação e violência em razão de gênero que impactam nas relações de família, pois as normas jurídicas não são suficientes para mudar a realidade de discriminação e violência contra a mulher.

2.1 Os avanços da proteção contra a violação dos direitos da mulher no Brasil

No Brasil, além da criação da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), foram criados os Conselhos de Direitos da Mulher têm papel relevante na concretização dos direitos da mulher, através da fixação de diretrizes e fiscalização de políticas públicas.

³²¹ Disponível em http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF. Acesso em 17/05/2018

³²² Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em 17/05/2018.

³²³ Disponível em: <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32011D0168>. Acesso em 17/05/2018

Violações Contemporâneas aos Direitos Humanos: A Violência Contra as Mulheres no Brasil e na União Europeia

As atribuições do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher vêm ao encontro das ações desenvolvidas pela Comissão de Gênero e Violência Doméstica do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito e Família).³²⁴

Importante mencionar que duas leis foram sancionadas em abril de 2018 com o intuito de propiciar maior efetividade ao enfrentamento da violência contra a mulher no Brasil. A primeira é a [Lei 13.641/2018](#)³²⁵, que altera dispositivos da lei Maria da Penha e torna crime o descumprimento de medidas protetivas de urgência. A outra é a [Lei 13.642/2018](#)³²⁶, que atribui à Polícia Federal investigações de casos de misoginia na internet.

Em entrevista sobre as leis acima aludidas, a advogada Adélia Pessoa, presidente da Comissão de Gênero e Violência Doméstica do IBDFAM, afirma que os direitos humanos da mulher estão inseridos em várias tratativas internacionais, e assim também deve ocorrer em nosso País: “*A Lei Maria da Penha já estabelece que a violência contra as mulheres é uma violação dos direitos humanos. O Brasil, portanto, tem o dever de enfrentar a discriminação contra as mulheres, como violação dos direitos humanos*”.³²⁷

2.2 Os avanços da proteção contra a violação dos direitos da mulher na União Europeia

A promoção da igualdade entre homens e mulheres é uma das principais atribuições da União Europeia, sendo a igualdade de gênero um valor fundamental, para tanto através da Comissão para a igualdade entre homens e mulheres 2010-2015 atribuiu a prioridade de cinco grandes domínios de ação:

- Igualdade em termos de independência econômica; - igualdade de remuneração por trabalho de igual valor; - igualdade no processo de tomada de decisões; - dignidade, integridade e fim da violência baseada no gênero; - igualdade entre homens e mulheres fora da União Europeia.

E esses cinco grandes domínios permanecem válidos sendo incorporados também pela Comissão para a igualdade entre homens e mulheres 2016-2019 e as medidas adotadas ainda precisam de mais tempo para produzir os resultados almejados e necessários, deve-se

³²⁴ Este trabalho, segundo a promotora de Justiça aposentada, atualmente advogada, Adélia Moreira Pessoa, presidente da Comissão de Gênero e Violência Doméstica do IBDFAM, inclui a coleta de dados e pesquisas relacionados à violência/discriminação contra as mulheres e também à realização de campanhas, encontros, cursos, palestras e seminários interdisciplinares, em parceria com organizações da sociedade civil e do Estado. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6629/IBDFAM+passa+a+integrar+o+Conselho+Nacional+dos+Direitos+da+Mulher>. Acesso em 20/05/2018.

³²⁵ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13641.htm

³²⁶ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13642.htm

³²⁷ Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6580/Leis+sancionadas%2C+nesta+semana%2C+propiciam+maior+efetividade+ao+enfrentamento+%C3%A0+viol%C3%Aancia+contra+a+mulher>. Acesso em 20/05/2018.

também levar em consideração que as alterações socioeconômicas por conta da crise econômica, a imigração e a integração têm influenciado a desigualdade de gênero. Outro objetivo desta Comissão é estabelecer um quadro de referência visando reforçar o Pacto europeu para igualdade entre homens e mulheres 2011-2020.

A União Europeia está firmemente empenhada em desempenhar um papel de liderança nestas questões, estabelecendo condições essenciais para o desenvolvimento sustentável, equitativo e inclusivo. Se compromete a combater radicalização e o extremismo, que denigrem as mulheres, violando sua dignidade e direitos.

Está também empenhada no cumprimento dos compromissos assumidos para com os direitos das mulheres em todas as instâncias internacionais, na Convenção relativa à eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, na esfera da Plataforma de Ação de Pequim das Nações Unidas e o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre a população e o Desenvolvimento.

A União Europeia se compromete a garantir um quadro jurídico europeu coerente para prevenir e combater a violência contra as mulheres e a violência baseada no gênero proporcionando uma maior coerência e eficácia nas políticas internas e externas assegurando um melhor acompanhamento, interpretação e aplicação da legislação, dos programas e dos fundos pertinentes para a Convenção, reforçando a prestação de contas a nível internacional.

Imperioso mencionar que os direitos e a emancipação das mulheres e meninas, assim como a igualdade de gênero, estão inclusos da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas, como objetivo autônomo e como questão transversal integrada nos objetivos e indicadores de todos os objetivos de desenvolvimento sustentável.

328

Mesmo diante de todos esses atos, o que tem contribuído bastante na busca da igualdade de gênero a realidade ainda é outra, pois a violência baseada no gênero é generalizada e se apresenta de várias formas: uma em cada três mulheres foi vítima de violência física ou sexual, 5% foram violadas a partir dos 15 anos e 20% foram vítimas de

³²⁸O Parlamento Europeu, através da Resolução 2016/2966 convida o Conselho a aplicar a cláusula “passerelle”, ou seja, termo que designa a passagem à jurisdição comunitária de áreas ou políticas. Pode representar o alargamento da competência legislativa da União quando se “comunitarizarem” áreas que eram responsabilidade dos Estados-Membros, através da adoção de uma decisão unânime que identifique a violência contra as mulheres e as meninas (e outras formas de violência baseada no gênero) como um dos domínios de criminalidade enumerados no artigo 83.º, n.º 1, do TFUE. Também solicita o Parlamento aos Estados-Membros e às partes interessadas que, em parceria com a Comissão, as organizações de mulheres e as organizações da sociedade civil, ajudem na divulgação de informações sobre a Convenção, os programas da União Europeia e a viabilidade de financiamento que estes proporcionam no âmbito do combate à violência contra as mulheres e da proteção das vítimas. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=PT>. Acesso em 17/05/2018.

Violações Contemporâneas aos Direitos Humanos: A Violência Contra as Mulheres no Brasil e na União Europeia

assedio, a violência é praticada em diversos lados, casa, trabalho, rua, internet independente das classes sociais. Ainda temos a grave questão da mutilação genital tendo em vista que se estima que meio milhão de mulheres e meninas na União Europeia corram o risco de ser vítimas desta prática nefasta. Além disso, as mulheres e meninas constituem a maioria das vítimas de tráfico de seres humanos (68% mulheres, 17% homens, 12% meninas e 3% meninos).³²⁹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Indispensável ampliar o intercâmbio de informações e a atuação articulada com outras instituições e entidades que atuem mundialmente na área, em uma interação com outros órgãos e entidades públicas ou privadas, objetivando a integração de esforços e, quando for o caso, o desenvolvimento de ações conjuntas ou simultâneas, o que já vem ocorrendo, em vários setores da sociedade civil, através de órgãos como o IBDFAM, no Brasil, do Judiciário, do Ministério Público, das universidades, profissionais capacitados, organizações não governamentais, serviços voluntários que se disponham a cooperar para suprir as falhas do Estado, que não pode ser cúmplice da impunidade. Necessário que as mulheres se sintam acolhidas e os homens sejam conscientizados para minimizar a prática desse crime tão antigo e tão habitual na sociedade global.

Diante do exposto percebemos que muito já foi realizado, mas ainda há muito que se fazer para que venhamos a atingir a tão sonhada igualdade, onde todos, de forma proporcional e igualitária venham usufruir dos direitos consignados desde a criação do mundo, como liberdade e segurança. Por isso, a luta deve ser constante e incessante a fim de fazermos a nossa parte para tornar o mundo em que vivemos melhor.

REFERÊNCIAS:

Brasil, Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13641.htm. Acesso em 20/05/2018

_____, Lei 13.641/2018, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13642.htmv

³²⁹ Disponível em: http://cite.gov.pt/pt/destaques/complementosDestqs2/Compromisso_IG.pdf. Acesso em 17/05/2018.

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em 17/05/2018.

Comissão de Gênero e Violência Doméstica do IBDFAM, disponível em <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6629/IBDFAM+passa+a+integrar+o+Conselho+Nacional+dos+Direitos+da+Mulher>. Acesso em 20/05/2018.

Compromisso Estratégico para igualdade de gênero 2016-2019, disponível em: http://cite.gov.pt/pt/destaques/complementosDestqs2/Compromisso_IG.pdf. Acesso em 17/05/2018.

Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica, disponível em <https://rm.coe.int/168046253d>. Acesso em 17/05/2018

INSTRAW - Instituto Internacional de Pesquisas e Capacitação para o Progresso da Mulher, disponível em http://www.un.org/womenwatch/ianwge/gm_facts/Instraw.pdf, Acesso em 17/05/2018.

ONU Mulheres Brasil, disponível em <http://www.onumulheres.org.br/planeta5050-2030/conferencias>. Acesso em 17/05/2018.

Parlamento Europeu – Gabinete de Ligação em Portugal, disponível em: http://www.europarl.europa.eu/portugal/pt/atualidades_e_destaque/destaque/mulheres.html. Acesso em 17/05/2018.

Tratado da União Europeia, disponível em http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e12c7011e6b49701aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF. Acesso em 17/05/2018

UNIFEM - em defesa dos direitos humanos das mulheres. Disponível em <http://www.onumulheres.org.br/onu-mulheres/sobre-a-onu-mulheres/>. Acesso em 18/05/2018.

REVISITING THE PARADIGM OF PRIVATE SPHERE ON PERSONAL DATA PROTECTION IN THE EUROPEAN UNION – A PORTUGUESE APPROACH

Inês Pereira de Sousa³³⁰

Abstract: Life in society translates, inevitably, into the provision of personal information. The processing of such data may, however, be excluded from the scope of Regulation (EU) 2016/679 if it constitutes the processing of personal data carried out by a natural person in the course of a purely personal or household activity. Nevertheless, even if such exception is not fulfilled, this does not automatically determine the illegality of the processing that did not observe the principles and rules concerning the protection of personal data. In this assessment, legitimate interests are considered and, specifically according to the portuguese law, the safeguard of ‘sensitive data’ is imperative.

Recent portuguese case-law indicates that the digital age, which encourages public exposure, raises debate on the permeability of the private sphere boundaries, demonstrating that a purely personal activity involving the processing of personal data could represent an activity whose exercise may be legally preventable.

