

# ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO PÚBLICO IBERO-AMERICANO

FÁBIO DA SILVA VEIGA  
RUBÉN MIRANDA GONÇALVES  
(Diretores)

ÉRICA GUERRA DA SILVA  
PAULO DE BRITO  
(Coordenadores)



UNIVERSIDADE  
LUSÓFONA  
DO PORTO



# INSTITUIÇÕES PARCEIRAS E COLABORADORAS



UNIVERSIDADE  
**LUSÓFONA**  
DO PORTO



**UFRRJ**  
UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL  
DO RIO DE JANEIRO



**IBEROJUR**  
INSTITUTO IBEROAMERICANO  
DE ESTUDOS JURÍDICOS



**IAB  
NACIONAL**



Instituto de Investigação Jurídica  
da Universidade Lusófona do Porto

# ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO PÚBLICO IBERO-AMERICANO

FÁBIO DA SILVA VEIGA  
RUBÉN MIRANDA GONÇALVES  
(Diretores)

ÉRICA GUERRA DA SILVA  
PAULO DE BRITO  
(Coordenadores)



UNIVERSIDADE  
**LUSÓFONA**  
DO PORTO



**IBEROJUR**  
INSTITUTO IBEROAMERICANO  
DE ESTUDOS JURÍDICOS

Os diretores e coordenadores não são responsáveis pelas opiniões, comentários ou manifestações dos autores dos capítulos publicados.

1ª edição: 2020

ISBN: 978-84-09-17701-1

Edição: Universidade Lusófona do Porto e Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos.

Rua de Ceuta, 118º, 1º andar, Sala 2.

4050-159

Porto, Portugal.

Este projeto está licenciado com uma Licença Creative Commons Atribuição-Não Comercial 4.0 Internacional.



## COMITÉ CIENTÍFICO

Alexandre Ricardo Machado – UNISANTOS, Brasil  
António Cândido Oliveira – Universidade Lusófona do Porto, Portugal  
António Francisco de Sousa – Universidade do Porto, Portugal  
António Pereira Gaio Júnior - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil  
Antonio Tirso Ester Sánchez - Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha  
Catherine Maia – Universidade Lusófona do Porto, Portugal  
Cláudia Nunes – Universidade Veiga de Almeida (UVA), Brasil  
Doglas Lucas – UNIJUI, Brasil  
Érica Guerra da Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil  
Fábio da Silva Veiga – Universidad de Alcalá, Espanha  
Gabriel Martín Rodríguez – Universidad Rey Juan Carlos, Espanha  
Gilberto Atencio Valadares – Universidad de Salamanca, Espanha  
Gustavo Rozeira - Universidade Lusófona do Porto, Portugal  
Inês Godinho – Universidade Lusófona do Porto, Portugal  
Jaime Aneiros Pereira – Universidade de Vigo, Espanha  
João Vieira dos Santos – Universidade do Porto, Portugal  
J. Eduardo Amorim – Universidade do Porto, Portugal  
Jorge Ferreira Sinde Monteiro – Universidade Lusófona do Porto, Portugal  
José Julio Fernández Rodríguez – Universidade de Santiago de Compostela, Espanha  
Kênia Cristina Pontes Maia - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil  
Laura Miraut Martín - Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha  
Lígia Abreu – Universidade Lusófona do Porto, Portugal  
Ludmilla Elyseu Rocha – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil  
Marco Aurélio Gumieri Valério - Universidade de São Paulo, Brasil  
Marcos Augusto Perez – Universidade de São Paulo, Brasil  
Marcela Siqueira Miguens - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil  
Maria do Rosário Anjos – Universidade Lusófona do Porto, Portugal  
Nuno de Sousa – Universidade Lusófona do Porto, Portugal  
Paulo de Brito – Universidade Lusófona do Porto, Portugal  
Pedro Avzaradel – Universidade Federal Fluminense, Brasil  
Roberta Faria – Universidade de Santiago de Compostela, Espanha  
Rubén Miranda Gonçalves – Universidade de Santiago de Compostela, Espanha  
Rulian Emmerick – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil  
Rui de Albuquerque – Universidade Lusófona do Porto, Portugal  
Rui Zeferino Ferreira – Instituto Superior do Entre Douro e Vouga, Portugal

## INDICE

<b>La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria como Consecuencia de Defectos en el Consentimiento Informado</b>	<b>11</b>
<i>David e. Pérez González</i>	
<b>Crise como Sinal de Reorganização Administrativa Pública</b>	<b>34</b>
<i>Ana Paula Silvestrini Vieira Alves</i>	
<b>A Responsabilidade Civil do Estado Brasileiro no Sistema Prisional</b>	<b>41</b>
<i>Greice Kelly dos Santos Silva e Samuel Sampaio Evangelista</i>	
<b>O Princípio da Transparência na Contratação Pública em Portugal</b>	<b>52</b>
<i>Brenno Henrique de Oliveira Ribas</i>	
<b><i>Compliance</i> como Instrumento para Garantia do Princípio Anticorrupção nas Contratações Públicas</b>	<b>62</b>
<i>Fabício Lourenço da Silva</i>	
<b>Jurisdição Constitucional e a Construção de um Sistema De Precedentes Verde e Amarelo</b>	<b>69</b>
<i>Genilma Pereira de Moura</i>	
<b>A Ausência de Efetividade de Direitos Constitucionais: Representatividade Feminina nos Espaços de Poder no Brasil</b>	<b>78</b>
<i>Daiana Alessi Nicoletti Alves e Wanessa Assunção Ramos</i>	
<b>O Controle Concreto de Constitucionalidade nos Ordenamentos Luso Brasileiro</b>	<b>86</b>
<i>Helena do Passo Neves e Ana Cristina Augusto Pinheiro</i>	
<b>Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática: Uma Possibilidade?</b>	<b>95</b>
<i>Érica Guerra da Silva e Jorge Baptista Canavez Júnior</i>	
<b>Jurisdição Constitucional: O Papel do Supremo Tribunal Federal na Interpretação da Constituição Brasileira Com o Intuito de Fortalecer o Procedimento Democrático</b>	<b>105</b>
<i>Wílian Roque Borges</i>	
<b>O Protagonismo do Poder Judiciário Brasileiro e a Dispersão Jurisprudencial em Matéria de Direitos Sociais Assistenciais</b>	<b>113</b>
<i>Maria Fernanda Augustinbak Schumacker Haering Teixeira</i>	

**As Transições de Governo à Luz da Política Antagônica ou Agonística de Chantal Mouffe** 121

*Gilmar Brunizão e Fernando Rangel Alvarez dos Santos*

**Brasil, Pátria Das Libras: O Direito Fundamental à Cultura dos Surdos** 131

*Vivianne Rodrigues de Melo*

**A Necessidade de Sustentabilidade na Atual Sociedade do Risco em Razão da Vedação ao Retrocesso: A Orientação dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Solidariedade Intergeracional** 141

*Gabriela Soldano Garcez*

**Ilações Acerca da Dignidade Humana Em Immanuel Kant e sua Reflexividade Hodierna** 152

*Ludmilla Elyseu Rocha*

**Mediação Intercultural: Instrumento de Acesso aos Direitos Fundamentais - Projeto De Mediadores Municipais e Interculturais** 162

*Rômulo Barreto Jr.*

**A Emergência de uma Cidadania Global em Tempos de Populismo** 170

*Renata Naomi Tranjan*

**A Interculturalidade como Perspectiva para os Fluxos Migratórios do Século XXI** 180

*Ricardo Cotrim Chacur*

**Mulheres Refugiadas na Era da Precarização dos Direitos Sociais: Um Problema de Direitos Humanos** 192

*Valdênia Brito Monteiro*

**A Mitigação dos Direitos Humanos na Sociedade da Informação: Uma Discussão sob o Viés Consumerista** 206

*Maria Eduarda Gropp*

**Comentário Geral da ONU N° 15: O Reconhecimento do Direito Humano à Água e o Alargamento da Acepção de Alimentação** 215

*Durcelania da Silva Soares*

**A Responsabilidade Internacional do Refugiado Ambiental** 224

*Vanessa Abadia Gama Fernandes e Gleidcy Helle dos Reis Rocha*

**Norma De *Jus Cogens* e a Relevância da sua Observação e Aplicação em Âmbito Nacional: Uma Análise Pautada no Regime Militar Brasileiro (1964-1985)** 233

*Amanda Vieira Spaller*

<b>A Questão da Posição Hierárquica-Normativa dos Tratados que Versam sobre Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro</b>	<b>241</b>
<i>Jucimar Rodrigues de Sousa</i>	
<b>O Panorama Histórico-Evolutivo do Armistício</b>	<b>251</b>
<i>Pedro Gonsalves de Alcântara Formiga</i>	
<b>O Acórdão <i>Associação Sindical de Juizes Portugueses</i> como Antecâmara para a Intervenção do TJUE na Crise do Estado de Direito na União Europeia</b>	<b>260</b>
<i>Inês Pereira de Sousa</i>	
<b>El Derecho al Olvido Desde el Ordenamiento Comunitario</b>	<b>272</b>
<i>Pablo Fernández García-Armero</i>	
<b>Análise dos Modelos de Relação entre os Órgãos Reguladores Setoriais e as Autoridades da Concorrência</b>	<b>283</b>
<i>João Manuel de Lima Junior</i>	
<b>Os Programas de Integridade nas Empresas Estatais Brasileiras</b>	<b>293</b>
<i>Gabriel Vinícius Carmona Gonçalves e Pedro Henrique Espagnol de Farias</i>	
<b>Práticas Anticoncorrenciais no Contexto do Sistema Constitucional Brasileiro e o Caso da Indústria Farmacêutica</b>	<b>300</b>
<i>Clayton Vinícius Pegoraro de Araújo e Gabrielle Kölling</i>	
<b>O Controle da Concorrência como Defesa do Interesse Público</b>	<b>311</b>
<i>Vivian Molina Perfeito Caetano</i>	
<b>Os Efeitos da Indústria 4.0 e as Receitas Fiscais como Alternativa para o Financiamento do Regime Geral da Segurança Social</b>	<b>321</b>
<i>J. Eduardo Amorim</i>	
<b>Questionando a Obviedade do Princípio Brasileiro da Indisponibilidade do Crédito Tributário com Inspiração Portuguesa</b>	<b>330</b>
<i>Ana Paula Pasinato</i>	
<b>A Pec 145/2019 e a Reforma Tributária no Brasil</b>	<b>339</b>
<i>Renata Gomes de Albuquerque Sá</i>	
<b>Benefícios Fiscais e Boa Governança Fiscal – Breve Reflexão</b>	<b>348</b>
<i>Ângela Patrícia Ferreira e Lílíana Ivona da Silva Pereira</i>	
<b>Induções Fiscais, Sustentabilidade e Novas Tecnologias</b>	<b>358</b>
<i>Marcelo Mazin e Laura Regina Echeverria da Silva</i>	



**A Obtenção da Certidão Positiva com Efeitos de Negativa Relativa a Débitos Tributários Não-Executados, Após o Código de Processo Civil de 2015** 371

*Valterlei A. da Costa e Maurício Dalri Timm do Valle*

**Como o Direito Ambiental Internacional, Inserido no Contexto dos Direitos Humanos, pode Levar à Possibilidade de Ingerência na Soberania Estatal** 382

*Josemar Moraes de Lima Dantas e Kênia Cristina Pontes Maia*

**Smartcities, Portugal e a União Europeia** 392

*Samuel Sampaio Evangelista e Greice Kelly dos Santos Silva*

**Existe Limitação a Utilização da Religião como Instrumento de Seletividade Penal?** 401

*Myrna Alves de Britto*

**Transformações da Prova no Processo Penal Português: “O Primeiro Diário Português”** 411

*Marco Ribeiro Henriques*

**A Conduta Omissiva e o Crime de Burla Tributária no Recebimento de Prestações Sociais** 426

*Gonçalo João Marques Mota*

**O Princípio da Não Autoincriminação e a Responsabilização Penal de Pessoas Jurídicas** 435

*Ana Paula Kosak*

**Controle Penal da Migração e Legislação Brasileira: Avanços e Retrocessos** 446

*Guilherme Moreira Pires e Patrícia Cordeiro da Silva*

**O Desenvolvimento da Legislação Nacional Referente ao Bullying** 456

*Caiio Mendes Guimarães Marcondes Machado*

**O Projeto Anticrime e o “Novo” Retrocesso Brasileiro na Violação dos Direitos Fundamentais: a Individualização da Pena dos Condenados por Corrupção diante da Proposta de Cumprimento de Pena em Regime Inicialmente Fechado** 465

*Camila Saldanha Martins*

**Plea Bargaining, The Prosecution’s Unconstitutional Practices Favoring Efficiency: Negotiating to Broaden Criminal Selectivity** 473

*Kaiana Vieira da Rosa Kalache*

**Lei Penal: (Super)Aplicação e Interpretação Flexível como Resultado do Abandono de Princípios Constitucionais Norteadores da Condição Humana** 483

*Kanana Vieira da Rosa Kalache*

**A Problemática dos Trabalhadores das Plataformas Digitais: Trabalhadores Dependentes, Prestadores de Serviços ou Figura Híbrida? O Exemplo Chinês** 493

*Telma Reis Martins*

**Os Efeitos do Neoliberalismo nas Relações Laborais: Uma crítica à Supressão de Direitos Trabalhistas** 503

*João Luiz Martinechen Beghetto*

**A Curiosa Figura do Contrato de Trabalho em Grupo (à Luz do Regime Jurídico do Contrato de Trabalho dos Profissionais do Espetáculo)** 512

*Joana Neto*

**Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista: Aplicabilidade da Prescrição Intercorrente** 522

*Wilian Roque Borges*

**A Desjudicialização da Execução Civil Portuguesa e o Processo Executivo Brasileiro** 531

*Victor D. Arce Pinheiro Dib*

**O Dano Existencial por Violação à Imagem da Vítima de *Revenge Porn*** 538

*Karenina Tito*

**A Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e a Função Social dos Contratos** 544

*Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Régis Canale dos Santos*

**A Organização Mundial do Comércio e os Direitos Antidumping** 554

*Ana Sofia Carvalho e Isabel Restier Poças*

**Paternidade *Prêt-À-Porter*: uma Crítica à Monetização do Afeto nos Tribunais Brasileiros** 564

*Douglas Cesar Lucas e Pâmela Copetti Ghisleni*

**Microempreendedor Individual (MEI) no Brasil: Aspectos sobre o Desenvolvimento Social e Econômico** 574

*Carlos Eduardo Aporcino Veiga Nunes*

**Legislar sobre Estradas Elétricas** 583

*Luís Miguel Pereira Farinha e Rui Pedro Lopes Nunes*

# LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA COMO CONSECUENCIA DE DEFECTOS EN EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

David e. Pérez González<sup>1</sup>

**RESUMEN:** El consentimiento informado en los últimos tiempos está cobrando cada vez más una mayor relevancia en la praxis diaria de la Administración sanitaria. Prestar ese consentimiento adecuadamente excluye las posibles responsabilidades en las que pueden incurrir los profesionales de la salud. Los criterios delimitadores que configuran la correcta recepción del consentimiento han venido de la mano de la jurisprudencia, pues la casuística en este campo ha sido muy extensa. La información a suministrar al paciente varía en función del tipo de actuación que sobre la salud del paciente se practica. Ello hace necesario distinguir en este sentido entre lo que es una medicina satisfativa de la medicina comúnmente llamada necesaria. Sobre esta base las posibles indemnizaciones pueden alcanzar hasta los daños morales.

**PALABRAS CLAVE:** Consentimiento informado, responsabilidad patrimonial, autonomía individual, administración sanitaria.

**ABSTRACT:** Informed consent in recent times is becoming increasingly more important in the daily practice of health administration. Adequately provide such consent excludes potential liabilities they may incur health professionals. The demarcation criteria that form the correct reception of the consent have come from the hand of the law, as the case mix in this area has been very extensive. The information to be provided to the patient varies depending on the type of action on the patient's health is practiced. This makes it necessary to distinguish in this respect between satisfativa medicine which is a medicine commonly called necessary. On this basis any compensation can reach up to moral damages.

**KEY WORDS:** Informed consent, liability, individual autonomy, health administration.

## I-. PLANTEAMIENTO JURÍDICO

La institución del consentimiento informado en España viene de la mano de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que en su artículo 8 consagra que toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información sobre la misma, haya valorado las opciones propias del caso.

A su vez, nuestro ordenamiento jurídico recoge la responsabilidad patrimonial en varios textos normativos. En primer lugar, mencionar la anterior legislación que sentaba las

---

<sup>1</sup> Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de La Laguna (Tenerife, España). Director de la Comisión de Doctorado de la misma universidad. e-mail: dpergon@ull.es

bases de esta institución jurídica, me refiero a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que en su artículo 139 recogía que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos<sup>2</sup>. Actualmente esta normativa se ha visto modificada por las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y por la 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que han cambiado el panorama existente hasta ese momento y que regulaba la responsabilidad patrimonial, puesto que si en la legislación anterior teníamos la mencionada Ley 30/1992, que regulaba los principios y aspectos generales de la responsabilidad, el procedimiento venía dado por medio de un Reglamento. Me refiero al Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, que establecía los dos tipos de procedimientos, general y abreviado, por los que se tramitaban los expedientes, especificándose las fases y trámites a realizar.

En la actualidad esto como digo ha cambiado, mientras por lado la Ley 40/2015 regula los principios y materias generales de la responsabilidad patrimonial, por otro la Ley 39/2015 regula el Procedimiento Administrativo General, al igual que lo hacía la Ley 30/1992. Pero ahora el legislador, a diferencia del formato seguido en la normativa anterior, ha reformulado la organización, incluyendo a lo largo de su articulado mención expresa a determinados trámites específicos para la responsabilidad patrimonial.

Sobre esta base, establece la normativa entre los requisitos exigibles para que se pueda hablar de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria que el daño alegado por el administrado sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. Vemos como ya el anterior Título X de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, fue modificado por la Ley 4/1999 de 13 de enero y por Ley 24/2001 de 27 de diciembre, dando nueva regulación a la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio.

---

<sup>2</sup> Redacción similar a la actual que regula la Ley 40/2015 en su artículo 32, que dice: Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

Ante este estatuto jurídico se consagra un régimen de responsabilidad directa por medio del cual, para hacer efectiva la responsabilidad, los particulares (pacientes en este caso) exigirán directamente a la Administración Pública sanitaria correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio<sup>3</sup>. De ahí que, en el caso de que los daños producidos se deban a la actuación dolosa, culposa o negligente de autoridades, funcionarios o agentes, es la Administración sanitaria la que responde directamente frente al paciente, sin perjuicio de que posteriormente la Administración se dirija contra aquéllos, mediante la denominada acción de regreso para pedirles responsabilidades. Todo ello sin perjuicio también de las posibles responsabilidades en que pudieran incurrir, de las que responderá el seguro de responsabilidad civil que tenga contratado ese profesional sanitario.

En definitiva, con sustrato en la normativa mencionada se instituye, sobre temas relacionados con la salud, un sistema de responsabilidad por medio del que, y como no podía ser menos, también se suceden supuestos en los que la actuación de la Administración sanitaria<sup>4</sup> genera perjuicios para los pacientes. Perjuicios que cobran la forma de daños susceptibles de ser indemnizados. Se trata, pues, de una regla de responsabilidad objetiva. No se incluye cualquier actuación, sino sólo las actuaciones concretas de la Administración que generan un riesgo de causar un daño. Cuando el daño se concrete, no será necesario probar la culpa o negligencia de la Administración (se aplica el criterio de la atribución del riesgo, en combinación con un concepto estricto de lesión y con los medios de que se disponen para prestar un servicio). Un ejemplo lo encontramos en la STS, 3ª, 14.6.1991 sobre una operación realizada en un hospital público de acuerdo con el estándar de diligencia exigible. Posteriormente, se considera que en aquel caso concreto hubiera sido más conveniente empezar por la intervención de la zona izquierda del cerebro. Se declara la responsabilidad patrimonial de la Administración, a pesar de haber actuado diligentemente.

## II.-. LA CAPACIDAD DE DECISIÓN DE LOS PACIENTES

---

<sup>3</sup> Dice la STS de 28 de noviembre de 1998, FJ 2º: Responsabilidad es directa por cuanto ha de mediar una relación de tal naturaleza, inmediata y exclusiva de causa a efecto entre el actuar de la Administración y el daño producido.

<sup>4</sup> La ley dictamina que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes. El legislador ha hecho uso del término "particular", lo que ha sido objeto de interpretación por la STS de 2 de julio de 1998 que establece que la referida expresión "particulares" debe ser objeto de una interpretación integradora, de modo que no sólo comprende a los ciudadanos que en el Derecho Administrativo reciben la denominación de administrados, sino también a las distintas Administraciones Públicas cuando sufren lesión en sus bienes y derechos, consecuencia de la relación directa de causa-efecto como consecuencia del funcionamiento de servicios públicos.

Cuando se habla de consentimiento informado la Ley de Autonomía del Paciente establece la obligación al personal sanitario de facilitar toda la información sobre la salud del paciente, con la finalidad de que, éste una vez conocida su situación, adopte las medidas que estime convenientes. Es decir se está fomentando la capacidad de elección del paciente sobre su proceso patológico. Para lo que se le otorga autonomía individual en la toma de decisiones. Aquí se trata de informarle y asesorarle para la toma de decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad. Lo verdaderamente relevante de la información que se suministra al paciente no se queda simplemente en conocer cuál es su integridad física, sino que, en base a la información suministrada, promover el principio de libertad de decisión<sup>5</sup> y autonomía del paciente y, en consecuencia, dar su consentimiento a las posibles actuaciones a realizar por parte del centro sanitario. Claro está que el consentimiento informado tiene como finalidad obtener el permiso del paciente para realizar determinadas actividades, pero, por supuesto no es el único, sino que el deber de información tiene como fin último también que el paciente pueda tomar sus propias decisiones, de acuerdo con la dignidad<sup>6</sup> de la persona y con el desarrollo de su propio proyecto vital. Proyecto vital que puede acoger hoy en día supuestos que la Ley de autonomía del Paciente prevé, como son todos los referidos al testamento vital, porque aquí lo que resalta sobresalientemente y “lo importante es tener en cuenta que ese reconocimiento del derecho a la vida abre de par en par la puerta a la disponibilidad de la vida por parte de su titular”<sup>7</sup>. Un ejemplo clarísimo de nuestra legislación lo encontramos en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo que en su artículo 17 establece todas las mujeres que manifiesten su intención de someterse a una interrupción voluntaria del embarazo recibirán información sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, las condiciones para la interrupción previstas en esta Ley, los centros públicos y acreditados a los que se pueda dirigir y los trámites para acceder a la prestación, así como las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente.

---

<sup>5</sup> Importantísimas referencias se hacen en todo momento a la inquietud que se tiene por salvaguardar la intimidad del paciente. Un profuso trabajo sobre la intimidad lo tenemos en GALÁN JUÁREZ, Mercedes, *Intimidad. Nuevas dimensiones de un viejo derecho*, Centro de Estudios Ramón Areces y Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2005, pp. 38 y ss.

<sup>6</sup> En este sentido, “apelar a una fundamentación ontológica de la dignidad implica el reconocimiento de que todo ser humano posee un mínimo intangible de dignidad por el simple hecho de ser, de existir”, MEGÍAS QUIRÓS, José Justo, “Dignidad, universalidad y derechos humanos, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XXII, 2005, p. 254.

<sup>7</sup> MIRAUT MARTÍN, Laura, “El testamento vital como expresión de la autonomía individual” en MIRAUT MARTÍN, L., (Dir), *Imágenes contemporáneas de la realización de los derechos en la cultura jurídica iberoamericana*, Dykinson, Madrid, 2018, p.168.

Esta ley también prevé que en los casos en que sean las mujeres las que opten por la interrupción del embarazo recibirán, además, un sobre cerrado que contendrá la siguiente información: a) Las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto; b) Los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento; c) los datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro; y d) los datos sobre los centros en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo.

En este sentido esta Ley propugna la obligación de que esta información debe ser entregada en cualquier centro sanitario público o bien en los centros acreditados para la interrupción voluntaria del embarazo.

Para los casos en los que se trate de la interrupción por acusas médicas, enfatiza la Ley que, al existir riesgo de graves anomalías en el feto, además recibirá información por escrito sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas existentes de apoyo a la autonomía de las personas con alguna discapacidad, así como la red de organizaciones sociales de asistencia social a estas personas.

Sí que es verdad que en todos los supuestos exige la legislación que, con carácter previo a la prestación del consentimiento, se informe a la mujer de las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, suministrando para ello una información clara, objetiva y comprensible.

Consecuentemente, el deber de información por parte de los médicos es la base de esta institución que luego es rematada con el consentimiento que el paciente otorga. Esto es así en todos los casos, puesto que la información para el consentimiento es necesaria cuando es necesario obtener ese consentimiento<sup>8</sup>. El iter procedimental para obtener el consentimiento no es igual en todos los casos, puesto que el consentimiento por lo general es verbal una vez obtenida la información, pero en los supuestos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores o procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente, insiste la Ley que el consentimiento se otorgará por escrito (art. 8 Ley 41/2002 y art. 7.3 de

---

<sup>8</sup> Al respecto véase la posibilidad de otorgar el consentimiento para situaciones futuras que se puedan generar a través del documento de instrucciones previas, para las que el paciente no pueda por sí mismo dar en ese momento el correspondiente consentimiento, MARCOS DEL CANO, Ana M<sup>a</sup>, “Las voluntades anticipadas: problemática jurídica”, en JUNQUERA DE ESTÉFANI, R., *Algunas cuestiones de bioética y su regulación jurídica*, Grupo Nacional de Editores, Sevilla, 2004, pp. 217-242.

la Ley 1/2015 de Canarias)<sup>9</sup>. Esta exigencia de la normativa se debe a que, en los casos en los que puede haber algún tipo de riesgo en la actuación sobre la salud, si no hay consentimiento prestado por el paciente se abre la vía de responsabilidad del personal sanitario por incumplimiento del deber de informar<sup>10</sup>. Esto nos lleva a defender lo que llamamos comúnmente como el buen hacer profesional, porque “los profesionales del cuidar buscan y expresan su identidad, o una nueva identidad de los cuidados que esperan ser identificados, prestando cuidados al cuerpo y al individuo portador del mismo, que reclaman ser entendidos en toda su magnitud”<sup>11</sup>. Desde luego en materia de consentimiento informado, entre la información a suministrar deben incluirse las posibles alternativas que existan a la actuación sanitaria que se presenta como la más recomendable o adecuada para ese tipo de casos. Esta es una previsión que ha realizado la legislación, sumando incluso la posibilidad a rechazar el tratamiento<sup>12</sup>, eso sí, dejando constancia por escrito de lo manifestado, al objeto de salvaguardar la responsabilidad del personal sanitario<sup>13</sup>. Requisito éste indispensable para exonerar de responsabilidad y por lo tanto documento a tener en cuenta en un posible procedimiento de responsabilidad patrimonial que se instruya, porque “la vivencia de la responsabilidad está relacionada con hacer un buena praxis, que es la base fundamental para ser buen profesional y que influye en que el paciente tenga una buena evolución y no empeore”<sup>14</sup>.

### III.- ALCANCE DE LA INFORMACIÓN A SUMINISTRAR A LOS PACIENTES

En relación con la información a suministrar deben estar incluidos tanto los riesgos típicos como los llamados atípicos. Habrá que detenerse también si el paciente tiene

---

<sup>9</sup> Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; y Ley 1/2015, de 9 de febrero, de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida.

<sup>10</sup> Incide de manera especial en los requisitos del consentimiento informado como elemento excluyente de responsabilidad de los servicios sanitarios, GALÁN CORTÉS, Julio Cesar, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 110 y ss, también del mismo autor la obra sobre análisis jurisprudencial de la responsabilidad del médico “Sentencia de 16 de enero de 2012. Responsabilidad civil médica por omisión del consentimiento informado. Responsabilidad de la entidad aseguradora de asistencia sanitaria”, en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 91, 2013, pp. 53-70; por último, puede consultarse el trabajo *Responsabilidad civil médica Civitas*, Cizur Menor, Navarra, 2005.