Keywords: data protection; processing of personal data; personal or household activity; legitimate interests; limits of private life; portuguese case-law.

I. The private sphere and the processing of personal data

Freedom, a condition of any democracy system³³¹, is a reflex of diverse aspects of human life, involving a constant consideration of antagonistic interests in order to achieve it. To be free entails not only the paradigmatic freedom of expression, but also the respect for private and family life. Inherent to human dignity, privacy requires the protection of private data, even though their holders may publicly and voluntarily expose their life. This is the great challenge of modern society in terms of privacy: to protect individuals from

³³⁰ Invicted Lecturer of European Union Law and International Law and Doctoral student at the Faculty of Law of Universidade Católica Portuguesa, Porto, Portugal.

³³¹ MALHEIROS, José Vítor. Um Mundo de Coisas a Esconder. *Revista Fórum de Proteção de Dados*, July 2015, no. 1, p. 11-16.

themselves.³³² Data disclosure may be conscious, but its repercussions are not always notorious at the time of the act that encompasses personal exposure because, on the one hand, we share information with certain persons but we do not want anyone else to have access to it³³³ or, on the other hand, due to the fact that the new technologies allow the collection and processing of personal data³³⁴ and we are not aware that our digital footprint can (and will) always be viewed or used by someone for a given purpose we do not know or control³³⁵.

Life in society translates, inevitably, into the restriction of our freedom. The most miscellaneous daily activities may imply the provision of private information. From the moment we introduce ourselves to someone or send our *curriculum vitae* to the moment we fill out a form in a medical clinic or make a purchase on a website, we are constantly sharing personal information and revealing details of our private sphere. This is a scrutiny that we socially accept, otherwise we would be deprived of social interaction, legal business, world news, job offers and leisure activities³³⁶.

The safeguard of privacy requires a careful protection of personal data, whose treatment must comply with the principles of protection laid down recently in Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and the free movement of such data. However, its provisions do not apply to all activities involving the processing of personal data, as is the case of exclusively personal or household activities, whose concept has been materialized by the Court of Justice of the European Union (ECJ) alongside European integration and technological developments, putting the limits of the private sphere into perspective.

³³² Accordingly, FILIPA CALVÃO stated that the right to privacy is so threatened today, largely because of the widespread use of information technology and systems that involve operations on personal information (CALVÃO, Filipa. O modelo de Supervisão de Tratamentos de Dados Pessoais na União Europeia: da Atual Diretiva ao Futuro Regulamento. *Revista Fórum da Proteção de Dados*, July 2015, no. 1, p. 39).

³³³ As defended by JOSÉ VÍTOR MALHEIROS, we all protect certain information because we want to shape the *persona* that we want to show to certain persons (MALHEIROS, José Vítor. Um Mundo de Coisas a Esconder. *Revista Fórum de Proteção de Dados*, July 2015, no. 1 p. 12).

³³⁴ In accordance with Deliberation no. 1495/2016 of *Comissão Nacional de Proteção de Dados* (the portuguese Data Protection authority), Internet facilitates the collection, crossing and cross-checking of personal data, allowing the creation of behaviour and identity profiling (available at <https://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/DEL_1495_2016_dados_alunos_Internet.pdf>). About this issue, see VERMEULEN, Mathias. Regulation Profiling in the European Data Protection Regulation – an interim insight into the drafting of article 20, 2013).

³³⁵ In respect of “Big Data” issue, see MALHEIROS, José Vítor. Um Mundo de Coisas a Esconder. *Revista Fórum de Proteção de Dados*, July 2015, no. 1, p. 15.

⁶ New information and communication technologies have changed significantly social, public and private context therefore living isolated is very difficult (see ANTUNES, Luís Filipe. A Privacidade no Mundo Conectado da Internet das Coisas. *Revista Fórum da Proteção de Dados*, January 2016, no. 2, p. 53).

³³⁶ New information and communication technologies have changed significantly social, public and private context therefore living isolated is very difficult (see ANTUNES, Luís Filipe. A Privacidade no Mundo Conectado da Internet das Coisas. *Revista Fórum da Proteção de Dados*, January 2016, no. 2, p. 53).

Nevertheless, failure to comply with this exception does not translate automatically into invalidity of treatment, since, at a later stage, the weighting of conflicting interests and rights may legitimise the action when carried out without observing the applicable principles and provision concerned. Furthermore, in the current era, a remarkably delicate transition is taking place. It may be noted that certain kinds of processing of personal data, which would in principle relate to purely personal or household activities and, consequently, be considered legal even without the observation of personal data protection regime, are susceptible to be legally reprehensible due to the emergence of new technological challenges and the assessment of the associated risks.

The world of technology has encouraged public exposure and brought a compression of individuals' private life. The more we give it, the more it takes from us. This seems to be the exact description of the position of technology in relation to our privacy not only by virtue of voluntary exposure, which naturally reduces it, but also due to harmful (actual and potential) consequences resulting from such behaviour that, in the final analysis, could make it unadvisable from an ethical and legal point of view, even though it did not aim to cause any privacy intrusion regarding others.

II. From the treatment of personal data in the exercise of exclusively personal or domestic activities - the limits of the private sphere

The repealed Directive 95/46/EC³³⁷ and current Regulation 2016/679 concerning the processing and the free movement of personal data exclude from the scope of such protection the processing of personal data carried out by a natural person in the exercise of an exclusively personal or household activity, which means that not all information processing related to an identified or identifiable natural person should observe such provisions.

Compared to Directive 95/46/EC⁷, recital 18 of General Data Protection Regulation provides a better understanding of this exception, giving examples such as exchange of correspondence and the holding of addresses, social networking activities and online activities undertaken within the context of such actions. Indeed, Article 2(2)(c) of Regulation 2016/679 establishes that the conditions arising from the protection of personal data such as the requirement of the data holder's consent or the obligation to notify the treatment to

³³⁷ Specifically, recital 12 and Article 3(2).

the national supervisory authority do not apply to these activities involving the processing of personal data.

In order to identify the scope of this exception, it will be necessary to comprehend under what circumstances an activity exceeds its limits³³⁸ and to know whether the activity has no connection to professional or commercial activity. In this regard, we refer paradigmatically to the *Bodil Lindqvist* case³³⁹, in which, although the treatment of personal data belonging to the volunteers of a Swedish parish by Mrs. *Lindqvist* may seem innocuous and inspired by altruistic and non-profit purposes, it does not fit into the concept of exclusively personal or household activity.³⁴⁰ The exception at issue concerns only private activities designed to remain personal, which has clearly been exceeded *in casu*, since the publication of personal data of others on the Internet had an undeniable "strong social connotation"³⁴¹ and was accessible to every single person (through a link on the website of the Swedish Church), overpassing, in accordance with the ECJ, the freedom of expression.³⁴²

If the processing does not fall within the scope of such exception, it should observe the data protection rules. Notwithstanding, it does not mean that the processing of personal data which has not complied with such provisions is irretrievably illegal. In truth, the framing of the facts in the data protection field of application does not determine the immediate unlawfulness of the processing carried out, since, in the light of Article 6(1)(f) of the new Regulation (corresponding to the previous Article 7(f) of the Directive), it may be justified when grounded on legitimate interests pursued by the controller or a third party, provided that the interests or fundamental rights and freedoms of the personal data holder do not prevail over the first ones. In the *Lindqvist* case, it was clear that the right of privacy of Mrs. *Lindqvist's* colleagues, volunteers of the parish, who gave no consent to such public exposure, clearly preceded her freedom of expression. Although Mrs. *Lindqvist's* treatment appears harmless (in view of its objective and the given the lack of profit motive or existence of an economic activity), it cannot be considered lawful given the preponderance of the data holders' rights.

³³⁸ According to RITA AMARAL CABRAL, it is excluded from the scope of the right to privacy everything that may be considered participation in *civis* life (see CABRAL, Rita Amaral. O Direito à Intimidade da Vida Privada (Breve reflexão acerca do artigo 80.º do Código Civil). In *Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 1989, p. 401).

³³⁹ Judgment of 6 November 2003, *Lindqvist*, C-101/01, EU:C:2003:596.

³⁴⁰ Opinion of 19 September 2002, *Lindqvist*, C-101/01, EU:C:2002:513.

³⁴¹ See paragraph 34 of such Opinion.

³⁴² See paragraphs 46 and 47 of such Judgment.

In this respect, in the *František Rynes* case³⁴³, Advocate General NIILO JÄÄKINEN sustained a broader and more current interpretation of the concept of ‘purely personal or household activities’ in order to cover “activities which are closely and objectively linked to the private life of an individual and which do not significantly impinge upon the personal sphere of others”, which may occur outside home, especially “in other places shared by family members, such as second homes, hotel rooms or private cars.”³⁴⁴ In fact, what is important to rule out of the application of personal data is the exclusively personal or household nature of the activity, which finds expression in the treatment through video surveillance performed inside the perimeter of Mr. *Rynes*’ house or even his home entrance.³⁴⁵ The same cannot be argued when video surveillance extends to public places, to persons who have no family ties and therefore could not be considered covered by the exception at stake.³⁴⁶ If the processing of personal data is not restricted to the protection of privacy as provided for in Article 7 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union³⁴⁷, it will constitute an interference in and infringement of the privacy of others which may (or not) be legitimised at a later stage when assessing the conflicting interests in the concrete case.

The cornerstone of the analysis regarding the legality of personal data processing³⁴⁸ requires that the legitimate interests of the data controller of third parties to whom the data are communicated prevail over the fundamental rights or freedoms of the data holder. For this purpose, European Union law requires a balanced appraisal of the opposing interests, the circumstances of the specific case and the fundamental rights at issue, according, for instance, from judgment *ASNEF*.³⁴⁹

Furthermore, it is necessary to emphasise the need of sensitive data protection. Recitals of Regulation 2016/679 underline this caution and its Article 9 forbids processing of personal data revealing racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical beliefs, or trade union membership, and the processing of genetic data, biometric data for the purpose of uniquely identifying a natural person, data concerning health or data

³⁴³ Judgment of 11 december 2016, *Rynes*, C-212/13, EU:C:2014:2428. About this case, see WOODS, Lorna. Bringind Data Protection Home? The CJEU rules on data protection and home CCTV. EU Law Analysis Blog, 11 December 2014.

³⁴⁴ Opinion of 10 July 2014, *Rynes*, C-212/13, EU:C:2014:2072, paragraph 51.

³⁴⁵ This case demonstrated “a spatial logic on the meaning of the exemption” (Butler, Oliver. The Expanding Scope of the Data Protection Directive: The Exception for a “Purely Personal and Household Activity”. University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 54/2015. 15 September 2015.

³⁴⁶ Opinion of 10 July 2014, *Rynes*, C-212/13, EU:C:2014:2072, paragraphs 54 to 58.