<sup>11</sup> GARCÍA HERNÁNDEZ, Alfonso Miguel, “El cuerpo como práctica artística y primer instrumento de los cuidados” en *Revista Cultura de los Cuidados*, nº 15, 1º semestre 2004, Año VIII, p. 31.

<sup>12</sup> Sobre las capacidades de la autonomía individual, CARPINTERO, Francisco, “La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la persona jurídica”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 7, 1987, pp. 477-522.

<sup>13</sup> Artículo 8.1 de la Ley 1/2015, de 9 de febrero, de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida.

<sup>14</sup> MARRERO GONZÁLEZ, Cristo Manuel y GARCÍA HERNÁNDEZ, Alfonso Miguel, “Fenomenología del sentir de las enfermeras en el contexto profesional de Tenerife (España), en *Revista Cultura de los Cuidados*, nº 51, 2º cuatrimestre 2018, Año XXII, p. 14.



circunstancias especiales, por ejemplo algún tipo de patología que, aunque no tenga nada que ver especialmente con la actividad a realizar, sí puede influir en la misma, ser fumador, tener la tensión alta, etc. La responsabilidad de informar sobre los posibles riesgos puede parecer a simple vista que es solamente achacable al médico, pero esto desde luego no es así. Tanto el médico que dirige y orienta el proceso patológico es responsable de suministrar la información adecuada, como también los son el resto profesionales (enfermeras<sup>15</sup>), incluido cualquier otro médico que intervenga, como puede ser otro especialista, el anestesista, etc. Ante este tipo de situaciones se puede generar un conflicto a la hora de dilucidar quién da la información y qué tipo de información da cada uno de los intervinientes. Parece quedar claro que el responsable médico, y así está configurado en el organigrama de los centros sanitarios, es el responsable de coordinar las actuaciones que se le practiquen al paciente. Pero este deber del responsable médico no exime al resto de profesionales que intervienen de obtener el correspondiente consentimiento informado. Esto implicará necesariamente que ese otro profesional para obtener el consentimiento informado, antes de realizar por ejemplo alguna prueba de las llamadas invasivas, debe informar, puesto que él es que mejor conoce los posibles riesgos que se pueden sufrir. Cuestiones como ésta son las que determinan, en la tramitación de un expediente, la responsabilidad que se deriva de la intervención de varios profesionales<sup>16</sup>. Sin embargo aunque esta cuestión que sobre el papel parece quedar clara, en la realidad práctica no es así. Imaginemos casos en los que dada la información al paciente para practicarle una intervención por el transcurso del tiempo hasta que la misma se realiza cambian los protocolos de actuación en quirófano o ese paciente es derivado a otro centro sanitario, ¿Qué implicaría situaciones como esta? ¿habría que informar de nuevo?, La respuesta aquí no puede ser categórica, sino que habrá que ver si hay modificación de circunstancias que exijan nuevamente prestar la información adecuada para hacerlo<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Un trabajo verdaderamente relevante lo encontramos en la obra de García Hernández, puesto que en el mismo se analiza pormenorizadamente la perspectiva de estas profesionales nóveles al enfrentarse a su primer trabajo. En este sentido, “la responsabilidad es un estresor importante que sufre una enfermera durante su proceso de transición. Esto, a la larga, afecta a un buen número de áreas de trabajo como la organización en el trabajo, la habilidad para la prioridad en determinados cuidados, tiempos de actuación, administración de medicación o en la toma de cualquier decisión”, MARRERO GONZÁLEZ, Cristo Manuel y GARCÍA HERNÁNDEZ, Alfonso Miguel, “Reflexiones de enfermeras egresadas de la Universidad de La Laguna (España) sobre la comisión de un error en el contexto laboral”, en *Revista Cultura de los Cuidados*, nº 48, 2º cuatrimestre 2017, Año XXI, p. 53.

<sup>16</sup> Claro queda que todos los profesionales intervinientes en un proceso patológico son responsables de sus actuaciones, por ello “la enfermera es responsable de su praxis profesional, que repercute en el paciente que supone hacer bien el trabajo, no sólo para que paciente se beneficie sino para que no le perjudique”, MARRERO GONZÁLEZ, Cristo Manuel y GARCÍA HERNÁNDEZ, Alfonso Miguel, “Fenomenología del sentir de las enfermeras ...”, *cit.*, p. 16

<sup>17</sup> Ahonda sobre este asunto el análisis jurisprudencial de la responsabilidad de los profesionales sanitarios, DOMINGUEZ LUELMO, Andrés, *Derecho sanitario y responsabilidad médica (Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, Lex Nova, Valladolid, 2003, pp. 15 y ss;

En definitiva la finalidad de la información suministrada es garantizar que se obtiene un consentimiento válido por parte del paciente, en base a la libre capacidad decisoria que la legislación actual le otorga, para que se le practique una actuación sobre su salud, y que por lo tanto afecta a su integridad física, con exposición de los posibles riesgos que puede acarrear<sup>18</sup>. Para ello es exigible que el paciente tenga un conocimiento razonable, en términos del conocimiento humano medio, de los riesgos que corre, las características del tratamiento que se le va a realizar, la posibilidad de existencia de otras alternativas, que puede por lo tanto tomar en consideración, o incluso rechazar el tratamiento.

En otro orden de cosas y siguiendo con el análisis sobre la materia no podemos dejar de lado otra referencia legislativa sobre el consentimiento informado que la encontramos en la Ley 14/2007 del 3 de julio, de investigación biomédica, que en su artículo 4 prevé el consentimiento informado y derecho a la información, puntualizando que se respetará la libre autonomía de las personas que puedan participar en una investigación biomédica o que puedan aportar a ella sus muestras biológicas, para lo que será preciso que hayan prestado previamente su consentimiento expreso y escrito una vez recibida la información adecuada<sup>19</sup>. Vemos como “la investigación genética incrementa nuestra información”<sup>20</sup> y esta información para estos casos se debe proporcionar por escrito y comprenderá la naturaleza, importancia, implicaciones y riesgos de la investigación. Para los casos de personas con discapacidad exige la Ley que la información se prestará en condiciones y formatos accesibles apropiados a sus necesidades. Si el sujeto de la investigación no pudiera escribir, el consentimiento podrá ser prestado por cualquier medio admitido en derecho que permita dejar constancia de su voluntad.

Además requiere el texto normativo que cuando la persona esté incapacitada legalmente o sea menor de edad el consentimiento se hará por representación siempre y cuando no existan otras alternativas para la investigación. En estos casos la prestación del consentimiento por representación será proporcionada a la investigación a desarrollar y se efectuará con respeto a la dignidad de la persona y en beneficio de su salud. Ahora eso, se insiste por parte del legislador para que las personas incapacitadas y los menores participen en la toma de decisiones a lo largo del proceso de investigación sean escuchados en la medida de lo posible y según su edad y capacidades

---

también en su trabajo sobre el testamento vital profundiza sobre la muerte digna “Testamento vital y muerte digna (Una visión jurídica)”, en *Revista Jurídica de Asturias*, nº 34, 2010, pp. 149-162.

<sup>18</sup> Véase un estudio en profundidad en SIMÓN LORDA, Pablo, *El consentimiento informado. Historia, teoría y práctica*. Triacastela, Madrid, 2000.

<sup>19</sup> Al respecto puede consultarse la obra de MARCOS DEL CANO, Ana. M<sup>a</sup> (Coord.), *Bioética, Filosofía y Derecho*, Melilla, Centro Asociado de la UNED, 2004.

<sup>20</sup> MALEN SEÑA, Jorge F., *Estudios de ética jurídica*, Fontamara, México, 2005, p. 100.

Asimismo el texto normativo sistematiza la posibilidad de revocar el consentimiento prestado, tal y como lo hace la Ley de Autonomía del Paciente, al admitir que podrán revocar su consentimiento en cualquier momento, acentuando en la posibilidad que tiene toda persona a ser informada de sus datos genéticos y otros de carácter personal que se obtengan en el curso de una investigación biomédica, según los términos en que manifestó su voluntad<sup>21</sup>. Muy importante resulta en este campo garantizar la confidencialidad de los datos genéticos que defiende la normativa hoy en vigor que se ha visto modificada por el Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)<sup>22</sup>.

Para finalizar este apartado no quiero dejar de destacar otro de los asuntos que la normativa ha tratado, hablo del mismo derecho que se reconoce a la persona que haya aportado, con la finalidad indicada, muestras biológicas, o cuando se hayan obtenido otros materiales biológicos a partir de aquéllos, respetando incluso el derecho de la persona a decidir que no se le comuniquen estos datos, incluidos los descubrimientos inesperados que se pudieran producir. Sí que es verdad que la Ley prevé una salvedad cuando esta información, según criterio del médico responsable, sea necesaria para evitar un grave perjuicio para su salud o la de sus familiares biológicos, se informará a un familiar próximo o a un representante, previa consulta del comité asistencial si lo hubiera<sup>23</sup>.

#### **IV-. UNA LÍNEA APERTURISTA A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS CENTROS SANITARIOS**

Para los casos en los que no se cumplen las estipulaciones anteriormente mencionadas se abre la vía de responsabilidad de las Administraciones sanitarias. Sobre todo en los últimos tiempos parece ser que se está abriendo una puerta de entrada a que terminadas actuaciones médicas realizadas de conformidad con *la lex artis*, y por lo tanto ajustadas técnicamente a los protocolos de actuación, sin embargo den cabida a posibles

---

<sup>21</sup>Al respecto puede consultarse KOSSEIM, Patricia, y JOSPE, Dara, “La puesta en práctica del consentimiento en el contexto de los biobancos”, en BUISÁN, L y SÁNCHEZ, A. (Coords), *Intimidación, confidencialidad y protección de datos de salud*, Cívitas, Pamplona, 2011, pp. 137-154.

<sup>22</sup>En este sentido, consultar la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, con las novedades que ha generado la aprobación del Reglamento europeo.

<sup>23</sup>Sobre esta materia resulta verdaderamente interesante la posible consulta que se pueda hacer al documento de instrucciones previas, MARCOS DEL CANO, Ana M<sup>a</sup>, “La toma de decisiones al final de la vida: el testamento vital y las indicaciones previas”, en *Moralia*, 2001-4, pp. 491-518.

indemnizaciones a los pacientes en base a defectos en el consentimiento informado. Véase las enormes dificultades a la hora de precisar exactamente el contenido de ese consentimiento, ¿que debe estar incluido y que se puede omitir?. La indeterminación parece ser aquí el día a día en los centros sanitarios. Piénsese a su vez en las innumerables patologías, intervenciones, pruebas, etc que se realizan, y en las que los protocolos de actuación se encuentran en la imposibilidad de dar acogida a toda la casuística existente<sup>24</sup>. Es verdaderamente difícil determinar cuál es el nivel de conocimiento que debe tener el paciente sobre los posibles riesgos a sufrir antes de prestar el consentimiento. Asimismo, aumenta la dificultad ante la variabilidad de pacientes que existen, las marcadas diferencias entre ellos genera mayor imprecisión. Las capacidades cognitivas y de comprensión, el nivel cultural, la diferencia idiomática, y otros tantos aspectos pueden influir en que la información suministrada a un paciente sea insuficiente para otro. Todo ello ha generado la constitución de un cajón desastre<sup>25</sup> en el que muchos usuarios de los servicios sustentan sus reclamaciones ante los tribunales de justicia<sup>26</sup>. Aunque si bien, la responsabilidad patrimonial cambió con la modificación del 141.1 de la Ley 30/1992, realizada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, ya que introdujo excepción al consagrar que no son indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos<sup>27</sup>, todavía y a pesar de ser un claro límite que excluye muchos supuestos de responsabilidad la práctica diaria ha demostrado que no es suficiente<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> Recalcar en este aspecto lo defendido por García Hernández cuando enfatiza que “son importantes los protocolos de actuación: con el desarrollo de los mismos se evita cometer muchos errores”, MARRERO GONZÁLEZ, Cristo Manuel y GARCÍA HERNÁNDEZ, Alfonso Miguel, “Reflexiones de enfermeras egresadas ...”, *cit.*, p. 58.

<sup>25</sup> La a veces tan aclamada indeterminación de caracteriza a los procesos patológicos conlleva que “el concepto incertidumbre, aplicado a la salud, se define como la incapacidad personal para atribuir significado a los eventos relacionados con el proceso de la enfermedad”, BRITO BRITO, Pedro Ruymán; GARCÍA TESOURO, Esther; FERNÁNDEZ GUTIERREZ, Domingo Ángel y GARCÍA HERNÁNDEZ, Alfonso Miguel, “Validación de la Escala de Incertidumbre ante la Enfermedad en pacientes y acompañantes que acuden a un servicio de urgencias”, en *Emergencia: Revista de la Sociedad Española de Medicina de Urgencias y Emergencias*, nº 2, vol. 30, abril 2018, p. 105.

<sup>26</sup> Un análisis práctico lo encontramos en PUJOL ROBINAT, Amadeo, MARTÍN FUMADÓ, Carles, GIMÉNEZ PÉREZ, Dolores, MEDALLO MUNÓZ, Jordi, “Criterios medicolegales en la valoración de la responsabilidad profesional médica”, en *Revista Española de Medicina Legal*, Vol. 39, Octubre–Diciembre 2013, pp. 135-141.

<sup>27</sup> La Sentencia de la Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000 recuerda que los conocimientos científicos, técnicos o experimentales ni en medicina ni, probablemente, en ningún sector de la actividad humana, pueden garantizar al ciento por ciento un resultado determinado. Continúa afirmando que la certeza absoluta debe tenerse por excluida de antemano.