³⁴⁷ *Idem*, paragraph 51 and 52.

³⁴⁸ *Idem*, paragraph 64.

³⁴⁹ Particularly, paragraph 40 of Judgment of 24 November 2011, *ASNEF*, joined cases C-468/10 and C-469/10, EU:C:2011:777.

concerning a natural person's sex life or sexual orientation. Compared to the revoked Directive (in particular, Article 8(1)) the prohibition was extended to genetic, biometric and sexual orientation data, however Regulation provisions do not develop such concept and leave both the ECJ and the Member States space for discretion as regards its interpretation and implementation.³⁵⁰

Under portuguese law, the protection of 'sensitive data' results from Article 35(3)³⁵¹ of Constitution and Article 7(1) of current Law on the Protection of Personal Data (Law no. 103/2015, of 24 August) which, in strict compliance with the protection imposed by the fundamental rights of respect for privacy and protection of personal data,³⁵² stipulate that the processing of data relating to philosophical or political beliefs, party or trade union affiliation, religious faith, private life, racial or ethnic origin, as well as data on health and sex life, including genetic data, is prohibited except with express consent of the data holder. Consequently, portuguese courts must ensure the respect for 'sensitive data' and ascertain whether the data processing in question violates the core of the right to privacy, taking into consideration that it embraces diverse aspects, such as the person's past, feelings, health, patrimonial situation, ideological values and even domicile, which could be considered the main bulwark of the intimacy and private life.³⁵³

Within the private sphere, it will be consensual to refuse the immutability of its limits or, more specifically, the rigidity of the notion of exclusively domestic or personal activities and legitimate interests which may validate a processing of personal data, particularly in the digital age. Technological evolution has resulted in the birth of new realities, new forms of expression and exposure and new risks arising from modern society. Hence, certain personal and household activities require greater cautions and sometimes their exercise may be

³⁵⁰ Recital 10 of the Regulation at issue highlight this margin of manoeuvre for Member States for specify the processing of special categories of 'sensitive data'.

³⁵¹ Regarding this provision, see CANOTILHO, Gomes/ MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I – artigo 1.º a 107.º*, 4.º Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, ISBN 978-972-32-1462-8, p. 547-558. See, also, LOPES, Joaquim de Seabra. O Artigo 35.º da Constituição: da Génese à Atualidade e ao Futuro Previsível. *Revista Fórum da Proteção de Dados*, January 2016, no. 2, p. 14-49; CASTRO, Catarina Sarmiento e. Utilização da Informática – O artigo 35 da Constituição da República Portuguesa. *E-Pública: Revista Eletrónica de Direito Público*, December 2016, vol. 3, no. 3; and PINHEIRO, Alexandre Sousa. Privacy e proteção de dados pessoais: a dogmática do direito à identidade informacional. Lisboa: AAFDL Editora, 2015, p. 665 *et seq.*

³⁵² As provided for in Articles 7 and 8 of Charter of Fundamental Rights of the European Union; Article 8 of European Convention on Human Rights and Article 12 of Universal Declaration on Human Rights.

³⁵³ ²³See, for instance, Judgment of *Supremo Tribunal de Justiça* (portuguese Supreme Court), of 28 September 2011, case 22/09.6YGLSB.S2, Judge-Rapporteur SANTOS CABRAL, available at <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/25cd7aa80cc3adb0802579260032dd4a?OpenDocument>>.

In case of video surveillance, special emphasis to the guidelines of portuguese Data Protection authority, namely, Deliberation no. 61/2004 of 19 April, available at <<https://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/DEL61-2004-VIDEOVIGILANCIA.pdf>>.

inadvisable. In fact, the use of social networks entails a voluntary exposure of private life, the implications or effects of which are not always foreseeable. Digital development itself dictates what the negative consequences on privacy are.

Individuals, assuming to be protected behind a screen that separates them from the rest of the world, proceed to the publicity of images and personal information of themselves, family and friends. This activity, with the obvious limits imposed by the respect for the other's private life, can be considered an activity restricted to the private sphere. Still, it could lead to criticism or censorship in face of other emerging interests. As an example of this reality, a portuguese judgment of *Tribunal da Relação de Évora* (Évora Court of Appeal)³⁵⁴ expressly referred to the publication of images of a child on social networks by the mother as a behaviour to be avoided. Such processing of personal data could be identified as an activity of the private sphere, since parents, holders of parental responsibilities (which, moreover, results from Article 8 of Regulation 2016/679), will be able to show images of their children to their friends or relatives. A proud demonstration similar to this one was carried out in printed albums, but nowadays it is not uncommon to show photographs of the most varied activities of children on social networks. The associated risks, such as the potential visualization of these images by sexual predators, could infringe minors' protection and interests. Although the uploaded photograph does not give rise to any judgment of immorality or censorship, this conduct may be questionable in itself.

The mentioned portuguese court ruled that, in view of the child's best interest, parents should refrain from disclosing photographs or information allowing the identification of children in social networks. This is an avant-garde decision whose effects could be controversial, as it constitutes an interference by the State in the private life of its citizens³⁵⁵ with the imposition of a duty to abstain from an extremely common (and often pure) exhibition of pride and love.

Decisions of this nature entail the need to rethink the boundaries of the private sphere and the degree of exposure which may be considered compatible with the exercise of parental responsibilities. Which number of photographs determines excessive exposure? Is

³⁵⁴ 24Judgment of *Tribunal da Relação de Évora*, of 25 June 2015, case 789/13.7MSTB-B.E1, Judge-Rapporteur BERNARDO DOMINGOS, available at <<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/7c52769f1dfab8be80257e830052d374>>. About such case-law, see CALVÃO, Filipa. Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Évora – Regulação das responsabilidades parentais e cibercrime, de 25 de junho de 2015. *Revista Fórum de Proteção de Dados*, January 2016, no. 2, p. 134-135).

³⁵⁵ In compliance with mentioned Deliberation no. 1495/2016 of *Comissão Nacional de Proteção de Dados*, the portuguese court stated that such duty is adequate and proportionate to the safeguard of the right to privacy and child safety in cyberspace, prevailing the child's best interests over the principle of State non-interference in the private life of citizens.

a photograph of the whole family, including the minor, contrary to his or her superior interest? Is the safeguard of the child's right of privacy related to the parent's privacy policy on social networks? Or does the publication of any image immediately jeopardise the child's best interest?

Arising from the mentioned court's statement, there are some issues to assess, such as the State's duty of abstention³⁵⁶, the limits of private life and potential consequences linked with the fragility of social networks. Security and privacy policies, passwords and codes are useless in the face of cyber-attacks, allowing anyone, at any time, to have access to someone's private life. Nevertheless, is it not excessive to declare a duty to abstain from divulging images of children in social networks? If the disclosure is only revealed to a narrow group of friends, are the inherent risks similar to the risks associated to the existence of children images in places such as family members' or friends' houses?

We are certain that the children's vulnerability, due to their age and lack of physical and psychological maturity, legitimises a decision of this nature as an alert³⁵⁷ for the potential and adverse consequences. However, the outline of a non-disclosure imposition are not pacific, mainly because the exposure decision is so far considered primarily within the family, depending on reasonable judgements and geographical, cultural or educational differences, under penalty of unfounded State interference in individuals' private life.

III. Conclusions

The protection of personal data is a very permeable domain to technological and social innovations, requiring constant updating and weighting by European Union and national legislators and courts, and also by citizens in general. The processing of such information inspired protectionist improvements, as it results from the recently in force Regulation 2016/679³⁵⁸, which are closely related to the safeguard of private life sphere.

First of all, privacy boundaries are not always clear and their analysis involves the need to establish the scope of data protection regime, which excludes the processing of data

³⁵⁶ A duty designed against public interference and, therefore, such portuguese case-law could conflict with the purposes of the freedom of expression and respect for private life. In this respect, *see* VASCONCELOS, Pedro Bacelar de. *Direito à Informação, Privacidade e Proteção de Dados Pessoais. Revista Fórum da Proteção de Dados*, January 2016, no. 2, p. 9.

³⁵⁷ This protection, for similar reasons, should naturally extend to educational establishments that, sometimes, to promote their activities publish photographs of their students on social networks. Here the same concerns are aggravated by the fact that the controller of such processing is not the parental responsibility holder. In this regard, *see* above-mentioned Deliberation no.1495/2016 of *Comissão Nacional da Proteção de Dados*.

³⁵⁸ Concerning its positive elements, *see* DAVIES, Simon. *The Data Protection Regulation: A Triumph of Pragmatism over Principle?*. *European Data Protection Law Review*, vol. 2, issue 3, 2016, p. 291 *et seq.*

carried out by natural persons in the course of exclusively personal or household activities since they concern to individuals private life and do not interfere or constitute a breach of other's privacy.

Furthermore, when such processing goes beyond that limit it must observe the legal requirements otherwise the data treatment would only be lawful if it could be justified under one of the hypotheses laid down in Article 6 of Regulation 2016/679, *inter alia*, by legitimate interests pursued by the processing controller or a third party (as defined in Article 4(10)), which prevail over holders' rights. Nevertheless there are certain special categories of personal data, referred as 'sensitive data', that should not be affected or used as indicated in Article 9 (and recitals 51 to 54) of the mentioned Regulation and as it results from the Portuguese law.

Finally, some situations that integrated private sphere could raise legal doubts. The continuous variation of private life paradigm highlights the protection of personal data debate.³⁵⁹ The experience proves that, on the one hand, individuals do not always concern about their data protection until encounter non-consented public scrutiny and, on the other hand, new technological devices, digital systems and social networks encompass unpredictable risks.

Therefore, the current context imposes the need to rethink what should be kept private. Associating technological potential to human innate sociability there is an incredible high risky combination. In fact, the necessity to communicate and share experiences and information for personal development leave individuals to a constant duality: social sharing and safeguard of privacy. It is clear that the latter is losing ground for the first one because, to prevent social exclusion feelings, we consent a greater degree of nudity³⁶⁰, which explains the fact that certain activities, that would escape from data protection legal framework, are now subject to sensorship.

Given this context, the Internet is clearly provoking the discussion on privacy as there are drastic changes in the way personal data are collected, used and protected.³⁶¹ This inspired the above-mentioned Portuguese Judgment, that breaks with common standards,

³⁵⁹ As defended by JOSÉ VÍTOR MALHEIROS, the private life become a more difficult garden to take care of but this is the core of our humanity (MALHEIROS, José Vítor. Um Mundo de Coisas a Esconder. *Revista Fórum de Proteção de Dados*, July 2015, no. 1, p. 16). In these terms, Jonathan Zittrain concluded that "physical borders of one's home no longer correlate well with the digital borders of one's private life" (ZITTRAIN, Jonathan. *The Future of the Internet and How to Stop It*. Yale: Yale University Press, New Haven & London, 2008, p. 188.

³⁶⁰ *Idem*, *Ibidem*

³⁶¹ ANTUNES, Luís Filipe. A Privacidade no Mundo Conectado da Internet das Coisas. *Revista Fórum da Proteção de Dados*, January 2016, no. 2, p. 58.

raises serious concerns about the delimitation of privacy sphere and operates as a warning to the threats arising from public exposure, especially when children's interest are involved. However, the limits of private life are far from being predetermined, because "privacy is not about data, it is about people. It is directly tied to our sense of identity and dignity, and it is the umbrella that enables us to enjoy our other human rights. Privacy is by definition a commitment to the human over the technical"³⁶², inspiring a reflection on its paradigm shift.

Bibliography

ANTUNES, Luís Filipe. A Privacidade no Mundo Conectado da Internet das Coisas. *Revista Fórum d⁶³ a Proteção de Dados*, January 2016, no. 2, p. 52-58.

BUTLER, Oliver. The Expanding Scope of the Data Protection Directive: The Exception for a "Purely Personal and Household Activity". University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 54/2015. 15 September 2015 [accessed on 27 May 2018] Available at <<https://ssrn.com/abstract=2660916>>.

CABRAL, Rita Amaral. O Direito à Intimidade da Vida Privada (Breve reflexão acerca do artigo 80.º do Código Civil). In *Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 1989, p. 373-406.

CALVÃO, Filipa. Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Évora – Regulação das Responsabilidades Parentais e Cibercrime, de 25 de junho de 2015. *Revista Fórum da Proteção de Dados*, January 2016, no. 2, p. 134-135.

CALVÃO, Filipa. O modelo de Supervisão de Tratamentos de Dados Pessoais na União Europeia: da Atual Diretiva ao Futuro Regulamento. *Revista Fórum da Proteção de Dados*, July 2015, no. 1, p. 36-48.

CANOTILHO, Gomes/ MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada - Volume I – artigo 1.º a 107.º*, 4.º Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, ISBN 978-972-32-1462-8, p. 547-558.

CASTRO, Catarina Sarmiento e. Utilização da Informática – O artigo 35 da Constituição da República Portuguesa. *E-Pública: Revista Eletrónica de Direito Público*, December 2016, vol. 3, no. 3 [accessed on 1 May 2018]. Available at <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2016000300004>.

³⁶² STEEVES, Valeries. The Future of Privacy. *European Data Protection Law Review*, 2017, vol. 3, issue 4, p. 440.

Revisiting the Paradigm of Private Sphere on Personal Data Protection in the European Union – A Portuguese Approach

DAVIES, Simon. The Data Protection Regulation: A Triumph of Pragmatism over Principle?. *European Data Protection Law Review*, 2016, vol. 2, issue 3 [accessed on 20 May 2018], p. 290-296. Available at <https://edpl.lexxion.eu/data/article/10075/pdf/edpl_2016_03-006.pdf>.

LOPES, Joaquim de Seabra. O Artigo 35.º da Constituição: da Génese à Atualidade e ao Futuro Previsível. *Revista Fórum da Proteção de Dados*, January 2016, no. 2, p. 14-49.

MALHEIROS, José Vítor. Um Mundo de Coisas a Esconder. *Revista Fórum de Proteção de Dados*, July 2015, no. 1, p. 11-16.

PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Privacy e proteção de dados pessoais: a dogmática do direito à identidade informacional*. Lisboa: AAFDL Editora, 2015, ISBN 9786120002605.

STEEVES, Valeries. The Future of Privacy. *European Data Protection Law Review*, 2017, vol. 3. Issue 4, p. 438-440 [accessed on 30 May 2018], Available at <<https://edpl.lexxion.eu/article/EDPL/2017/4/5>>.

VASCONCELOS, Pedro Bacelar de. Direito à Informação, Privacidade e Proteção de Dados Pessoais. *Revista Fórum da Proteção de Dados*, January 2016, no. 2, p. 8-10.

VERMEULEN, Mathias. *Regulation Profiling in the European Data Protection Regulation – an interim insight into the drafting of article 20* [online]. 2013 [accessed on 10 May 2017]. Available at <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2382787>.

WOODS, Lorna. Bringind Data Protection Home? The CJEU rules on data protection and home CCTV. *EU Law Analysis Blog*, 11 December 2014 [accessed in 1 June 2018]. Available at <<http://eulawanalysis.blogspot.com/2014/12/bringing-data-protection-home-cjeu.html>>.

ZITTRAIN, Jonathan. *The Future of the Internet and How to Stop It*. Yale: Yale University Press, New Haven & London, 2008 [accessed on 25 April 2018]. Available at <<http://futureoftheinternet.org/files/2013/06/ZittrainTheFutureoftheInternet.pdf>>.

A VULNERABILIDADE DE MULHERES E CRIANÇAS NA MIGRAÇÃO FORÇADA E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NOS SISTEMAS JURÍDICOS: LUSO-BRASILEIRO.

Ricardo Cotrim Chacur³⁶⁴

Ana Paula Garcia Silva³⁶⁵

Sumário: 1. Introdução. 2. A Migração Forçada no Mundo e a Crise Humanitária do Século XXI: Um Panorama Histórico. 3. A Vulnerabilidade das mulheres e crianças refugiadas. 4. O instituto do Refúgio e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos nos sistemas jurídicos: Luso-Brasileiro. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Durante a história da humanidade, seres humanos foram forçados a migrar, buscando refúgio em outros países após serem expulsos ou fugirem de seus Estados de Origem em razão de guerras, conflitos armados ou, ainda, decorrentes de perseguições realizadas por Estados com regimes autoritários, gerando violações contra os direitos humanos. Apesar da evolução dos sistemas de proteção dos direitos humanos no século XX, o início do século XXI tem sido um período de inúmeros conflitos que deflagraram a maior crise humanitária desde a 2ª Guerra Mundial. A ACNUR estima que em 2017, cerca de 68,5 milhões de pessoas se deslocaram de maneira forçada em razão de guerras, violência e perseguições, levando os continentes americano e europeu a tomarem medidas políticas e sociais para absorverem este fluxo migratório de refugiados sem precedentes na Idade Contemporânea. Dentre os refugiados, é notório que mulheres e crianças têm os seus direitos humanos mais facilmente violados em razão de sua maior vulnerabilidade.

Diante dos dados e da preocupação com a maior vulnerabilidade de refugiados do sexo feminino e das crianças, o presente trabalho objetiva de forma geral, demonstrar a origem da atual crise humanitária, bem como as violências que são praticadas contra estes

³⁶⁴ Doutorando em Direito pela Universidade do Porto (início 2019); Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2014), Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2001). Professor de Direito Constitucional, Direitos Fundamentais e Direito Internacional Público na FMU – Faculdades Metropolitanas Unidas; Membro do Grupo de Pesquisa de Direito Internacional da FMU, Advogado e Avaliador da Revista Quaestio Iuris – UERJ

³⁶⁵ Bacharel em Direito pela FMU - Faculdades Metropolitanas Unidas (2017) e Membro do Grupo de Pesquisa de Direito Internacional da FMU

dois grupos sociais no âmbito das migrações forçadas, e como objetivos específicos, analisar os instrumentos jurídicos existentes no Brasil e em Portugal decorrentes dos Sistemas Global e Regionais – Interamericano e Europeu - de Proteção dos Direitos Humanos e como eles podem proteger as pessoas mais vulneráveis em situação de refúgio.

Para o desenvolvimento deste artigo, foi utilizada a metodologia dedutiva por meio da pesquisa bibliográfica de artigos jurídicos nacionais e internacionais, bem como de dados e informações pesquisadas junto aos portais de órgãos de proteção dos refugiados no Brasil e no Mundo.

O artigo foi desenvolvido em três capítulos, divididos da seguinte forma: Capítulo I - A Migração Forçada no Mundo e a Crise Humanitária do Século XXI: Um Panorama Histórico; Capítulo II - A Vulnerabilidade das mulheres e crianças refugiadas; Capítulo III - O instituto do Refúgio e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos nos sistemas jurídicos: Luso-Brasileiro. Dessa forma, o trabalho inicia, no primeiro capítulo, relacionando e descrevendo os eventos que resultaram nas grandes ondas de migração forçada, desde a 2ª Guerra Mundial até os dias atuais, com ênfase nos impactos causados pelos fluxos migratórios do século XXI nos continentes Americano e Europeu, que deflagraram a atual crise humanitária e colocou na agenda de grandes Nações a questão dos refugiados no Mundo. No segundo capítulo, o presente trabalho trata dos problemas e da violação dos direitos humanos sofridos por crianças e mulheres refugiadas, em razão da sua maior vulnerabilidade. Por fim, o terceiro e último capítulo analisa o instituto do refúgio, com base no protocolo de 1967 - sem reserva temporal/geográfica -, bem como o conceito de refugiados com base na convenção de Cartagena e no Decreto Lei brasileiro número 9474/97, e ainda, os tratados internacionais de direitos humanos incorporados por Brasil e Portugal decorrentes dos sistemas de proteção global e regionais que protegem crianças e mulheres em situação de refúgio.

2. A MIGRAÇÃO FORÇADA NO MUNDO E A CRISE HUMANITÁRIA DO SÉCULO XXI: UM PANORAMA HISTÓRICO.

A migração forçada sempre foi um evento inerente à civilização humana, desde o seu surgimento até os dias atuais, quando o homem primitivo migrava em busca de melhores condições de sobrevivência (GUERRA; EMERIQUE, 2008), devendo-se observar que o tema somente tomou *status* de importância para os países em meados do Séc. XX para o início do Sec. XIX, quando surgiram os primeiros diplomas internacionais ligados a crescente preocupação de cuidado à esses migrantes.

Com o final da Primeira Guerra Mundial (1914-1918) os países europeus preocuparam-se em averiguar o fenômeno ocasionado pela transposição de fronteiras por indivíduos que fugiam do conflito armado alastrado por toda Europa e Ásia, corroborado pela guerra civil russa (1917-1922), bem como pela ruína do Império Otomano (1922), eventos que contribuíram para uma massa de refugiados.

Só o conflito civil antibolcheviques, na Rússia, resultou na migração forçada de aproximadamente 1,5 a 2 milhões de russos que foram compelidos a deixar seu território nacional entre os anos de 1919 à 1920³⁶⁶, enquanto as guerras provocadas pelo fim Império Otomano contribuiu para número aproximado de 300 à 400 mil refugiados.

Posteriormente, a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) e o lapso deixado pelo conflito, pós-guerra, deflagrou o segundo maior fluxo já registrado de migração forçada no mundo, verificado pelo fluxo de aproximadamente 40 milhões de indivíduos que foram obrigados a deslocar-se naquela época, sendo o grande número de migrantes principalmente refugiados do terceiro Reich que buscou exterminar judeus, negros, ciganos e homossexuais.