<sup>28</sup> Delimitando aún más si cabe esta cuestión la nueva redacción dada por la vigente Ley 39/2015, que en su artículo 34 expone que: sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

A pesar de esta exclusión se les está exigiendo a los profesionales un nivel muy superior de precisión a la hora de informar, que, a su vez, genera un recelo entre los mismos, que a la larga repercute en el servicio que se presta<sup>29</sup>. La jurisprudencia actual ya no solo dicta sentencias favorables a la hora de indemnizar un posible daño moral<sup>30</sup>, incluso hoy en día se da cabida a resarcimiento por una violación a la integridad física. Esta nueva corriente jurisprudencial ha venido de la mano de la STC de 28 de marzo de 2011. Un antecedente de esta corriente de pensamiento lo encontramos en la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1996 a raíz de un recurso de casación que expresa que la falta de nexo de causalidad en relación con la falta de consentimiento informado conlleva que no pueda presumirse que la información suministrada hubiera evitado el daño que se provocó. Esta doctrina reciente, como ya indiqué, ha quedado consagrada con la STC 37/2011, de 28 de marzo, que declara que la falta de información no supone vulneración del derecho a la libertad del artículo 17 CE. Sin embargo, el Tribunal Constitucional entiende que la falta de información sobre riesgos y posibles consecuencias para la salud personal puede suponer una vulneración del derecho a la integridad física y moral del artículo 15.1 CE, siempre que dicho riesgo origine un peligro grave y cierto para la salud. Esta resolución que, a su vez recoge una doctrina judicial contenida ya en algunas sentencias del Tribunal Supremo, tiene el valor añadido de quien la dicta, el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución española. De ahí que eleva a la categoría de derecho fundamental la institución del consentimiento informado, incluyendo en los supuestos indemnizatorios no solo la responsabilidad profesional por actuaciones negligentes sino incluso aspectos formales sobre el consentimiento informado. La sentencia recoge que la asistencia recibida por este demandante de amparo no satisfizo su derecho a prestar el consentimiento debidamente informado, por lo tanto se ha vulnerado su derecho fundamental a la integridad física consagrado en el artículo 15 de la CE. Esta línea jurisprudencial amplía el espectro consagrado hasta ahora consistente sobre la base de que

---

<sup>29</sup> Estas situaciones efectivamente provocan una intranquilidad en el desarrollo de la actividad profesional por parte de los sanitarios, puesto que “cometer un error para una enfermera supone un cargo de conciencia y es uno de los principales temores que manifiestan las enfermeras cuando realizan un procedimiento al paciente: hay temor a que al haber realizado una determinada actuación, se haga daño al paciente o se le perjudique en su mejoría”, GARCÍA HERNÁNDEZ, Alfonso Miguel, “Reflexiones de enfermeras egresadas ...”, *cit.*, p. 55.

<sup>30</sup> La mayor dificultad para establecer criterios generales en este campo viene de la mano de que “el daño moral es subjetivo, y va en proporción directa con la parte afectiva del ser humano, ya que el grado de reacción ante las mismas circunstancias puede acarrear diferentes estados psicológicos dependiendo del sujeto”, MAYOR GÓMEZ, Roberto, “Los daños morales en la responsabilidad patrimonial sanitaria: análisis jurídico y práctico de las cuestiones más problemáticas”, en *Gabilex, Revista del gabinete jurídico de Castilla la Mancha*, nº 2. Segundo Trimestre 2015, p. 8.

siempre que exista algún riesgo sobre la salud, si no hay consentimiento formalmente manifestado puede emerger algún tipo de responsabilidad.

Postura jurisprudencial que aunque es cierto que amplía la posible cobertura indemnizatoria no es así en todos los casos, porque los supuestos en los que se ha excluido la responsabilidad son también reiterados. Un ejemplo es la STS de 24 de noviembre 2005 rechaza la existencia de un error de diagnóstico de acuerdo con los siguientes razonamientos: “(...) ha de partirse de sí el médico ha realizado o no todas las comprobaciones necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en el momento, para emitirlo; razón por la cual, realizadas todas las comprobaciones necesarias, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles”.

En este mismo sentido la STS de 30 de marzo de 2012, RC n.º 1050/2009, aplica esta doctrina: “Los hechos que se describen ponen en evidencia la existencia de un error de diagnóstico inicial que no queda enervado por la ausencia de síntomas claros del daño. Si los síntomas peritonitis resultaban enmascarados con otros característicos de distinta dolencia, como las derivadas de un proceso ginecológico complicado, ello no impide calificar este error de diagnóstico de disculpable o de apreciación cuando las comprobaciones realizadas nunca descartaron la presencia de una apendicitis y, aun cuando sugerían otras dolencias de naturaleza distinta, tampoco se determinaron sin género de duda razonable”.

Al respecto la doctrina también ha diferenciado el tipo de medicina que se practica para a su vez, diferenciar la posible responsabilidad. Así se diferencia cuando estamos ante una *medicina satisfativa* y ante una *medicina necesaria*. Cuando nos encontramos con una *medicina satisfativa* el deber de información exige un mayor rigor, puesto que se la misma se realiza con la obtención de un resultado concreto, concreción que no se da en la *medicina necesaria*. Al respecto la STS de 21 de octubre de 2005 sigue esta línea de defensa al constatar que: “en cuanto a tal aspecto del "thema decidendi" hay que descartar, en primer lugar, que haya existido un "aseguramiento del resultado" por el médico a la paciente, el cual no resulta de la narración fáctica de la resolución recurrida, ni cabe deducirlo del hecho de que nos hallemos ante un supuesto de cirugía estética”.

Esta resolución es confirmada por la STS de 22 de noviembre 2007 que incide en que: “los actos de medicina voluntaria o satisfativa no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica

de la resolución recurrida (así se deduce de la evolución jurisprudencial, de la que son expresión las SSTS 25 de abril de 1994, 11 de febrero de 1997, 7 de abril de 2004, 21 de octubre de 2005, 4 de octubre de 2006 y 23 de mayo de 2007)".

Sobre este aspecto sin embargo vemos en ocasiones diferentes resultados, como es el caso de la STS de 20 de noviembre de 2009 que trata este mismo supuesto de aseguramiento del resultado en la *medicina satisfactiva* cuando expone que: "lo que pretende la recurrente es incardinar el tratamiento de infertilidad llevado a cabo en un supuesto de medicina satisfactiva, con obligación de resultados, y a partir de ello obtener las conclusiones favorables a su interés, incluso alterando las conclusiones probatorias de la sentencia, lo que no es posible. Es cierto que, en principio y sin perjuicio de las características de cada caso, la persona que se somete a una determinada intervención o manipulación médica, sea de la naturaleza que sea, lo hace impulsada por un estado patológico que pretende corregir en cuyo tratamiento puede verse afectada la salud, pero sin que el resultado sea una consecuencia necesaria del mismo. La realidad social y médica de la ginecología y de la medicina, en general, imponen soluciones distintas de tal forma que con independencia de que pueda existir una clara actividad médica tendente a subsanar unas patologías concretas, de evidente carácter curativo -azoospermia y déficit de maduración ovular-, ambas generadoras de incapacidad de reproducción, la distinción entre obligación de medios y de resultados ("discutida obligación de medios y resultados", dice la STS 29 de junio 2007), no es posible mantener en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice, incluso en los supuestos más próximos a Derecho sanitario en la jurisprudencia".

Cada vez más la jurisprudencia cada vez más incide de manera especial en el deber de información cuando se trata de *medicina satisfactiva*. Así la STS de 21 de octubre de 2005 explica que: "el deber de información en la medicina satisfactiva -en el caso, cirugía estética-, en la perspectiva de la información dirigida a la obtención del consentimiento para la intervención [...] como información objetiva, veraz, completa y asequible, no solo comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre las probabilidades del resultado, sino que también se debe advertir de cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, y con independencia de su frecuencia y de que la intervención se desarrolle con plena corrección técnica. Por lo tanto debe advertirse de la posibilidad de dichos eventos aunque sean remotos, poco probables o se produzcan excepcionalmente, y ello tanto más si el evento previsible -no debe confundirse previsible con frecuente (S. 12 enero 2001)- no es

la no obtención del resultado sino una complicación severa, o agravación del estado estético como ocurre con el queloide”.

Años después es confirmada esta corriente de pensamiento en la STS de 23 de mayo de 2007.

En definitiva, todas estas referencias jurisprudenciales nos hacen pensar que cuando el paciente se somete a una intervención de las consideradas necesarias para su salud, la información a suministrar al paciente para obtener el consentimiento informado no tiene porqué ser tan exhaustiva como si se tratara de una intervención voluntaria. La diferencia viene marcada porque en este último caso el paciente voluntariamente consiente la realización de esa intervención porque busca obtener un resultado querido, como son el caso de las intervenciones de cirugía estética, en las que el paciente al buscar un resultado concreto exige del médico una perfecta información en aras de conseguir el fin marcado. Aquí el profesional debe suministrarle toda la información precisa sobre la obtención del mismo.

En los casos de *medicina necesaria* el sistema a seguir es el de responsabilidad objetiva consagrado en la legislación española. Con sustento en el mismo, la obligación del profesional de la medicina es poner a disposición utilizar todos los medios de los que dispone, pero sin garantizar plenamente el objetivo a alcanzar con un resultado preciso. La obligación de los profesionales de la salud es prestar la debida asistencia con todos los medios que tiene a su alcance y no la de garantizar, siempre y en todos los casos, la curación o mejora del paciente. Por lo que de conformidad con la legislación vigente en España, el potencial daño que se pueda producir al paciente tiene el deber de soportarlo, y por lo tanto, es excluido de entre los hechos antijurídicos que nuestro ordenamiento jurídico prevé<sup>31</sup>. De ahí que cuando se hable de la *lex artis* se alude a los criterios de actuación de los profesionales de la salud que sirven de parámetro para valorar la corrección de los servicios sanitarios que ofrecen, imponiendo al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida que exige su profesión<sup>32</sup>.

En cambio, en los supuestos de medicina voluntaria, como la cirugía estética, se pretende asegurar el resultado. De ahí que si existe alguna posibilidad de no obtener el resultado buscado debe informarse. Porque si el médico asegura un resultado concreto y este no se obtiene una vez realizada la intervención, por tanto, directamente relacionado con la

---

<sup>31</sup> El artículo 32 de la Ley 40/2015 indica que sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

<sup>32</sup> Particularmente en los procesos del final de la vida, “lo cual se traduce esencialmente en una preocupación de la revalorización de quien presta los cuidados, en el camino hacia la búsqueda de una identidad profesional en ocasiones, reforzando en lo que a identidad se refiere cuando hablamos del cuerpo del moribundo y del tanatólogo como prestador de servicios”, GARCÍA HERNÁNDEZ, Alfonso Miguel, “Cuerpo, cuidados, práctica artística y muerte”, en *Revista Digital Universitaria*, vol. 7, nº 8, agosto 2006, p. 8.



misma (hay nexo causal), podría comportar que ese consentimiento informado adolece de defectos, porque el paciente no tenía conocimiento de que ese resultado era posible, y en consecuencia diferente de el que quería y de haberlo sabido hubiera adoptado otra decisión. La libre de decisión del paciente a someterse o no voluntariamente a una intervención, depende como es lógico de que se obtenga el resultado querido con la misma. Si el resultado no es el querido seguramente el paciente no se hubiera sometido a esa cirugía<sup>33</sup>.

Con esta esta distinción se pretende delimitar el nivel de resultados a obtener en función del tipo de intervención de que se trate. Sin embargo, este criterio delimitador de intervención *necesaria o satisfativa* no es tan tajante. Piénsese en los supuestos en los que la cirugía estética se realiza por factores de tipo psíquico (como la autoestima del paciente) que le impulsa a someterse a ella a pesar del importante número de riesgos que la misma conlleva. En estos supuestos ¿seguimos hablando de *medicina satisfativa* o podemos hablar de *medicina necesaria*? Véase que la decisión de someterse a tal intervención, aunque no afecta a aspectos físicos de urgente reparación, como son los casos de riesgo físico para la salud, si afecta a elementos psicológicos a veces tan importantes para el paciente que está dispuesto a aceptar las consecuencias que se originen y los posibles riesgos a sufrir.

Por último, y para terminar este apartado, merece la pena en esta materia hacer especial atención a los supuestos en los que hay que hacer transfusiones sanguíneas en determinadas creencias religiosas<sup>34</sup>. Aunque se trata de supuestos archiconocidos hoy en día en la práctica médica, no quería dejarlos de lado sin al menos hacer somera referencia a sus condicionantes, puesto que en estos casos ese paciente tiene derecho a que se le explique que el tratamiento comporta una transfusión sanguínea, porque tiene derecho a rechazarlo o no.

---

<sup>33</sup> Este postura la defienden las sentencias de 3 octubre de 2000 y de 9 mayo 2005 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo donde se afirma que en la medicina satisfactiva los perfiles con que se presenta la prueba del consentimiento adquieren peculiar relieve en la medida en que esta medicina es por definición voluntaria, de tal suerte que será menester tener en cuenta las características del acto de petición de la actividad médica, el cual por sí mismo, y atendidas sus circunstancias, puede aportar elementos que contribuyan a la justificación de la existencia de consentimiento en sí mismo, cosa que no ocurre en la medicina asistencial, especialmente en los supuestos de existencia de grave riesgo para la salud, en los que cabe presumir que la iniciativa de la prestación médica y del carácter de la misma corresponde de modo exclusivo o preponderante a los servicios médicos, pues responde a una situación de necesidad no dependiente de la voluntad del paciente. Mas esto no minorra la exigencia de mayor rigor en el deber de información en la medicina satisfactiva, aun cuando éste se proyecta, más que sobre la intervención en sí, sobre el resultado perseguido y el riesgo de no obtenerlo, pues la petición de asistencia médica, que puede ser suficiente para justificar la existencia de consentimiento en cuanto al hecho de la intervención, no lo es en cuanto al conocimiento de sus resultados y riesgos.

<sup>34</sup> Motivo por el que se puede llegar hasta límites extremos que condicionen continuar con esa vida, BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luís, “La relación médico-paciente en situaciones de riesgo grave, de enfermedad invalidante e irreversible, y en el proceso del final de la vida: supuestos y respuestas bioéticas y jurídicas”, en *Aranzadi*, n° 3, 2011, pp. 81-100; del mismo autor, “El derecho de las personas a una muerte digna”, en *Aranzadi*, n° 2, 2010, pp. 83-96, por último también de Beltrán, “Una propuesta de regulación de la objeción de conciencia en el ámbito de la asistencia sanitaria”, en *Derecho y Salud*, vol. 16, n° 1, 2008, pp. 135-146.