Ainda no século XX, além desses dois grandes fluxos de migração forçada, nota-se que diversos conflitos civis contribuíram, também, para o deslocamento forçado de milhões de seres humanos, dentre os quais, pode-se citar os fluxos resultantes do regime de Josef Stalin (1953), a Guerra Civil na Grécia (1946 -1949), a Guerra na Hungria (1956) e as guerras por busca de independência dos países Africanos durante a década de 1960.

No século XXI, continua-se a observar novos eventos que têm ocasionado novos fluxos de migração forçada e que deflagraram a maior crise humanitária ocorrida no mundo, resultado, principalmente da Guerra Civil que ocorre na Síria desde 2011, dentre outros conflitos.

No caso da Síria, estima-se que esse conflito tenha deslocado de forma forçada, até o ano de 2015, aproximadamente 11 milhões de refugiados, número que corresponde a metade da densidade populacional do país.

Segundo a ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados) cerca de 68,5 milhões de pessoas ao redor do mundo até o final de 2017 se viram obrigadas a deixar suas casas sob o temor ocasionado por conflitos armados ou perseguição.

O número torna-se ainda mais expressivo quando estimativas do Alto Comissariado, auferem que 44,5 mil pessoas são forçadas a se deslocar diariamente para manter o direito à vida.

³⁶⁶ O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Cap. O Alto Comissariado para os refugiados Russos, pg. 77.

Além do conflito da Síria, corroboram para a crise intercorrente as guerras civis na Angola, Senegal, Uganda, Nigéria, Síria, Palestina, Líbano, Colômbia, Venezuela e Iêmen que são os países com o maior número de deslocamento forçado registrados na atualidade.

Dentro do cenário de conflitos atuais, na América destaca-se a corrente crise governamental que assola a República Bolivariana da Venezuela, que levou milhares de indivíduos a transcender as fronteiras em busca de refúgio no Brasil e na Colômbia.

Segundo a ACNUR no ano de 2017 cerca de 33.866 pessoas entraram com pedido de refugio no Brasil, sendo os venezuelanos responsáveis por mais da metade dessas solicitações (17.865).

3. A VULNERABILIDADE DE MULHERES E CRIANÇAS REFUGIADAS:

Em que pese o status quo de refugiado ser por si só um estado frágil do ser humano, há grupos especificamente vulneráveis ante suas características individuais, cujo resultado é um afloramento da já existente exposição à riscos no qual os refugiados estão submetidos durante os deslocamentos e busca por refúgio, á esse grupo de risco estão em destaque os menores e as mulheres.

Uma vez verificada essas particularidades, nota-se que as mulheres encontram-se expostas a um duplo grau de ameaça, posto a violência perpetuadas contra o gênero feminino que está presente não somente nas zonas de conflitos armados (em uma pré condição de refugiado), mas também dentro dos processos migratórios e após o reconhecimento do *status* de refúgio pelo país receptor.

Dentro dessa situação de agressão contra o especificamente o gênero feminino, nota-se que além da subjetiva, muitas vezes as refugiadas possui esse risco agravado por preconceitos que geram perseguições de cunho étnico, religioso, de orientação sexual ou social, o que torna ainda mais frágil sua subsistência física e psíquica em um processo de migração forçada.

Segundo Maria Cristina Santinho em seu artigo *“Quando não existe uma segunda casa: estudo sobre a saúde dos refugiados numa perspectiva de vulnerabilidade”*, a *violência sexual perpetrada contra as mulheres em áreas hostis é muitas vezes usada como arma nas áreas guerra*. Tal ponderação é comumente verificada em países que enfrentam guerras civis, onde a violência contra o corpo da mulher é utilizada para sobrepujar a dominância de um grupo armado ao outro (SANTINHO, 2009).

O abuso e violação do corpo das mulheres na Síria foi tema de matéria jornalística da empresa britânica de rádio e TV BBC (*British Broadcasting Corporation*), sob o título “*Usadas, abusadas e violadas: as mulheres exploradas na Síria em troca de ajuda humanitária*”.

O material jornalístico serviu como denúncia, alertando as autoridades locais e organismos não governamentais de ajuda humanitária, que homens se aproveitavam da situação de extrema vulnerabilidade das refugiadas Sírias para as abusar sexualmente ofertando por troca comida e caronas que as levariam para longe da zona armada.

A matéria destaca que os algozes eram muitas vezes voluntários de ongs que deveriam estar ali para auxiliar as refugiadas e entregar-lhes mantimentos essenciais, com a notícia crescente dos abusos, muitas das refugiadas deixaram de buscar ajuda humanitária nos campos de auxílio, por medo de terem seu corpo violado ou que fosse cogitado pelos familiares que a vítima estaria realizando permuta sexual.

Além do âmbito de conflito armado, Maria Cristina Santinho, em seu referido artigo, explana que são várias as violências perpetradas contra as mulheres dentro das longas jornadas de fuga, que são exemplos: como o tráfico sexual, a prostituição forçada, exploração de trabalho escravo, casamentos forçados, abortos não consentidos, humilhação de gênero e estupro coletivos. E complementa que “O ostracismo de que são vítimas perante a sua própria família por terem sido violadas, coloca-as também em sério risco de colapso físico e mental (SANTINHO, 2009).

Desta forma, seja no processo migratório ou estando presente nos conflitos armados, a mulher refugiada sempre se vê em um estado de dupla vulnerabilidade que é consequência de um sistema hierarquizado de gênero, no qual se acredita que a mulher encontra-se em um estado de submissão e seu corpo poderá ser usado muitas vezes como arma expiatória e objeto de humilhação a ser perpetrada contra elas e o grupo ao qual pertencem.

A Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU) na resolução de n. 48/104, de 20 de Dezembro de 1993, ante a crise humanitária provocada por esse escalonamento de gênero, reconheceu a urgente necessidade de proteção das prerrogativas universais das mulheres e seus direitos fundamentalmente humanos.

Em que pese a expressiva tentativa dos países signatários de dar cumprimento à Resolução de n. 48/104, que visa combater a violência principalmente de gênero, a principal causa de migração forçada de mulheres continua a ser a violação da dignidade de seu corpo e perseguição relativas simplesmente pelo fato de serem mulheres.

Segundo a ONU em um estudo acadêmico, estima-se que, no ano de 2016, uma em cada cinco mulheres em processo de migração forçada, vieram a sofrer violação sexual.

Destaca-se que a aferição trata-se de número ainda subnotificado, posto que o número de denúncias de ocorrência de violência sexual e abuso sexual são consideravelmente ínfimas pelas vítimas.

Além da exposição frequente ao crime de abuso, as mulheres em situação de deslocamento estão consideravelmente mais expostas ao pavor do tráfico humano, posto que os aliciadores se aproveitam da condição de vulnerável das refugiadas, que por vezes se encontram sozinhas no trajeto de travessias.

O intuito dos aliciadores é levá-las ao comércio negro existente para a exploração sexual, trabalho forçado, servidão ou remoção de órgãos.

Esse mercado é comumente beneficiado pela falta de proteção e descaso dos países internacionais em cuidar dos transeuntes que cruzam suas fronteiras em busca de refúgio.

Além das moléstias que estão expostas durante as travessias forçadas, a vulnerabilidade não cessa com a transposição das fronteiras ou com acolhimento em condição já reconhecida de refúgio, haja vista a séria dificuldade de relocação social que os refugiados vivenciam em países estrangeiros.

Nota-se que mesmo longe das áreas de guerra, em um território que as proporcione maior dignidade, as refugiadas se sentem intimidadas e relatam viver em constante medo de sofrer novos abusos nos países estrangeiros.

Assim o preconceito local não só inviabiliza a constituição de uma nova vida para essas refugiadas, mas também as expõem à marginalização da vida, o que muitas vezes resulta em prostituição como forma de manter ou recursos financeiros necessários para subsistência.

O maior exemplo atual dessa marginalização é o aumento expressivo da prostituição de mulheres no estado de Roraima, as refugiadas venezuelanas após transpor a fronteira e dar início ao pedido de refúgio aqui se veem obrigadas a entrar nesse tipo de comércio ilegal para manter seus filhos em condições dignas na pátria brasileira.

O outro subgrupo também vulnerável nas travessias, que são as crianças, estão também duplamente expostos, posto que os menores são alvo predileto no comércio ilegal de tráfico de pessoas, exploração sexual e no mercado negro de venda de órgãos.

Vale destacar ainda que, a exposição das crianças é expressamente mais delicada especialmente quando os menores não estão acompanhados por seus genitores no momento do fluxo migratório, carecendo assim de uma proteção imaculada que é inerente à relação de pais e filhos.

Verifica-se tal vulnerabilidade, a matéria publicada pela Organização das Nações Unidas que noticiou que:

Ao longo de 2017, meninos e meninas em zonas de conflito foram atacados em uma escala chocante, afirmou nesta quinta-feira (28) o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF). Em confrontos em todo o mundo, crianças se tornaram alvo nas linhas de frente, usadas como escudos humanos, mortas, mutiladas ou recrutadas para lutar. O estupro, o casamento forçado, o sequestro e a escravização tornaram-se táticas padrão em situações de guerra, do Iraque, Síria e Iêmen até Nigéria, Sudão do Sul e Mianmar (ONUBR, 2017).

A UNICEF compilou uma lista de fatos marcantes que reforçam e comprovam as violações sofridas por meninos e meninas em zonas de conflito ao longo de 2017, dentre os quais, destacam-se:

No Afeganistão, quase 700 crianças foram mortas nos primeiros nove meses do ano; Na República Centro-Africana, após meses de novos combates e um aumento dramático da violência, crianças foram mortas, estupradas, raptadas e recrutadas por grupos armados; Na região do Kasai, na República Democrática do Congo, a violência expulsou 850 mil crianças de suas casas. Mais de 200 centros de saúde e 400 escolas foram atacados. Cerca de 350 mil crianças sofreram de desnutrição aguda grave; No nordeste da Nigéria e em Camarões, o Boko Haram forçou pelo menos 135 crianças a atuar como homens-bomba, quase cinco vezes mais do que em 2016; No Iraque e na Síria, as crianças teriam sido usadas como escudos humanos, presas sob cerco, atacadas por atiradores e vivido sob intensos bombardeios e violência; Em Mianmar, as crianças rohingyas foram vítimas de uma violência chocante e generalizada quando foram atacadas e expulsas de suas casas no estado de Rakhine. Em áreas remotas de fronteira, nos estados de Kachin, Shan e Kayin, crianças continuaram a sofrer as consequências das tensões em curso entre as Forças Armadas de Mianmar e vários grupos étnicos armados; No Sudão do Sul, onde o conflito e uma economia em colapso levaram a declarações de fome em partes do país, mais de 19 mil crianças foram recrutadas pelas forças armadas e por grupos armados e mais de 2,3 mil crianças foram mortas ou feridas desde que o conflito começou, em dezembro de 2013. Na Somália, 1740 casos de recrutamento de crianças foram relatados nos primeiros dez meses de 2017; No Iêmen, cerca de mil dias de luta deixaram pelo menos 5 mil crianças mortas ou feridas, de acordo com dados verificados. O UNICEF acredita que os números reais sejam muito maiores. Mais de 11 milhões de crianças precisam de ajuda humanitária no país. Dos 1,8 milhão de crianças que sofrem de desnutrição, 385 mil estão gravemente desnutridas e correm risco de morte se não forem tratadas com urgência (ONUBR, 2017).