Y por lo tanto, si no se hace así, aquí estamos en un caso donde, aunque no se ha causado una lesión física propiamente dicha, si puede haber producido consecuencias psicológicas, que pueden originar un daño moral, porque se ha vulnerado la dignidad de su persona y el derecho a la libertad de creencias evidentemente. Este paciente tiene derecho a ajustar su conducta a sus propias creencias, tal y como le permite la normativa de aplicación, y rechazar este tipo de intervenciones sobre su salud<sup>35</sup>. Aquí estaríamos también ante un caso donde la falta de consentimiento informado llevaría consigo el daño moral.

## V-. ¿QUÉ ES INDEMNIZABLE? LA TEORÍA DEL DAÑO.

El daño indemnizable debe ser un daño efectivo. Al referirnos a la efectividad del daño, hacemos referencia a dos aspectos del mismo:

- Primero que haya una incidencia negativa en los bienes o derechos del paciente, sean los que sean, tanto daños patrimoniales, como daños personales y morales.
- Segundo que se trate de un daño real y actual, es decir, se excluyen los daños futuros simplemente hipotéticos tales como la frustración de simples expectativas.

La jurisprudencia ha establecido también el criterio de los estándares de seguridad exigibles, lo que significa que para que un daño resulte antijurídico deberá superar los estándares exigibles de seguridad. En este sentido la STS de 29 de octubre de 1998 dice: “debe, pues, concluirse que para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. No existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable.

De todas maneras aparte de las posibles lesiones físicas que se puedan generar, sobre el daño producido se debe incluir lo que se conoce como el daño moral, que “no es solo vivido como una cuestión moral, sino como una responsabilidad profesional”<sup>36</sup>. La Sala Tercera del Tribunal Supremo en su resolución de 4 de abril de 2000 considera que la ausencia de consentimiento informado en los casos de intervenciones que supongan un

---

<sup>35</sup> En ésta línea de pensamiento destaca la “insistencia está en lo ya previsto legalmente que obliga al médico a aceptar el rechazo de las transfusiones de sangre por motivos religiosos aún a costa de la vida”, SUAREZ LLANOS, Leonor, “La ley de la muerte. Eutanasia, ética y derechos”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XXVIII, 2012, p. 334.

<sup>36</sup> MARRERO GONZÁLEZ, Cristo Manuel y GARCÍA HERNÁNDEZ, Alfonso Miguel, “Fenomenología del sentir de las enfermeras ...”, *cit.*, p. 16

riesgo grave para la salud, incluidos los daños morales, e independientemente de que dicho riesgo esté o no esté concretado, si falta ese consentimiento porque el paciente está en una situación de inconsciencia o temor frente a esa situación de riesgo grave, le obstaculiza para tomar decisiones libremente, lo en consecuencia le puede generar un daño moral susceptible de ser resarcido<sup>37</sup>. Sobre esta línea la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo nº 828/2003, de 8 septiembre, instituyó la posibilidad que pueda haber un daño resarcible con significación autónoma en la privación del derecho del paciente a obtener la información que le impida adoptar decisiones en relación con el tratamiento, como son por ejemplo la posible elección del facultativo, los retrasos en la realización de la intervención, la posibilidad de solicitar una nueva consulta con el facultativo, etc.

Al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2009 parece admitir de nuevo la posibilidad de que la ausencia de consentimiento informado sea determinante de un daño moral causado por la falta de capacidad de libre decisión del paciente. Apunta la Sentencia referida: “con independencia de que el consentimiento informado surge en defensa de la autonomía de la voluntad de la persona-paciente que tiene derecho a decidir, con el asesoramiento técnico adecuado, su sometimiento a un acto médico, es claro que en el caso de autos hay algo más que una mera trasgresión formal de ese derecho de autodeterminación, en cuanto que un debido cumplimiento del consentimiento informado permitiría al recurrente decidir libremente, valorando los pros y los contras de dos tratamientos posibles, cual era aquel que más le convenía”.

Sobre este orden de cosas, un elemento importante que recientemente ha desencadenado una nueva corriente doctrinal es lo que se conoce como la *teoría de la pérdida de oportunidades*<sup>38</sup>. Por la misma se entiende que la falta de consentimiento informado simplemente disminuye las probabilidades de curación, lo que conlleva una pérdida de oportunidades para el paciente. Cuando estemos ante este tipo de casos se debe ponderar la cuantificación del daño en función de las circunstancias acaecidas<sup>39</sup>. En este sentido la

---

<sup>37</sup> Véase en este sentido, BEAUCHAMP, Tom L. y McCU- LLOUGH, Laurence B. (Prólogo de Diego Gracia, Trad. Enrique Pareja Rodríguez), *Ética médica. Las responsabilidades morales de los médicos*, Editorial Labor, Barcelona, 1987 pp. 125-128.

<sup>38</sup> Se puede profundizar más en el trabajo de GALLARDO CASTILLO, María Jesús, “Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria (la doctrina de la pérdida de oportunidad)”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 45-46, 2015, pp. 35-66

<sup>39</sup> Al respecto, extrapolando lo aquí expuesto con lo que expone García en su trabajo sobre los procesos del duelo, vemos como se incide de manera especial en el cúmulo de circunstancias que acontecen durante el mismo, afirmando que “al dejar pasar de largo los acontecimientos sincrónicos, que funcionan a modo de bisagra entre lo material e inmaterial perdemos la oportunidad de entender y dar sentido a nuestras acciones de manera más eficaz y conforme a una naturaleza que a priori parece ser más íntima”, GARCÍA HERNÁNDEZ, Alfonso Miguel, “Duelo y causalidad” en *Revista Cultura de los Cuidados*, nº 49, 3º cuatrimestre 2017, Año XXI, p. 60.

Sentencia de la Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de Octubre de 2011 desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que condena a la Comunidad de Madrid a abonar una indemnización por daños derivados de asistencia sanitaria deficiente. La sentencia recurrida valoró las circunstancias del caso concreto, edad de la víctima, entidad de las secuelas y circunstancias antecedentes a la producción del daño condenando a indemnizar “por los daños morales derivados de la mencionada pérdida de oportunidad”. Se tuvo en cuenta que la indemnización “ha de girar sobre la base de la pérdida de oportunidad apreciada, no por la totalidad de los daños causados”, que en buena medida son riesgos típicos asociados a las enfermedades padecidas por el recurrente<sup>40</sup>.

En esta misma línea la Sentencia Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de Abril de 2014 desestima la casación porque entiende que: “las referencias a las que la parte recurrente hace a la relación de causalidad son, en realidad, un alegato sobre el carácter objetivo de la responsabilidad, que ha de indemnizar, en todo caso, cualquier daño que se produzca como consecuencia de la asistencia sanitaria, no se pueden admitir, puesto que no encuentran sustento en la línea jurisprudencial reciente, ya que la responsabilidad de los servicios sanitarios es exigible en función de las técnicas sanitarias que se aplican teniendo en cuenta el conocimiento que se tiene en ese preciso momento en que se realiza la actuación sobre la salud del paciente, sin que pueda mantenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño. La responsabilidad de los servicios sanitarios surge entonces cuando se la producido una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado. Por todo ello, estos servicios no pueden responder como si se tratara de una aseguradora universal de cualquier tipo de daño que se puede ocasionar por la actuación de los mismos”<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> En este sentido la Sentencia nº 1162/2007 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 8 de noviembre de 2007, sobre la responsabilidad médica basada en la doctrina de la "pérdida de la oportunidad". También resulta interesante el trabajo de ALARCÓN PONCE, Antonia, “Un caso de responsabilidad patrimonial sanitaria por pérdida de oportunidad en la dispensación de vacunas (Comentario a la STS de 25 de junio de 2010), en *Revista actualidad del derecho sanitario*, nº 184, 2011, pp. 509-514

<sup>41</sup> En este sentido también la Sentencia de la Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 14 de Octubre de 2014 que desestima el recurso de casación expone: “Las sentencias que se aportan de contraste aplican, al igual que la recurrida, la doctrina de la pérdida de oportunidad y/o de la ausencia de consentimiento informado, y acuerdan, tanto aquéllas como ésta, reconocer el derecho a una indemnización. De modo que, en puridad, no hay contradicción en los pronunciamientos, ni necesidad en realidad de ser unificados, sino, más bien, el enjuiciamiento de realidades diferentes sobre las que se proyectan las mismas doctrinas, con resultados forzosamente distintos. Es decir, estos pronunciamientos no se pueden considerar contradictorios, pues todos han otorgado la correspondiente indemnización por la ausencia de consentimiento informado y/o por la pérdida de oportunidad, habiendo puesto de manifiesto esta Sala, (sentencias de 16 de enero de 2012, recurso de casación para la unificación de doctrina número 3305/2011 , y de 9 de diciembre de 2012, recurso de casación para la unificación de doctrina número 3951/2011 (...)) resulta infundada la queja

Sobre la base de la jurisprudencia consagrada en la doctrina española la *teoría de la pérdida de oportunidad* ha adoptado dos vertientes:

- Por un lado, cuando esa pérdida de oportunidad repercute en la cuantificación de la reparación por el daño producido. Normalmente ésta es utilizada para cuantificar el daño que se ha producido. En esencia, es saber cuanto dinero le corresponde al reclamante por el perjuicio que se le ha provocado. Con base en esta teoría se disminuye, tal y como entiende la sentencia anteriormente citada, el daño que se ha ocasionado por los servicios sanitarios porque no puede ser extendido a la totalidad de la patología que sufre el paciente, sino que muy al contrario en la cuantificación de la indemnización que le corresponda habrá que determinar cuál es el porcentaje a tener en cuenta a la hora de calcular el montante de la misma que hay que abonar por la pérdida de oportunidad real que ha sufrido el paciente. Dice la sentencia, todo dependerá del nivel de pérdida de oportunidad que con la información suministrada sufra el paciente.
- Y por otro lado, a efectos indemnizatorios hay que tener en cuenta la existencia de uno de los elementos configuradores de la responsabilidad patrimonial. Me refiero al nexo causal. Aquí la teoría de pérdida de oportunidad no es utilizada como parámetro cuantificador de la correspondiente indemnización a abonar al paciente, sino directamente como criterio delimitador, o incluso excluyente<sup>42</sup>, de la existencia o no de ese nexo causal. En este sentido, nos podemos encontrar que con situaciones en las que sí existe un alto grado de pérdida de oportunidad, por lo que sí existe nexo causal, y en consecuencia la reclamación interpuesta será fructífera y habrá que indemnizar al paciente, en cambio en otras ocasiones es prácticamente inexistente esa pérdida de oportunidad, por lo que no es posible abrir la vía indemnizatoria, puesto que decae el nexo causal al no poder conectar directamente las actuaciones realizadas por los profesionales sanitarios con el resultado dañoso provocado<sup>43</sup>.

---

referida a que la sentencia recurrida sólo indemniza el daño moral derivado de la pérdida de oportunidad, sin incluir el causado por la falta de consentimiento informado”.

<sup>42</sup> Al respecto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, del Tribunal Supremo, en sentencia de 16 mayo 2005 demuestra la falta del nexo de causalidad entre el acto médico y el resultado lesivo, y que la omisión de consentimiento no liga consecuencia dañosa alguna, ni directa ni indirecta. La paciente sostiene que ha sufrido unos daños (pérdida del útero y la ceguera del ojo izquierdo debido a las complicaciones sufridas en el parto) que son debidos al mal funcionamiento del servicio, al acto médico en sentido estricto (la inducción del parto tras la observación de meconio en el líquido amniótico y su posterior complicación), y no a esa falta de consentimiento.

<sup>43</sup> Esta nueva corriente jurisprudencial amplía el uso extensivo de la pérdida de oportunidad en relación al nexo. Se tienen en cuenta criterios de flexibilización del nexo, teniendo en consideración criterios de causa adecuada, verosimilitud del nexo, o la mera probabilidad o incertidumbre. Verse en este sentido la obra, PANTALEÓN PRIETO, Ángel Fernando, “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, en AAVV, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Tomo II, Madrid, pp. 1561-1562.

## VI-. Y PARA TERMINAR

Pudiera parecer a la vista de lo aquí analizado que los trabajadores sanitarios en el ejercicio de su profesión se mueven en un campo de minas. Lejos de pretender ser alarmista, sí es verdad que la realidad diaria exige cada vez más una exhaustiva pulcritud en la ejecución de los protocolos de actuación en los centros sanitarios, que en cierta manera generan en el profesional actuante recelos en su ejecución, e incluso, podríamos decir, inseguridades. La herramienta comúnmente utilizada, en aras de garantizar una correcta actuación, es dejar constancia escrita de todas y cada una de las actuaciones realizadas, con trazo secuencial de las mismas, con la finalidad de constatar el seguimiento establecido en el correspondiente iter procedimental. Ésta es la línea que ha seguido la configuración teórica que la jurisprudencia ha dado para discernir posibles responsabilidades a los profesionales de la medicina. Una de las resoluciones judiciales más destacadas que ha orientado el desarrollo jurisprudencial posterior viene de la mano de la Sentencia de la Sala Primero del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2000 que introduce la teoría del desplazamiento del riesgo, que sustenta el incumplimiento de la *lex artis* por parte del médico para provocar consecuencias perjudiciales para el paciente y abrir vías de responsabilidad. De conformidad con esta sentencia todo dependerá de si la posible actuación negligente del médico es la que genera el resultado dañoso. En esencia, si el resultado originado tiene su nexo causal en la actuación del profesional sanitario. Si esto es así se constata la existencia de responsabilidad, abriéndose la vía indemnizatoria que debe valorar los daños producidos, a la vista de los pormenores acontecidos y en base a los criterios vigentes en el momento de producirse el daño. En estos casos vemos que, si el médico no cumple con la *lex artis*, se deduce que el resultado de la actuación realizada es responsabilidad suya, dando cabida a la aplicación de esta teoría del desplazamiento del riesgo que la jurisprudencia ha consagrado, y en base a la cual, el incumplimiento del médico de deber de informar, con carácter previo de manera adecuada, y posteriormente obtener el consentimiento informado desencadena directamente la existencia de responsabilidad.