Graça Machel em seu relatório realizado para a resolução de n. 48/157 da ONU (doc. A/51/306 de 28 de Agosto de 1996), sobre o impacto de conflitos armados para as crianças, explana que:

As crianças refugiadas correm mais riscos que os adultos. Elas não compreendem o que lhes está a acontecer e muitas vezes não podem ser devidamente protegidas pelos seus pais, que também estão sob ameaça, sentindo-se vulneráveis e inseguros. Os menores não acompanhados, estão, no entanto, numa situação ainda mais precária: apenas contam consigo mesmos. Sendo muitas vezes forçados e explorados em relação ao tráfico, ao trabalho infantil ou recrutados à força para os conflitos.³⁶⁷

Ainda segundo Graça Machel³⁶⁸, milhões de crianças em todo o mundo são apanhadas em conflitos em que são alvos. Muitas vezes sofrendo com um genocídio premeditado, outras ainda, sofrendo com as mazelas da violência sexual ou privações de direitos que resultam em fome, doenças, recrutamento forçado para combate e a falta de educação digna aos jovens.

Atualmente tem-se que 50% da população refugiada é composta por menores de 18 anos, em que pese a maioria ser distinta em diversos países, são considerados menores nos termos da Convenção dos Direitos das crianças que dita ser criança “artigo 1. {...*omissis*} todo o ser humano menor de 18 anos {...*omissis*}”.

Além da exposição à diversas explorações, os menores são imperiosamente prejudicados pela falta de ensino necessário e condizente, torna-se preocupante quando se tem em conta que essas crianças futuramente irão ocupar um lugar de cidadão na sociedade, e podem haver consequências inerentes à exposição e ao estresse traumático sofridos ainda na primeira infância.

Um ramo específico da Sociologia preocupou-se com a educação na primeira infância. Assim, segundo o sociólogo Èmile Durkheim e Rosseau, ao estudarem a infância do constatou-se que é nessa época da vida que a criança irá fortalecer e montar sua personalidade, ou seja, adquirindo assim nesse período seus valores éticos, morais, bem como estão de maneira exponencial sujeitas à grandes traumas que perduraram para o resto da vida.

³⁶⁷ “Child refugees are more at risk than adults. They do not understand what is happening to them and often cannot be adequately protected by their parents, who are themselves under threat and feel vulnerable and insecure. The situation of unaccompanied minors is even more precarious: they are left entirely to their own devices. They are often forced into exploitive relationships (trafficking, child labour etc.), or forcefully recruited by the conflict parties”. In: Gender, Conflict Transformation and the psychosocial approach – Toolkit; Publisher: Swiss Agency for Development and Cooperation; Federal Department of Foreign Affairs; Bern, 2006

³⁶⁸ Relatório para com a resolução de n. 48/157 da Assembléia Geral das Nações Unidas, Doc. A/51/306 de 28 de Agosto de 1996, Disponível em <https://www.unric.org/html/portuguese/peace/Graca_Machel.htm>.

Jacques-Rousseau em *Emílio ou da educação*, elucida que:

O mais perigoso intervalo da vida humana é o que vai do nascimento até a idade de doze anos. É o tempo em que germinam os erros e os vícios, sem que tenhamos ainda algum instrumento para destruí-los. E, quando chega o instrumento, as raízes são tão profundas, que já não é tempo de arrancá-las (ROUSSEAU, 2004, p. 96)”.³⁶⁹

Preocupada com a proteção das crianças na comunidade internacional, no ano de 1989 a Assembléia geral da ONU elaborou a Convenção dos Direitos da Criança, que foi ratificada por 194 países signatários, condicionando-os a respeitar as diretrizes básicas encontrada no artigo 2 que prevê a aplicação dos direitos de maneira isonoma, independente de sexo, idioma, crença, opinião política, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiência física ou qualquer outra subjetividade que seja condição da criança.

Além disso, o referido documento impõe que sejam respeitados o direito inerente à vida e ao máximo de sobrevivência e o desenvolvimento da criança, sendo tal dever ônus governamental.

Desta forma, conclui-se que cabe ao Estado receptor da criança refugiada ou que esteja também em condição de migração forçada proporcionar à ela o máximo de sobrevivência e dar-lhe condições de desenvolvimento sadio de maneira efetiva.

4. O INSTITUTO DO REFÚGIO E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NOS SISTEMAS JURÍDICOS: LUSO-BRASILEIRO

É notório que desde os primórdios da civilização humana, pessoas se deslocaram de um espaço territorial à outro em busca de melhores condições de sobrevivência e, em muitos casos para sobreviver eram forçados a abandonar o seu território de origem e migrar para outro território, dependendo a recepção destes imigrantes da mera tolerância do povo local e não de regras estabelecidas previamente. Assim, verifica-se que na Antiguidade até o fim da Idade Média, em razão da inexistência da figura do Estado Moderno³⁶⁹, as migrações não encontravam barreiras territoriais ou legais como começaram a ocorrer a partir do surgimento do Estado, na Idade Moderna³⁷⁰.

³⁶⁹ “Estado Moderno” é considerado um termo redundante, uma vez que o Estado, na concepção como se conhece atualmente, foi uma criação da Idade Moderna a partir do Tratado de Westphalia ou Vestáfia.

³⁷⁰ A partir do Tratado de Westphalia ou Vestfália, também conhecido como o Acordo de Paz que pôs fim a Guerra dos Trinta Anos, os grandes monarcas da época acordaram em delimitar o seu poder aos seus territórios, reconhecendo a soberania dos demais Governantes sobre os seus respectivos territórios surgindo a atual concepção de Estado. Observa-se, assim, que a partir desse momento da história, as regras criadas por cada Estado ficavam restritas às suas respectivas jurisdições e, portanto, no caso dos estrangeiros, este deveriam se submeter às regras do Estado para entrar e permanecer em seu território, diferentemente do que ocorria,

Dessa forma, com o surgimento do Estado a partir dos seus elementos objetivos e subjetivo³⁷¹, a soberania dos Países sobre determinado território passou a reconhecer a cidadania aos indivíduos de sua sociedade nacional e exigir dos estrangeiros certas regras para a entrada e permanência em seu território. Assim, diante destas regras, o povo fugido de conflitos, guerras e perseguições passaram a ficar sujeitos a permissão legislativa dos Estados destinatários, uma vez que até o século XX a questão dos refugiados não possuía regras ou instituições internacionais que tratassem do assunto.

Nesse sentido, André de Carvalho Ramos explica que:

Até o século XX, o Direito Internacional não possuía instituições ou regras voltadas especificamente aos que, após fugir de seu Estado de residência, buscavam abrigo em outro país. O tratamento dado aos refugiados dependia, então, da generosidade (ou não) das leis nacionais, em especial aquelas relativas à concessão de asilo político (RAMOS, 2010, P. 349).

Apenas após a primeira guerra mundial, com a formação da Liga das Nações, em 1919, e a partir da discussão intensa sobre a responsabilidade da Comunidade Internacional em relação aos refugiados que surgiram, primeiramente, alguns órgãos internacionais que objetivavam a proteção daqueles que migravam forçosamente de seus Estados de origem. Assim, criado a partir da autorização pelo Conselho da Sociedade das Nações, o Alto Comissariado para Refugiados, inicialmente, tinha o objetivo de tratar dos refugiados russos que fugiam, na época, da Revolução Comunista na Rússia, seguido, em 1931 da criação do Escritório Internacional Nansen para Refugiados, este último com o objetivo de dar um apoio humanitário aos refugiados (RAMOS; RODRIGUES; ALMEIDA, 2011, p. 24-25).

Contudo, observa-se que apenas em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no pós-segunda guerra mundial, surge um instrumento normativo internacional que reconhece como direito humano a possibilidade das pessoas fugirem de seus países de

anteriormente, em que regras não ficavam confinadas a determinados territórios, uma vez que não havia o reconhecimento da soberania.

³⁷¹ São elementos objetivos do Estado: povo, território e soberania; e subjetivos: o reconhecimento.

origem em razão de perseguições e migrarem para outros³⁷², seguido pela Convenção de Genebra relativa ao Estatuto dos Refugiados aprovada em 1951³⁷³.

Estes dois instrumentos normativos que compõem o Sistema Global³⁷⁴ de Proteção dos Direitos Humanos são considerados o marco histórico de proteção dos direitos dos refugiados.

Em 1950, concomitantemente aos dois instrumentos normativos protetivos dos refugiados, foi criada a ACNUR – o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, órgão vigente até hoje e que compõe a estrutura da Organização das Nações Unidas³⁷⁵ e que colabora com a implementação dos tratados internacionais que tratam dos direitos dos refugiados, ratificados pelos países.

Além dos instrumentos normativos já mencionados, importante ressaltar que a necessidade de proteger os direitos humanos mesmo em tempo de guerra foi plenamente reconhecida e prevista no artigo 3.º das quatro Convenções de Genebra de direito internacional humanitário de 1949³⁷⁶, na qual estabelece que, em caso de conflitos armados, as pessoas protegidas pelas convenções serão tratadas com humanidade, sem nenhuma distinção ou discriminação de raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento ou fortuna, ou qualquer critério análogo, sob hipótese alguma (BOUVIER, 2011, p.25).

Registra-se que as Convenções de Genebra anteriores à 1949 não tratavam dos civis, mas apenas dos combatentes, sendo a IV Convenção de Genebra de 1949 o instrumento responsável por outorgar proteção aos civis, mesmo em territórios ocupados, destacando que o artigo 3º desta Convenção de 1949, comum as quatro Convenções realizadas em Genebra, em 1949, abrangeu, pela primeira vez a proteção dos civis, também, nos casos de conflitos armados que não fossem internacionais, como por exemplo, as guerras civis.

³⁷² O Artigo 14.º da DUDH dispõe que: 1. Toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países. 2. Este direito não pode, porém, ser invocado no caso de processo realmente existente por crime de direito comum ou por actividades contrárias aos fins e aos princípios das Nações Unidas.

³⁷³ A convenção foi aprovada por uma conferência especial das [Nações Unidas](#), em [28 de julho](#) de [1951](#), mas se limitava apenas a proteger os refugiados europeus, sendo removido os limites geográficos e temporais pelo [Protocolo de 1967](#), ampliando, assim, a definição de refugiados para indivíduos de outras nacionalidades que não as europeias.