De todas maneras, si en cierto que esta doctrina corre el riesgo de extralimitar su función, puesto que se está convirtiendo en ese cajón desastre donde se están empezando a indemnizar como daños morales daños de cualquier tipo que se generan como consecuencia de la actuación de la Administración sanitaria, que nada tiene que ver con los podríamos considerar como daños morales. Porque si bien el daño moral comprende agresiones a bienes

de la personalidad de la persona, en ocasiones, se incluyen bajo este parámetro daños de tipo patrimonial, como pueden ser los generados por el lucro cesante que sufre un paciente que está intervenido en un hospital, y como consecuencia de ello no trabaja o sufre una merma sus ingresos económicos.

En esencia, esta teoría mencionada, unida la pérdida de oportunidades en relación al consentimiento informado, será de aplicación cuando quede constatado que se ha producido un riesgo sobre el que no se ha informado correctamente. En base a ello se valorará hasta qué punto ese paciente se habría sometido a esa actuación sanitaria, teniendo conocimiento de todas las posibilidades probables, entre las que están todos los riesgos que le puede acarrear la misma, así como la decisión de no someterse a tal intervención o bien optar por un tratamiento alternativo.

## VII-. BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN PONCE, Antonia, “Un caso de responsabilidad patrimonial sanitaria por pérdida de oportunidad en la dispensación de vacunas (Comentario a la STS de 25 de junio de 2010), en *Revista actualidad del derecho sanitario*, nº 184, 2011.

BEAUCHAMP, Tom L. y McCU- LLOUGH, Laurence B. (Prólogo de Diego Gracia, Trad. Enrique Pareja Rodríguez), *Ética médica. Las responsabilidades morales de los médicos*, Editorial Labor, Barcelona, 1987,

BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luís, “Una propuesta de regulación de la objeción de conciencia en el ámbito de la asistencia sanitaria”, en *Derecho y Salud*, vol. 16, nº 1, 2008.

BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luís, “El derecho de las personas a una muerte digna”, en *Aranzadi*, nº 2, 2010.

BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luís, “La relación médico-paciente en situaciones de riesgo grave, de enfermedad invalidante e irreversible, y en el proceso del final de la vida: supuestos y respuestas bioéticas y jurídicas”, en *Aranzadi*, nº 3, 2011.

BRITO BRITO, Pedro Ruymán; GARCÍA TESOURO, Esther; FERNÁNDEZ GUTIERREZ, Domingo Ángel y GARCÍA HERNÁNDEZ, Alfonso Miguel, “Validación de la Escala de Incertidumbre ante la Enfermedad en pacientes y acompañantes que acuden a un servicio de urgencias”, en *Emergencia: Revista de la Sociedad Española de Medicina de Urgencias y Emergencias*, nº 2, vol. 30, abril 2018.

CARPINTERO, Francisco, “La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la persona jurídica”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 7, 1987.

DOMINGUEZ LUELMO, Andrés, *Derecho sanitario y responsabilidad médica (Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica)*, Lex Nova, Valladolid, 2003.

DOMINGUEZ LUELMO, Andrés, “Testamento vital y muerte digna (Una visión jurídica)”, en *Revista Jurídica de Asturias*, nº 34, 2010.

GALÁN CORTÉS, Julio Cesar, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid, 2001.

GALÁN CORTÉS, Julio Cesar, *Responsabilidad civil médica* Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2005.

GALÁN CORTÉS, Julio Cesar, “Sentencia de 16 de enero de 2012. Responsabilidad civil médica por omisión del consentimiento informado. Responsabilidad de la entidad aseguradora de asistencia sanitaria”, en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 91, 2013.

GALÁN JUÁREZ, Mercedes, *Intimidación. Nuevas dimensiones de un viejo derecho*, Centro de Estudios Ramón Areces y Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2005.

GALLARDO CASTILLO, María Jesús, “Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria (la doctrina de la pérdida de oportunidad)”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 45-46, 2015.

GARCÍA HERNÁNDEZ, Alfonso Miguel, “El cuerpo como práctica artística y primer instrumento de los cuidados” en *Revista Cultura de los Cuidados*, nº 15, 1º semestre 2004, Año VIII.

GARCÍA HERNÁNDEZ, Alfonso Miguel, “Cuerpo, cuidados, práctica artística y muerte”, en *Revista Digital Universitaria*, vol. 7, nº 8, agosto 2006.

GARCÍA HERNÁNDEZ, Alfonso Miguel, “Duelo y causalidad” en *Revista Cultura de los Cuidados*, nº 49, 3º cuatrimestre 2017, Año XXI.

KOSSEIM, Patricia, y JOSPE, Dara, “La puesta en práctica del consentimiento en el contexto de los biobancos”, en BUISÁN, L y SÁNCHEZ, A. (Coords), *Intimidación, confidencialidad y protección de datos de salud*, Civitas, Pamplona, 2011.

MALEN SEÑA, Jorge F., *Estudios de ética jurídica*, Fontamara, México, 2005.

MARCOS DEL CANO, Ana M<sup>a</sup>, “La toma de decisiones al final de la vida: el testamento vital y las indicaciones previas”, en *Moralia*, 2001-4.

MARCOS DEL CANO, Ana M<sup>a</sup> (Coord.), *Bioética, Filosofía y Derecho*, Melilla, Centro Asociado de la UNED, 2004.

MARCOS DEL CANO, Ana M<sup>a</sup>, “Las voluntades anticipadas: problemática jurídica”, en JUNQUERA DE ESTÉFANI, R., *Algunas cuestiones de bioética y su regulación jurídica*, Grupo Nacional de Editores, Sevilla, 2004.

MARRERO GONZÁLEZ, Cristo Manuel y GARCÍA HERNÁNDEZ, Alfonso Miguel, “Reflexiones de enfermeras egresadas de la Universidad de La Laguna (España) sobre la comisión de un error en el contexto laboral”, en *Revista Cultura de los Cuidados*, nº 48, 2º cuatrimestre 2017, Año XXI.

MARRERO GONZÁLEZ, Cristo Manuel y GARCÍA HERNÁNDEZ, Alfonso Miguel, “Fenomenología del sentir de las enfermeras en el contexto profesional de Tenerife (España)”, en *Revista Cultura de los Cuidados*, nº 51, 2º cuatrimestre 2018, Año XXII.

MAYOR GÓMEZ, Roberto, “Los daños morales en la responsabilidad patrimonial sanitaria: análisis jurídico y práctico de las cuestiones más problemáticas”, en *Gabilex, Revista del gabinete jurídico de Castilla la Mancha*, nº 2. Segundo Trimestre 2015.

MEGÍAS QUIRÓS, José Justo, “Dignidad, universalidad y derechos humanos”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XXII, 2005.

MIRAUT MARTÍN, Laura, “El testamento vital como expresión de la autonomía individual” en MIRAUT MARTÍN, L., (Dir), *Imágenes contemporáneas de la realización de los derechos en la cultura jurídica iberoamericana*, Dykinson, Madrid, 2018.

PANTALEÓN PRIETO, Ángel Fernando, “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, en AAVV, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Tomo II, Madrid.

PUJOL ROBINAT, Amadeo, MARTÍN FUMADÓ, Carles, GIMÉNEZ PÉREZ, Dolores, MEDALLO MUNÓZ, Jordi, “Criterios medicolegales en la valoración de la responsabilidad profesional médica”, en *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 39, Octubre–Diciembre 2013.

SIMÓN LORDA, Pablo, *El consentimiento informado. Historia, teoría y práctica*. Triacastela, Madrid, 2000.



SUAREZ LLANOS, Leonor, “La ley de la muerte. Eutanasia, ética y derechos”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XXVIII, 2012.

# CRISE COMO SINAL DE REORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA PÚBLICA

Ana Paula Silvestrini Vieira Alves<sup>1</sup>

**Resumo:** As crises políticas, econômicas e sociais comumente implicam em modificações na estrutura e na organização da Administração Pública de grande parte dos Estados ocidentais. Desde o fim do período absolutista, destacamos três grandes reorganizações neste sentido: uma foi fruto da desconstrução política da Administração Pública como sinônimo de poder autoritário; outra, decorreu das necessidades urgentes surgidas no contexto econômico e social por infortúnio das Guerras Mundiais; a terceira, decorreu da insuficiência do Estado de cumprir os propósitos amplamente assistenciais a que se propôs. O coevo modelo estatal predominantemente regulador construiu-se após esta terceira reorganização, de crise do Estado Social, e teve seu apogeu no início do século XXI. Entretanto, desde fins de 2007, o cenário político, econômico e social é de nova crise e resta-nos refletir se, em consequência, despontará nova reorganização da Administração Pública. Estaria em declínio o próprio modelo de Estado Regulador? Em caso de resposta negativa, isto é, de permanência do perfil estatal focado na regulação, a crise poderia mesmo assim acarretar mudanças na estrutura orgânica administrativa pública? A história mostra-nos que as grandes reorganizações da Administração Pública ocorreram em simultâneo com mudanças no modelo de Estado, entretanto, pode a atual crise revelar particularidades também nesta seara.

**Abstract:** Political, economic and social crises commonly imply changes in the structure and organization of the Public Administration of most Western States. Since the end of the absolutist period, there have been three major reorganizations in this sense: one was a consequence of the political deconstruction of the Public Administration as authoritarian power; another, stemmed from the urgent needs arising in the economic and social context due to the misfortune of the World Wars; the third, stemmed from the State's insufficiency of fulfilling its largely welfare purposes. The current predominantly regulatory state model was built after this third reorganization, marked by the crisis of the Social State, and reached its apogee at the beginning of the 21st century. However, since the end of 2007, the political, economic and social scenario is a new crisis and we have to reflect if there will be a new reorganization of the Public Administration. Is the model of Regulatory State itself declining? If the answer is no, could the crisis lead to changes in the public administrative organic structure? History shows us that the great reorganizations of the Public Administration occurred simultaneously with changes in the state model, however, the current crisis may reveal particularities in this aspect as well.

**Palavras-chave:** Administração Pública; organização administrativa; reestruturação; Estado; crise.

**Keywords:** Public administration; administrative organization; restructuring; State; crisis.

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito Público na Universidade de Coimbra (Portugal). E-mail: apsva@student.uc.pt

## 1. Introdução

O Estado, ordem material concebida como um esquema proposto à realização de um fim, é ordenado por governantes que se organizam desde autocracias rígidas até democracias mais amplas e definem os interesses públicos primários, que dão “sentido a vida de um povo”. Estabelecidas as prioridades estatais, necessário seu cumprimento pelo conjunto de entes que compõem a Administração Pública em sentido estrito.<sup>2</sup>

Como a Administração Pública desempenha atividade instrumental em face dos interesses primários definidos pelo Legislativo e pelo Governo, de algum modo, de perto ou de longe, toca a vida das pessoas.<sup>3</sup> Esta proximidade ou distanciamento varia conforme o tempo e o espaço, fruto de mutações na organização administrativa e no Direito Administrativo, comumente desencadeadas por uma crise.

O termo “crise” é empregado por diversos campos do conhecimento - Sociologia, Direito, Ciências Políticas, Economia, Medicina, Psicologia, Ecologia, etc. - e, embora variem suas particularidades conceituais, conota sempre uma perturbação, um desequilíbrio, um descontrole, uma retração, um embaraço da marcha regular ou um aumento da vulnerabilidade.

No estudo da organização da Administração Pública, notamos que crises de variadas ordens (políticas, econômicas, sociais, internacionais, etc.) não passam despercebidas e têm grande potencial para ocasionarem modificações em sua estrutura, (re)criando novos atores e novos modelos.<sup>4</sup>

## 2. Crise do Absolutismo

Em fins do século XVIII, as pessoas não tinham qualquer proteção frente à Administração Pública e eram submissas ao poder expresso pelos agentes do soberano. Apenas com os novos regimes políticos do século XIX, que pregavam a liberdade, o Direito Administrativo despontou como limitador dos agentes do Estado.

---

<sup>2</sup> Neste desiderato, incide o Direito Administrativo, composto por preceitos jurídicos garantidores de uma certa ordem na realização concreta dos fins estaduais (SOARES, Rogério Ehrhardt. *Direito Administrativo, Administração Pública e Sujeito Privado*. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n° 37, 1961, pp. 117-119).

<sup>3</sup> SOARES, Rogério Ehrhardt. *Direito Administrativo, Administração Pública e Sujeito Privado*. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n° 37, 1961, p. 120.

<sup>4</sup> GOMES, Carla Amado, NEVES, Ana Fernanda, SERRÃO, Tiago (coords). *Organização administrativa: novos actores, novos modelos*. Vols. I e II. Lisboa: AAFDL, 2018.

Nesta época, a definição autoritária de interesse público pelo soberano deixou de ser um processo legítimo e passou a incidir a noção de legalidade. O dogma da separação de poderes estabeleceu uma Administração subordinada à lei naquilo que se supunha que poderia lesar a liberdade e a propriedade privada.

Ocorre que, conforme a Administração conglomerava mais tarefas, tornava-se reincidente em ocasionar lesões à vida privada, o que gerou uma primeira crise. Como destaca Rogério Ehrhardt Soares, chegava o momento de se fixar que a Administração Pública não era mais “Administração-poder público” e sim “Administração-serva da lei”. A Administração Pública teve que passar a se desenvolver totalmente subordinada à regulamentação jurídica e o Direito Administrativo passou a ter o objetivo principal de direcionar a atuação dos entes executivos do Estado à total satisfação de interesses públicos concretos e individualizados na lei.

De um Direito Administrativo que funcionava como um “escudo de proteção” aos indivíduos, passou-se a um ramo jurídico composto por itens formais e materiais que condicionam a atuação administrativa pública: “de proteção do particular à norma do administrador”. Com isso, entretanto, as pessoas não voltaram a ficar desprotegidas, pelo contrário, tiveram mais alargado meio de defesa, pois passou a ser possível o controlo judicial dos atos administrativos.<sup>5</sup>

### **3. Crise do princípio de abstenção estatal**

Ocorre que esta construção da Administração Pública sofreu grandes abalos com as Guerras Mundiais. A “Administração de guerra” tinha que dar conta de cumprir novas tarefas que eram exigidas do Estado, a fim de assegurar a sobrevivência da população e de tentar alcançar condições mínimas de equilíbrio econômico e social. Também teve que focar em dinamismo e eficácia, sendo mais flexível e menos formalizada para alcançar com urgência resultados satisfatórios. Assim, aumentou o intervencionismo, inclusive com aval das pessoas, que a esta altura queriam mesmo providência estatal, relegando para segundo plano preocupações com a defesa da esfera de liberdade individual.<sup>6</sup>

Ademais, para enfrentar os problemas das guerras, o Estado teve que aceitar auxílio de entes não estatais, como as corporações privadas. Com isso, a Administração Pública

---

<sup>5</sup> SOARES, Rogério Ehrhardt. *Direito Administrativo, Administração Pública e Sujeito Privado*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nº 37, 1961, p. 126.

<sup>6</sup> SOARES, Rogério Ehrhardt. *Direito Administrativo, Administração Pública e Sujeito Privado*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nº 37, 1961, pp. 127-129.

passou a compreender uma tarefa de realização de interesses públicos, agora confiada a entes para fora da hierarquia dos órgãos estaduais.<sup>7</sup>

Com o fim dos conflitos, foram exaustivas as tarefas para reconstrução, principalmente no bloco dos vencidos. Mas, mesmo os vencedores e os neutros tiveram suas atribuições alargadas, ante a certeza de sua indispensabilidade e a intenção de manter e fomentar a noção de solidariedade social.

Assim, de uma organização administrativa pública que era mais destinada a garantir a ordem e as finanças e menos vocacionada para a prestação de serviços, migrou-se para um modelo em que o Estado passou a ser também “uma espécie de grande empresa cuja missão se traduziu na efetivação de realizações práticas as mais variadas e na prestação de serviços ao público os mais diversos”.<sup>8</sup>

Ao princípio que ditava a abstenção, sucedeu a proclamação de um Estado que é econômica e socialmente comprometido. Em grande parte dos países ocidentais houve nacionalização de setores básicos da economia, dando lugar à criação do setor empresarial público, e foram acopladas novas tarefas administrativas, como a saúde, a educação e a segurança social, construindo as bases de um serviço público social.<sup>9</sup> Deste modo ganhou forma o Estado predominantemente prestador direto de bens e serviços (Social, Providência ou de Bem-Estar), que perdurou até fins do século XX.

#### 4. Crise do Intervencionismo

Na década de 1980, novamente ganharam eco vozes vindas de diversos Estados ocidentais acerca de uma crise e transformação da organização administrativa pública. O Estado não estava conseguindo ser fator de unificação e de organização da comunidade e cedia espaço a múltiplas entidades e a uma “administração paralela”, em busca da satisfação de variadas necessidades, que já eram diferentes das funções estatais tradicionais.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> SOARES, Rogério Ehrhardt. *Direito Administrativo, Administração Pública e Sujeito Privado*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n° 37, 1961, p. 129.

<sup>8</sup> QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Lições de Direito Administrativo*. v. I. Coimbra: Dactilografado e impresso por João Abrantes, 1976, pp. 10 e 11.

<sup>9</sup> MARTINS, Licínio Lopes; GONÇALVES, Pedro Costa. *Os serviços públicos económicos e a concessão no Estado Regulador*. In: MOREIRA, Vital (Org.). *Estudos de Regulação Pública – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 171-179.

<sup>10</sup> Desde 1982, o jurista argentino Agustín Gordillo ressalta a existência de um parassistema administrativo. Assim como existe, principalmente nos países em desenvolvimento, uma economia subterrânea ou paralela ao lado da economia oficial, também existe uma administração paralela ou um parassistema administrativo. Uma das causas que concorrem para a generalizada violação do sistema oficial e a criação de um sistema paralelo de normas de conduta é a comum insatisfação que em muitos países existe a respeito das normas estabelecidas, quando consideradas injustas ou irrealistas. Tal quadro, segundo o autor, já o habilitava a falar em falências do sistema, “ao menos falências tais como as que percebe a comunidade” (GORDILLO, Agustín. *La administración paralela*. 1ª ed. Madrid: Civitas, 1982 incluída como parte do *Tratado de Derecho Administrativo y obras áseleatas*).

A organização administrativa pública predominantemente prestadora passou a ser criticada por excesso de intervencionismo, por “sufocar” a liberdade individual e da sociedade civil, pelo aumento desordenado do déficit público e pela falta de qualidade em seus serviços.<sup>11</sup> Como resposta, foram implementadas reformas que tiveram como enfoque a desregulação, as liberalizações e as privatizações.

Sem significarem retorno ao Estado Liberal, estas reformas tornaram a atuação estatal menos dependente da propriedade pública e menos restritiva da concorrência. Constituiu-se o Estado predominantemente regulador, marcado pelas ideias de uma “nova gestão”, que transferiu o conceito de “*New Public Management*” das experiências de modernização do setor privado para o âmbito público.<sup>12</sup> Foram constituídas parcerias e delegadas tarefas públicas a privados, buscou-se implementar a gestão profissional, o uso ótimo de recursos e a eficácia na prossecução de resultados claros e de mercado.

Além disso, a função estatal de regulação pública foi em grande parte transferida da Administração direta para entidades reguladoras independentes do mercado e de ingerências políticas. Tais entes, para desempenharem suas funções, foram dotados de um “instrumentário regulatório” (“*regulatory tool box*”) amplo, com tarefas normativas, fiscalizatórias e sancionadoras à disposição.<sup>13</sup>

## 5. Crise da regulação?

O modelo de Estado predominantemente regulador teve seu apogeu no início do século XXI em variados países ocidentais. Entretanto, desde fins de 2007, o cenário político, econômico e social é de nova crise.

Trata-se de ponto crítico que se iniciou no setor bancário dos Estados Unidos da América, mas que tomou proporções mundiais e que está a comprometer não só a sociedade atual, mas também as futuras gerações.<sup>14</sup> Isso porque, os enormes custos que a atual situação

---

Tomo 6 – El método en derecho – la administración paralela. 2ª ed. Buenos Aires: FDA, 2012, capítulo II, pp. 3-7, e capítulo III, pp. 1-3).

<sup>11</sup> OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 298.

<sup>12</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006, p. 327.

<sup>13</sup> CATARINO, Luís Guilherme. *Regulação e supervisão dos mercados de instrumentos financeiros: fundamentos e limites do governo e jurisdição das autoridades independentes*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 359.

<sup>14</sup> Neste aspecto importa destacar a observação de Ana Raquel Gonçalves Moniz: “se a crise bancária que marcou o ponto de partida da crise econômica global não foi a primeira (mas, pelo contrário, estará perto da centésima), a especificidade, a raridade e as consequências do período que atravessamos residem nas proporções quase mundiais desta depressão. Consequências essas que tocam, naturalmente, o direito em geral e o Direito Público, em especial (*A crise e a regulação: o futuro da regulação administrativa*. In: (Coords.) GONÇALVES, Pedro; AMADO GOMES, Carla; MELO, Helena; CALVÃO, Filipa. *A crise e o Direito Público – VI Encontro de Professores Portugueses de Direito Público*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2013).

de austeridade econômico-financeira impõe não de ser repartidos pela cadeia de gerações, em conformidade com um estrito princípio de “solidariedade intergeracional”.<sup>15</sup>

Diante deste contexto, o modelo de Estado Regulador está passando por novas transformações, notadamente porque a grande depressão tem sido associada com a intensidade da regulação, sendo a versão americana a de que houve “pouca regulação” e demasiada confiança nos mercados.<sup>16</sup> Em Portugal, a crise está atrelada ao fato do Estado não conseguir recursos para custear as prestações e garantias constitucionais<sup>17</sup>, incidindo em situação de escassez que faz necessário “retroceder”, diminuir a organização da Administração Pública e reduzir ainda mais seu papel social e de prestador direto de serviços.

Sendo assim, a atual crise que ainda estamos a enfrentar com certeza irá produzir uma reorganização da Administração Pública, mas isso não significa necessariamente uma alteração no perfil regulador do Estado. Por enquanto, tem-se notado o contrário, isto é, um reforço da função regulatória.<sup>18</sup>

## 6. Considerações finais

Diante do exposto, fica claro que a atual crise é um novo sinal para uma reorganização da Administração Pública. Mas como se operacionalizará alterações na estrutura orgânica do Estado se este não tende a mudar seu perfil regulador?

Entendemos que o modelo de Estado não só continuará a ser predominantemente regulador, como a regulação será ainda mais forte, entretanto, operacionalizada de um modo diferente. A regulação que era típica de “comando e controle”, autoritária e hierarquizada, tende a alterar-se para uma regulação responsiva, persuasiva, em rede (*responsive regulation*)<sup>19</sup> e que valoriza a auto-regulação do mercado.

Tal mutação é a que mais condiz com a era de austeridade, pois tem gerado melhores resultados com menos custos: a autorregulação, quando exitosa, torna praticamente nulos os gastos estatais; a prévia persuasão dos “administrados” é menos custosa do que a consequente imposição de sanções por incumprimento de condutas determinadas unilateralmente; e a regulação em rede, mediante cooperação público-privada, gera menos

---

<sup>15</sup> NABAIS, José Casalta. *Por um Estado Fiscal suportável: estudos de Direito Fiscal*. Lisboa: Almedina, 2005, p.125.

<sup>16</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 31.

<sup>17</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 35.

<sup>18</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 33-34.

<sup>19</sup> AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1992, p. 25.

ônus do que a constituição de múltiplos e repetitivos órgãos para desempenho isolado da função administrativa.

Assim, mais uma vez a ocorrência de crise aponta como fator de reorganização da Administração Pública, compondo novos atores e novos modelos para fazerem frente ao cenário coevo. Entretanto, a tônica da austeridade e de diminuição da Administração Pública direta tornam necessária uma atuação mais estratégica (*smart regulation*)<sup>20</sup>, pois, ao focar em cumprimento voluntário dos padrões, o Estado emprega menos recursos em todo o “caminho” regulatório, desde o estabelecimento das regras até o monitoramento, além de diminuir a quantidade de processos sancionatórios instaurados para apurar o descumprimento de obrigações.

## 7. Referências

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

CATARINO, Luís Guilherme. *Regulação e supervisão dos mercados de instrumentos financeiros: fundamentos e limites do governo e jurisdição das autoridades independentes*. Coimbra: Almedina, 2010.

GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*. Tomo 6 – El método en derecho – la administración paralela. 2ª ed. Buenos Aires: FDA, 2012.

GUNNINGHAM, Neil; GRABOSKY, Peter Grabosky; SINCLAIR, Darren. *Smart regulation: designing environmental policy*. Oxford socio-legal studies. Oxford: Clarendon Press Oxford, 1998.

MARQUES, Mário Reis. *Introdução ao Direito*. v. I. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2007.

MARTINS, Licínio Lopes; GONÇALVES, Pedro Costa. *Os serviços públicos económicos e a concessão no Estado Regulador*. In: MOREIRA, Vital (Org.). *Estudos de Regulação Pública – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 171-179.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *A crise e a regulação: o futuro da regulação administrativa*. In: (Coords.) GONÇALVES, Pedro; AMADO GOMES, Carla; MELO, Helena; CALVÃO, Filipa. *A crise e o Direito Público – VI Encontro de Professores Portugueses de Direito Público*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2013.

NABAIS, José Casalta. *Por um Estado Fiscal suportável: estudos de Direito Fiscal*. Lisboa: Almedina, 2005.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Lições de Direito Administrativo*. v. I. Coimbra: Dactilografado e impresso por João Abrantes, 1976.

SOARES, Rogério Ehrhardt. *Direito Administrativo, Administração Pública e Sujeito Privado*. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nº 37, Coimbra, 1961, pp. 117-137.

---

<sup>20</sup> GUNNINGHAM, Neil; GRABOSKY, Peter Grabosky; SINCLAIR, Darren. *Smart regulation: designing environmental policy*. Oxford socio-legal studies. Oxford: Clarendon Press Oxford, 1998.



# A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO BRASILEIRO NO SISTEMA PRISIONAL

Greice Kelly dos Santos Silva <sup>1</sup>

Samuel Sampaio Evangelista <sup>2</sup>

**RESUMO:** É cediço que o Estado é responsável pela promoção, execução e gestão de políticas e normas que visem a melhor distribuição e o maior alcance dos serviços públicos de sua titularidade à população, lhes sendo conferido o poder-dever de agir em conformidade com os preceitos estabelecidos em lei, possuindo, em alguns casos, a discricionariedade de agir analisando sob critérios de conveniência e oportunidade o caso concreto, buscando a razoabilidade e a proporcionalidade, sempre às margens da lei. A finalidade deste estudo é abordar a responsabilidade civil do Estado em relação à custódia exercida no sistema carcerário brasileiro. Inicialmente foi feita uma análise da responsabilidade civil dentro das relações privadas, visto que, foi através dela que iniciou a responsabilização do Estado mediante algumas circunstâncias. Em seguida, o estudo direcionou-se para as teorias que tratam sobre o tema, bem como a irresponsabilidade estatal, que nunca foi reconhecida pela legislação brasileira. Encerrando o estudo, passou-se a examinar ocorrências dentro do sistema penitenciário, e esclarecendo que o Estado tem sim responsabilidade por todos os encarcerados que estão sob sua custódia, além de ser encarregado em garantir a integridade física e moral dessas pessoas.

**Palavras-chave:** Estado, responsabilidade civil, serviço público, sistema carcerário.

## 1. A Responsabilidade civil e seu significado

Quando se fala em responsabilidade por parte do Estado, chama-se a ordem a questão de que no Brasil o Estado brasileiro exerce a custódia de toda e qualquer pessoa que adentre em seu sistema carcerário, especificamente como estudo desse trabalho. Porém, com o histórico caminhado do assunto na doutrina e legislação, é importante esclarecer que dentro da responsabilidade civil existem dois núcleos: o objetivo, onde se justifica sua existência através da teoria do risco criado e o subjetivo, onde a culpa tem um espaço amplo e significativo. Neste entendimento, Carlos Roberto Gonçalves aborda em sua obra “a teoria clássica da responsabilidade civil, prega como três os pressupostos do dever de indenizar, seja eles: o dano, a culpa e o nexo de causalidade” <sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Advogada. Mestranda em Direito Público pela Universidade Lusófona do Porto (ULP). Endereço eletrônico: greicekdossantos@yahoo.com.br

<sup>2</sup> Advogado. Mestrando em Direito Público pela Universidade Lusófona do Porto (ULP). Endereço eletrônico: samuelsampaio.adv@gmail.com

<sup>3</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 26.