³⁷⁴ O Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos é também conhecido como Sistema Onusiano ou Internacional.

³⁷⁵ O órgão possui uma missão permanente no Brasil desde 1977.

³⁷⁶ As Convenções de Genebra de 1949, mais conhecida como as Quatro Convenções de Genebra e seus Protocolos Adicionais são consideradas o núcleo central do direito internacional humanitário, responsável por regular a condução dos conflitos armados, com o objetivo de proteger as pessoas que não participam do conflito, como civis e profissionais da saúde ou humanitários, bem como aquelas pessoas que deixaram de participar do conflito, como soldados feridos e prisioneiros de guerra, na tentativa, assim, de limitar os efeitos dos conflitos armados.

No caso do Brasil, observa-se que a Constituição Federal de 1988, base de todo o ordenamento jurídico brasileiro atual, preocupou-se bastante com os direitos humanos ao prever no inciso X do artigo 4º a concessão de asilo político como princípio norteador das relações internacionais do país com os outros Estados, além de estabelecer a possibilidade dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, serem incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro com o mesmo status de uma Emenda Constitucional e consagrar a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República Federativa do Brasil³⁷⁷.

O Brasil foi signatário da Convenção de Genebra de 1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados e do Protocolo de Nova York de 1967, ambas sendo recepcionadas no ordenamento jurídico brasileiro, respectivamente, pelos [Decretos 50.215](#), de 28 de janeiro de 1961, e pelo [Decreto 70.946](#), de 7 de agosto de 1972, retificados pelos [Decretos 98.602](#), de 19 de dezembro de 1989 e [99.757](#), de 29 de novembro de 1990, restando evidente a internalização dos direitos e garantias dos refugiados firmados internacionalmente.

Assim, à Luz da atual Constituição Federal Brasileira e dos Decretos anteriores, o legislador brasileiro promulgou por meio da [Lei 9.474](#), de 22 de julho de 1997, o Estatuto dos Refugiados, na qual, dentre os 49 artigos, definiu os mecanismos para a implantação do Estatuto dos Refugiados, bem como os requisitos objetivos e subjetivos que o estrangeiro deverá comprovar para ser reconhecido como “refugiado” no Brasil.

Ainda, sobre a Lei 9.474 de 1997, depreende-se pelo artigo 1º do Estatuto que o Brasil, infraconstitucionalmente, deu grande amplitude ao conceito de refugiado para fins de concessão, além de criar o CONARE – Comitê Nacional para os Refugiados, órgão deliberativo que possui a competência de analisar e reconhecer a condição de refugiado para o indivíduo que procura o Estado brasileiro para fugir do seu Estado de Origem, e consagrar o Princípio do *non-refoulement* que proíbe a sua devolução para o estado de origem de onde fugiu.

³⁷⁷ O artigo 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana; enquanto o artigo 5º § 3º estabelece que: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Em relação ao Princípio do *non-refoulement*, cumpre destacar que em sua essência, o princípio implica na determinação de que um Estado não deve obrigar uma pessoa a retornar a um território onde possa estar exposta à perseguição, sendo, portanto, de suma importância para a proteção internacional dos direitos humanos e um componente essencial da proteção internacional dos refugiados.

A forma embrionária deste princípio surgiu na prática internacional no período entre as duas grandes guerras, mas só se desenvolveu e foi reconhecido de maneira universal, após à Segunda Guerra Mundial quando se tornou como um princípio básico e pedra angular do Direito Internacional dos Refugiados, consagrado no artigo 33 da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, definido da seguinte forma: “Nenhum dos Estados Membros expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas”. (CANÇADO TRINDADE, 2004, p. 60)

O artigo 1º da Lei 9474 de 1997 define refugiado como sendo todo indivíduo que sofre ou teme perseguições em razão da sua raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas e que não possa ou não queira regressar ao país de origem devido a grave violação de direitos humanos, necessitando fugir para proteger a sua vida.

Cumpre observar que muitos doutrinadores não fazem distinção entre os institutos do asilo e refúgio, considerando-os equivalentes, porém, esclarece que tanto no Brasil como na América Latina os termos são designados para situações diferentes, com características próprias e proteção distinta (RAMOS; RODRIGUES; ALMEIDA, 2011, p. 15-16), contudo destaca-se como elementos comuns aos dois institutos de proteção da pessoa humana - asilo e refúgio - as expressões: acolhimento, perseguição e o impedimento de continuar ou retornar aos seu Estado de Origem.

Em Portugal, verifica-se, no seu direito interno, igualmente, uma preocupação com a proteção dos direitos humanos e dos refugiados por meio de sua legislação nacional, dentre os quais, destacam-se: o Decreto-Lei nº 43.201, de 01 de outubro de 1960, o Decreto nº 207/75, o Decreto nº 281/76, a Lei 70/93, a Lei 34/94, a Lei n.º 27/2008, na qual estabelece as condições e procedimentos de concessão de asilo ou protecção subsidiária e os estatutos de requerente de asilo, de refugiado e de protecção subsidiária, transpondo para a ordem jurídica interna as Directivas n.os 2004/83/CE, do Conselho, de 29 de Abril, e 2005/85/CE, do Conselho, de 1 de Dezembro.

Além da ampla legislação infraconstitucional existente no ordenamento jurídico português, observam-se vários dispositivos constitucionais que embasam todo este arcabouço legislativo protetivo, dentre os quais destacam-se: os artigos 1º, 2º, 8º, 13º, 14º, 15º e 16º da atual Constituição da República Portuguesa³⁷⁸.

Dos artigos destacados, depreende-se muita semelhança com os dispositivos constitucionais do Brasil, quanto ao tratamento igualitário, sem distinção entre o estrangeiro, dos quais os refugiados se incluem, bem como a consagração do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a garantia dos direitos fundamentais, o reconhecimento dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos ratificados pelo país.

Observa-se, contudo, que no caso de Portugal, como membro da União Europeia, o país ratificou a [Convenção de Dublin](#)³⁷⁹ [de 15 de Junho de 1990](#), que dispõe sobre a

³⁷⁸ Artigo 1.º (República Portuguesa) Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Artigo 2.º (Estado de direito democrático) A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa. Artigo 8.º (Direito internacional) 1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. 2. 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. 3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos. 4. As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático. Artigo 13.º (Princípio da igualdade) 1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual. Artigo 15.º (Estrangeiros, apátridas, cidadãos europeus) 1. Os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português. 2. Exceptuam-se do disposto no número anterior os direitos políticos, o exercício das funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico e os direitos e deveres reservados pela Constituição e pela lei exclusivamente aos cidadãos portugueses. 3. Aos cidadãos dos Estados de língua portuguesa com residência permanente em Portugal são reconhecidos, nos termos da lei e em condições de reciprocidade, direitos não conferidos a estrangeiros, salvo o acesso aos cargos de Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, Primeiro-Ministro, Presidentes dos tribunais supremos e o serviço nas Forças Armadas e na carreira diplomática. 4. A lei pode atribuir a estrangeiros residentes no território nacional, em condições de reciprocidade, capacidade eleitoral activa e passiva para a eleição dos titulares de órgãos de autarquias locais. 5. A lei pode ainda atribuir, em condições de reciprocidade, aos cidadãos dos Estadosmembros da União Europeia residentes em Portugal o direito de elegerem e serem eleitos Deputados ao Parlamento Europeu. Artigo 16.º (Âmbito e sentido dos direitos fundamentais) 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

³⁷⁹ É uma lei da [União Europeia](#) (UE) que objetiva agilizar o processo de candidatura para os refugiados que procuram asilo político ao abrigo da [Convenção de Genebra](#), nos termos do [Protocolo de Nova Iorque](#), isto é, esclarece qual o Estado membro da União Europeia será o responsável por um determinado requerente de asilo, assegurando que pelo menos um membro aplique as medidas necessárias. Em [2003](#), a Convenção de Dublin foi substituída pelo chamado [Regulamento Dublin II](#). Contudo, a regra tem causado críticas, pois tem

determinação do Estado responsável pela análise de um pedido de asilo, apresentado num Estado-Membro da União Europeia.

Em relação a legislação infraconstitucional portuguesa, nota-se que o Decreto nº207/75, foi responsável pela adesão de Portugal ao Protocolo de Nova Iorque de 31 de janeiro de 1967, enquanto o Decreto-Lei nº 281/76 deu nova redação ao artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 43 201, de 1 de outubro de 1960, que aprovava a adesão de Portugal a Convenção de 1951, Relativa ao Estatuto dos Refugiados, substituindo a reserva aí formulada pela que consta do presente diploma.

No caso de Portugal, recentemente, diversos veículos de notícias, publicaram os elogios feitos pela ACNUR quanto a recepção dada pelo governo português aos refugiados originários do conflito na Síria, na manchete: “ACNUR diz que Portugal é um exemplo para o mundo no acolhimento de refugiados”, publicada em abril de 2017:

Portugal é um caso exemplar na Europa e no mundo no acolhimento a refugiados. O elogio foi deixado esta sexta-feira, em Lisboa, pela porta-voz do Alto Comissário das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), Melissa Fleming. Melissa Fleming visitou o centro nacional de apoio a migrantes, uma espécie de Loja do Cidadão onde quem chega a Portugal pode tratar de vários assuntos, e ficou impressionada. “Portugal é um exemplo no que diz respeito aos refugiados, primeiro, porque duplicou as quotas”, começou por referir a porta-voz do ACNUR. “A maior parte dos países europeus está muito longe de preencher as quotas e muitos recusam aceitar refugiados no âmbito do programa de recolocação e Portugal duplicou. É exemplar e devia servir de exemplo para a Europa e o resto do mundo”, sublinhou (RR RENASCENÇA, 2017).

Em outra matéria, publicada em 2018 pelo próprio site de notícias da ONU, a agência noticiou que:

A Agência da ONU para Refugiados, Acnur, elogiou esta quinta-feira a decisão de países europeus que levou ao fim do impasse envolvendo 450 refugiados e migrantes que estiveram durante vários dias no Mediterrâneo à espera de abrigo. Segundo agências de notícias, o

sido considerada como um elemento que dificulta o ingresso dos refugiados na Europa, uma vez que, geralmente, os países que têm que lidar com os refugiados, são os fronteiriços, ou seja, aqueles em que o refugiado ingressa primeiro.

grupo, que partiu da Líbia, estava num barco lotado, que acabou atracando na Ilha italiana de Sicília, na segunda-feira. Os migrantes e refugiados passaram por exames médicos (ONU NEWS, 2018).

Dessa maneira, conclui-se que ambos os Países gozam de farta legislação protetiva e inclusiva dos refugiados, tendo ambos ratificados a Convenção de Genebra de 1951 e seu protocolo de 1967, bem como incorporado aos seus textos constitucionais dispositivos de proteção dos direitos humanos, garantias fundamentais e tratamento isonômico aos estrangeiros, nas quais se inserem os refugiados, tendo, inclusive se comprometido com a recepção dos refugiados originários dos atuais conflitos existentes no mundo.

CONCLUSÃO

É indiscutível que a migração de grupos de indivíduos humanos de um território para outro, em busca de melhores condições de sobrevivência, ou ainda, para fugir de perseguições das mais variadas origens, deu-se desde o surgimento da civilização humana, e acompanharam os conflitos e guerras que se têm registros desde os primórdios da humanidade. Contudo, tais deslocamentos humanos forçados ganharam mais complexidade a partir do surgimento do Estado “Moderno” e de suas leis internas, fundadas na soberania de cada País, uma vez que a partir de suas soberanias, os países começaram a regular a entrada e permanência daqueles considerados estranhos aos seus territórios.

O fato é que as guerras ou conflitos armados internos, como nos casos das guerras civis, separam famílias, destroem sonhos e a infância de futuras gerações e, ainda, é capaz de expulsar de sua terra natal milhões de indivíduos em busca de refúgio ou asilo, impulsionado pelo puro instinto de sobrevivência, como se observa dos fluxos atuais de refugiados decorrentes dos conflitos internos na Síria, Iêmen e Venezuela.

Dentro desse contexto, um dos mais graves resultados decorrentes desses eventos são as violações cometidas por determinados grupos contra àqueles indivíduos considerados mais vulneráveis as violações humanas, dentre os quais se destacam mulheres e crianças, uma vez que em momentos de guerra e fuga decorrentes dessas perseguições, são mais suscetíveis de sofrerem abusos de todos os tipos, como estupros, exploração sexual, tráfico de menores, e outros destacados nesse trabalho.

A vulnerabilidade desses dois grupos – mulheres e crianças – resta evidente a partir da preocupação da Sociedade Internacional de protegê-los por meio de instrumentos normativos específicos pertencentes tanto no Sistema Global de Proteção dos Direitos

Humanos, como nos Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos, vide o Sistema Interamericano, da qual o Brasil é membro.

Quanto ao refúgio, nota-se que o desenvolvimento e evolução do instituto se deu a partir das Duas Guerras Mundiais e dos fluxos de refugiados ocasionados por elas, tendo como marcos regulatórios internacionais a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, bem como a Convenção de Genebra de 1951, implementada pelo Protocolo de Nova York de 1967, ambas ratificadas por Brasil e Portugal, que ainda, incorporaram aos seus textos constitucionais diversos dispositivos de proteção dos direitos humanos, além de infraconstitucionalmente possuírem leis que estabelecem proteção aos refugiados que ingressarem em seus territórios.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ARAUJO, Beatriz Alves de. Violência Sexual em Conflitos Armados: História e Desafios. Revista eletrônica dos alunos da Escola de Sociologia e Política de São Paulo, v.1, n.7, 2016, pg. 7-17 São Paulo. Disponível em <<http://revistaalabastro.fesp.org.br/index.php/alabastro/article/view/119>>. Acesso em 17.10.2018.

BARICHELLO, Stefania Eugenia; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso. Aspectos históricos da evolução e do reconhecimento internacional do status de refugiado. Revista do Direito, v. 2, n.46, 2015, Brasília. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/4507>>. Acesso em 28.10.2018.

BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto; LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. O Brasil e o espírito da Declaração de Cartagena. Revista Forced Migration, edição 35, 2010, Oxford. Disponível em <<https://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMR35brasil.pdf>>. Acesso em 28.10.2018.

BEZERRA, Adriano Custódio. Análise da jurisprudência do Brasil e de Portugal sobre os refugiados segundo a Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa – CJCPLP. Migalhas, abr.2017, Brasil. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI257413,11049-Analise+da+jurisprudencia+do+Brasil+e+de+Portugal+sobre+os+refugiados%20-%20jurisprudencia%20Brasil/portugal%20sobre%20refugios>> . Acesso em 27.10.2018.

A Vulnerabilidade de Mulheres e Crianças na Migração Forçada e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos nos Sistemas Jurídicos: Luso-Brasileiro

BOUVIER, Antoine A. Direito Internacional Humanitário e Direito dos Conflitos Armados. Editor da Série Harvey J. Langholtz, Ph.D. Williamsburg, USA: Instituto para Treinamento em Operações de Paz, 2011.

BRASIL. Decreto n. 4.377 de 13 de Setembro, 2002, Brasília. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm> . Acesso em 20.10.2018.

BRASIL. Declaração dos Direitos da Criança. Nov.1959. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DeclDirCrian.html>>. Acesso em: 27.10.2018.

BRASIL. Decreto n. 99.710 de 21 de novembro de 1990, Convenção sobre os Direitos da Criança, Brasília, nov. 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em 20.10.2018.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Reflexiones sobre el desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal*. In CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto & SANTIAGO, J. R. *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos/ ACNUR, 2004, p. 60

CARVALHO, João Duarte de. *A política de imigração do Estado Português entre 1991 e 2004*. Lisboa, Editorial do Ministério da Educação. 2009.

COLÔMBIA. Declaração de Cartagena, Cartagena das Índias, nov. 1984. Disponível em <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf> . Acesso em: 20.10.2018.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; WEBER, Nicole Garsk. A infância fora do sistema: Os direitos humanos das crianças e adolescentes refugiados, sua vulnerabilidade ante o tráfico internacional de pessoas e a responsabilidade dos estados. Seminário Internacional Demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea, 2016, Santa Cruz do Sul. Disponível em <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/16038>> . Acesso em: 20.10.2018.

FRANCO, Samara Vieira. Migrações Forçadas: Um estudo acerca do refúgio na atualidade. Revista Direitos, trabalho e política social, v. 2, n.2, 2016, Cuiabá. Disponível em <<http://revista91.hospedagemdesites.ws/index.php/rdtps/article/view/30>>. Acesso em: 20.10.2018.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian. Direito das minorias e grupos vulneráveis. Ijuí: Unijuí, 2008.

LANDALE, James; O'DOWD, Vinnie. Usadas, abusadas e violadas: as mulheres exploradas na Síria em troca de ajuda humanitária. BBC News, fev.2018. Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-43197931>>. Acesso em 17.10.2018.

MARTINS, Maurício Rebelo. Rousseau e a primeira infância. Dossiê apresentado, periódico Filosofia e Educação, Universidade de Passo Fundo, v.4, v.2, ano 2012. Pg. 82-99. Disponível em <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/rfe/article/view/8635425/3218>>. Acesso em: 19.10.2018.

MATOS, Ana Carolina Siqueira. O sistema de proteção a refugiados e sua atuação perante as refugiadas sírias no Brasil. 2018. 121 f. il. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) —Universidade de Brasília, Brasília, 2018. Disponível em <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/32397>>. Acesso em 20.10.2018.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL, ONU BR. Tráfico de pessoas aproveita vulnerabilidade de migrantes e refugiados, diz ONU. Publicado em jul.2016. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/trafico-de-pessoas-aproveita-vulnerabilidade-de-migrantes-e-refugiados-diz-onu/>>. Acesso em: 20.10.2018.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL, ONU MULHERES. Uma em cada cinco refugiadas são vítimas de violência sexual no mundo. Publicado em jun.2017. Disponível em <<http://www.onumulheres.org.br/noticias/uma-em-cada-cinco-refugiadas-sao-vitimas-de-violencia-sexual-no-mundo/>>. Acesso em: 20.10.2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, ONU MULHERES. A snapshot of UN Women's work in response to the crisis in Syria. Publicado em mai.2016. Disponível em <<http://www.unwomen.org/en/news/stories/2016/2/a-snapshot-of-un-womens-work-in-response-to-the-crisis-in-syria>>. Acesso em: 20.10.2018.

ONUBR. (2017). Disponível em:< <https://nacoesunidas.org/unicef-violencia-contracrianças-em-zonas-de-guerra-nao-pode-ser-novo-normal/> >. Acesso em 28.11.2018.

ONU NEWS. (2018). Disponível em:< <https://news.un.org/pt/story/2018/07/1631612>

>. Acesso em 28.11.2018.

PACÍFICO, Andrea Maria Calazans Pachecho; MENDONÇA, Renata de Lima. A proteção sociojurídica dos refugiados no Brasil. Pucrs Journals Portal, v. 9, n.1, 2010, pg.

A Vulnerabilidade de Mulheres e Crianças na Migração Forçada e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos nos Sistemas Jurídicos: Luso-Brasileiro

171-181, Rio Grande do Sul. Disponível em <revistaseletronicas.pucrs.br > Capa > v. 9, n. 1 (2010) > Pacífico>. Acesso em: 20.10.2018.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, 1974, Portugal. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 27.10.2018.

RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme de Assis de (Orgs.). 60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro. São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. O princípio do non-refoulement no direito dos refugiados: do ingresso à extradição In Revista dos Tribunais, Ano 99, Vol. 892. São Paulo: Editora revista dos tribunais, fev. 2010.

RR RENASCENÇA. (2017). Disponível em:<https://rr.sapo.pt/noticia/82330/acnur-diz-que-portugal-e-um-exemplo-para-o-mundo-no-acolhimento-de-refugiados>. Acesso em 28.11.2018.

SANTINHO, Maria Cristina. Quando não existe uma segunda casa: estudo sobre a saúde dos refugiados numa perspectiva de vulnerabilidade. Associação GIS, Bobadela, jan. 2009, pg. 1-146. Disponível em <https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/5921/1/Projecto_Estudo_Quando%20nao%20existe%20uma%20segunda%20casa.pdf>. Acesso em: 17.10.2018.

SANTOS, Ana Carolina Carvalho. Crianças refugiadas: O princípio do melhor interesse da criança. Dissertação na especialização em Direito Penal da Universidade Católica Portuguesa, ano de 2012, Portugal. Disponível em <<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/13325/1/TESE%20Ana%20Carolina%20dos%20Santos.pdf>>. Acesso em: 17.10.2018.

UNHCR ACNUR. Mulheres refugiadas que se deslocam pela Europa estão correndo riscos, afirma a ONU. Jan.2016. Disponível em <<https://www.acnur.org/portugues/2016/01/26/mulheres-refugiadas-que-se-deslocam-pela-europa-estao-correndo-riscos-afirma-a-onu/>> . Acesso em: 20.10.2018.

UNHCR ACNUR. Initial Assessment Report: Protection Risks for Women and Girls in the European Refugee and Migrat Crisis. Relatório, mai.2016. Disponível em <http://www.unhcr.org/569f8f419.html#_ga=2.68072081.1490408933.1522355639-107896203.1522355639>. Acesso em 20.10.2018



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