A doutrina e a jurisprudência brasileira passaram a entender que a responsabilidade objetiva do Estado, independente de dolo ou culpa, apenas é caracterizada mediante uma atuação comissiva do representante público, ou seja, uma ação desenvolvida por aquele que representa o Estado. Em contrapartida, a responsabilidade estatal deixa de ser objetiva e passa a ser subjetiva, quando o Estado se omite a algum fato, nessa situação o particular que se diz prejudicado deverá comprovar a existência de dolo ou culpa da Administração Pública através das suas modalidades, sejam estas: negligencia, imprudência e imperícia.

A responsabilidade civil objetiva tem previsão legal na Constituição da República Brasileira em seu artigo 37, § 6º que impõe: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”<sup>4</sup>.

## **2. Evolução histórica das teorias da responsabilidade civil: adotada atualmente no Brasil**

A primeira teoria, a qual abarcava o tema, foi a Irresponsabilidade do Estado, adotada pelos estados absolutistas, dado pelo que no Brasil nunca vigeu tal teoria, visto que já nasceu como Estado de Direito. Esta teoria é conhecida pela máxima: “The king can do no wrong”, o que significa que os atos do rei não são passíveis de erro, não importando, portanto, a ocorrência de danos em razão de suas ações ou omissões, uma vez que o rei era visto como soberano. Em posterior evolução, em meados do século XIX, quando a teoria da irresponsabilidade começou a ficar superada, começou-se a admitir a responsabilidade do Estado, a ser aplicada em determinados casos, fazendo-se a diferenciação entre atos de gestão e atos de império.

Desta feita, ficou determinado que houvesse responsabilidade do Estado quando se tratasse de atos de gestão, quais sejam os atos em que o Estado atua em pé de igualdade com o particular, e por sua vez, não haveria que se falar em responsabilidade quando fossem realizados atos de império, praticados pelo Estado em pleno gozo de suas prerrogativas estatais, com a supremacia do interesse público sobre o privado, os quais eram realizados pelo Rei, que como vimos nos trechos acima, não era suscetível de incidir em erro. “Distinguia-se a pessoa do Rei (insuscetível de errar – the king can do no wrong), que praticaria os atos de império, da pessoa do Estado, que praticaria atos de gestão, através de seus prepostos”<sup>5</sup>. Todavia, se visualizava árdua a tarefa de fragmentar a personalidade do

---

<sup>4</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Comentários à Constituição do Brasil. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

<sup>5</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 22ª edição, São Paulo: Atlas, 2009, p. 700

Estado, e mais ainda a de classificar todos os atos praticados pelo Estado como atos de gestão, a fim de não responsabilizar o Rei. Diante disto, surgiu a teoria civilista ou mais conhecida como a teoria da responsabilidade subjetiva, que admitia a responsabilidade do estado quando demonstrada a culpa do agente, a qual foi consagrada pelo Código Civil Brasileiro de 1916.

Ocorre que, iniciou um entendimento de que não se poderia elaborar teorias de responsabilidade do Estado baseando-se pelas regras de direito privado, mas sim pelas regras de direito público, uma vez que se trata de relação formada entre o Estado e o particular e não entre dois particulares no âmbito de suas ações comuns e limitadas. Todavia, com o advento do caso Blanco, conhecido mundialmente, deixou-se de observar e atribuir a culpa à pessoa do funcionário e passou-se a atribuí-la ao funcionamento do serviço público, surgindo, então, a teoria da culpa do serviço, conhecida na França como *faute du service*, ou seja, a culpa do serviço, que se observava de três formas: quando o serviço não funcionava, sendo apurada a sua omissão; quando funcionava tardiamente ou quando funcionava mal, acarretando, assim, a responsabilidade do estado, independentemente de inquirição da culpa do funcionário.

Em virtude disto, distinguida foi a culpa individual do funcionário e a culpa anônima do serviço, e sem abandonar este entendimento, o conselho de Estado francês passou a adotar, em determinadas hipóteses, a teoria do risco, que serviu de base para fundamentar a responsabilidade objetiva do Estado. Em que pese falar da teoria do risco, é necessário perceber que a atuação estatal é dotada de uma proporção e, conseqüentemente, de efeitos bem maiores que a atuação privada, a qual recai somente sobre as pessoas que integram aquela relação, que, geralmente, são poucas. O Estado atua no bojo do interesse público, administrando assuntos que abarcam a coletividade, portanto o risco de dano lhe é inerente, e bem mais alto do que nas relações privadas. Portanto, se o Estado causar dano na prática de suas atividades, seja atuando licitamente, ilicitamente ou se omitindo, deverá indenizar o particular prejudicado, que, em muitos casos, é um particular que deveria receber os efeitos de forma isonômica do ato lícito do Estado que visou o interesse público, todavia, o efeito deste ato para ele, especificamente, é anormal, causa danos em proporções desiguais dos causados aos demais.

A teoria do risco encontrou espeque no artigo 13 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que aplica o princípio da igualdade entre todos em face dos encargos sociais. Nas palavras de Cretella Júnior “o princípio significa que, assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos

sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelas demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário”<sup>6</sup>.

O princípio significa que, assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelas demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário<sup>7</sup>.

Entendendo, então, que consistia em dever inerente às atividades estatais garantir o ressarcimento ao particular que suportou encargos a maior, a teoria do risco que ora crescia, foi repartida em duas correntes, quais sejam a teoria do risco integral e a teoria do risco administrativo. A teoria do risco integral, por sua vez, não admitia a incidência de excludentes de responsabilidade, fazendo do Estado um garantidor universal, o que fugia excessivamente de sua função. De outra banda, a teoria do risco administrativo consagrava o dever do estado de se responsabilizar objetivamente pelos danos que causasse no bojo de suas atividades, entretanto, admitia excludentes de responsabilidade, como o caso fortuito, a força maior e a culpa exclusiva da vítima, casos em que o Estado se eximia de tal responsabilidade.

Desta feita, tomando por base a teoria do risco administrativo, foi adotada a responsabilidade objetiva do Estado – utilizada atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, que garante ao particular lesado a indenização pelas condutas do Estado que provocaram a lesão, observando, para sua configuração, a tríade correlacionada: conduta, dano e nexo causal.

Destrinchando a tríade mencionada, temos a conduta como a atuação ou omissão do agente público, ainda que agente de fato (aparência de agente público. ex: preso varrendo a delegacia), sendo praticada nesta qualidade em face de um terceiro, provocando lesão a um bem jurídico protegido pelo direito, seja material ou moral, e que tal conduta seja suficiente, por si só, para ensejar o dano – nexo causal. Por isso, se admite as excludentes de responsabilidade como fora exposto, porque uma vez interrompido o nexo causal, interrompe-se o andamento da tríade, e se ela não estiver completa não há que se falar em responsabilidade do estado, pois perdeu a correlação necessária.

---

<sup>6</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 22ª edição, São Paulo: Atlas, 2009, p. 701-702.

<sup>7</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 22ª edição, São Paulo: Atlas, 2009, p. 701-702.

Entendida a formação da responsabilidade objetiva do estado e a teoria do risco administrativo, é importante ressaltar que há exceções, situações em que se adota, no Brasil, a teoria do risco integral, quais sejam: os danos decorrentes de atividade nuclear (art. 21, XXIII, “d”, CF), os crimes ocorridos a bordo de aeronaves e os decorrentes de ataques terroristas – os dois últimos estão presentes nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

### **3. Modalidades da Responsabilidade Civil**

Inicialmente, é mister fazer breves considerações acerca das responsabilidades inerentes à atividade Estatal, para que não haja dúvida de quando há, verdadeiramente, incidência da responsabilidade apontada como objeto de estudo do presente artigo. Portanto, quando se deparar com o Estado indenizando o particular, é possível que esta se dê em decorrência da responsabilidade contratual do Estado, da responsabilidade extracontratual do Estado e do denominado sacrifício de direito. Passa-se à explicação de cada um:

A responsabilidade contratual do Estado se apresenta no bojo dos contratos administrativos, como o próprio nome já ensina, a fim de manter o equilíbrio econômico-financeiro dos mesmos, a título de exemplo, os contratos firmados após a realização de procedimento licitatório. Esta responsabilidade acontece porque, como é sabido, o Estado tem o poder impor cláusulas exorbitantes nos contratos, tem o poder alterá-lo unilateralmente sem anuência do particular, nos casos previstos em lei, que deve suportar as alterações em formas de acréscimos ou supressões, por isso se faz necessária a responsabilização do Estado quando tais alterações prejudiquem o valor econômico-financeiro acordado inicialmente entre ambos.

No que tange ao chamado sacrifício de direito, a ordem jurídica confere ao Estado o poder de investir diretamente contra o direito de terceiros, sacrificando interesses privados em favor do interesse público, não havendo, portanto, violação a direito, mas sacrifício do direito de alguém, de forma anormal e específica, são os casos das intervenções do Estado na propriedade.

Por fim, no que concerne à responsabilidade extracontratual do Estado, também denominada responsabilidade civil do Estado, a qual é o objeto de estudo do presente artigo, esta ocorre fora do bojo dos contratos administrativos, e não tem relação com sacrifício do direito alheio em favor do interesse público, nesta modalidade de responsabilidade não há debilidade de direito lícita e prevista no ordenamento jurídico, mas há violação ao direito do

particular, em decorrência de conduta omissiva ou comissiva do agente público que agiu em nome do Estado, gerando o dever de indenizar nos casos em que se vislumbrar dano.

### **3.1 Responsabilidade Civil do Estado em situação de custódia**

O Estado cria uma situação de risco e, em decorrência disto, se responsabiliza de forma objetiva por todos os danos causados. A fim de facilitar a percepção da tradução de uma situação de risco criada pelo Estado, observar-se-á o seguinte exemplo, dentro do tema escolhido: Pensa-se em uma penitenciária, cuja criação e manutenção são feitas pelo Estado, em seu dever de segurança. No ínterim da criação de uma penitenciária, cria-se uma situação de custódia e com ela, cria-se também uma situação de risco. Imagina-se, portanto que um detento esfaqueia o outro dentro da prisão – o que, de fato, é extremamente comum. A responsabilidade, neste caso, é do Estado, que tem o dever de custódia para com os mesmos, respondendo pela falta ou falha na fiscalização, bem como na segurança dos mesmos, pela qual tem a incumbência de zelar.

Quando o Estado tem algo ou alguém sob sua custódia, a responsabilidade, além de incidente, torna-se objetiva. Fala-se em teoria do risco criado ou suscitado e independe, portanto de conduta do agente público, pois o risco é gerado pelo próprio Estado no momento em que cria a situação de custódia, tornando-se garantidor. Quando se pensa em responsabilidade do Estado em decorrência de situação de custódia por ele criada, deve-se imediatamente fazer a conexão com a teoria da *conditio sine qua non*, pela qual basta provar que sem a condição de custódia não teria acontecido o dano.

Desta feita, todas as vezes que se está diante de uma situação de custódia, de risco, criada pelo Estado, este responde objetivamente por todos os danos causados, excetuando a hipótese de fortuito externo ou força maior, que é caso de excludente de responsabilidade.

## **4. Responsabilidade Civil do Estado por incidentes dentro do sistema prisional**

Os detentos que se encontram sob a vigilância estatal, que por ventura venham a sofrer algum dano, tem o direito de requerer a responsabilização do Estado e conseqüentemente a devida compensação. Nesse contexto temos a figura da relação extracontratual, visto que, aquele sujeito apenas está ali com a finalidade de cumprir a sentença penal condenatória, advinda do ato ilícito praticado o qual lhe causou a privação da liberdade.

De outro modo, ao Estado foi dada a responsabilidade de reeducar aquele sujeito que causou prejuízo na esfera ilícita à sociedade, resguardando ainda, o seu estado psíquico, moral e físico enquanto este estiver vivendo no cárcere.

Qualquer episódio que saia da esfera da normalidade dentro de um estabelecimento penitenciário e que por tal motivo cause ao encarcerado qualquer tipo de dano, deve ser entendido como uma ação o qual legalmente motivará uma futura responsabilização estatal.

A população de forma geral olha para o presidiário como um verme que precisa ser exterminado do convívio social, ou ainda, que não merece qualquer tipo de atendimento dentro do sistema. Ocorre que é papel do Estado desenvolver políticas públicas que afetem tanto aquele indivíduo que se encontre preso, quanto aquele indivíduo que nenhum ato ilícito cometeu, para que o pré-conceito e até mesmo a ignorância não falem mais alto.

É verdade que raros são os casos em que dentro do sistema prisional a dignidade da pessoa humana é observada. Além de ser jogado em um complexo imundo, onde o preso é submetido à falta de higiene, violências, agressões, situações vistas como rotineiras em noticiários brasileiros, os quais apontam a realidade do cárcere.

O instituto da responsabilidade civil do Estado é instaurado justamente nessas situações, para que ocorra mais comprometimento estatal com o dever de todo e qualquer que esteja sob sua guarda, independentemente de erros passados, aquele indivíduo está ali para cumprir o seu papel para com a sociedade, e não para ser exposto a maus tratos de todas as espécies. É obrigação do Estado honrar com suas responsabilidades, dentre elas garantir a integridade de quem compõe o sistema carcerário.

Os presídios brasileiros não podem mais ser vistos como um espaço que amonta gente, pelo contrário, a ideia de ressocialização deve estar instituída na cabeça da população, bem como do Estado, aquele indivíduo preso uma hora irá sair e viverá novamente em convívio com todos aqui fora, a sua atuação dependerá de como ela foi ressocializado, reeducado, recolado ao corpo social, e essa tarefa sem dúvida é exclusivamente da máquina estatal.

### **4.1 O direito do preso a sua integridade física**

Através do Direito Penal e das teorias do Direito Processual Penal é possível identificar a figura da execução penal, seja esta responsável em aplicar àquele indivíduo infrator medidas penalizadoras, ou seja, punir atos que não condizem com um convívio saudável em sociedade.

Dentro da execução penal, além das punições que serão aplicadas na prática, o preso tem vários direitos, sendo um dos mais importantes: a garantia que a sua integridade física seja mantida.

De acordo com a Lei 7.210/1984, o legislador fez questão de trazer para o dispositivo legal o capítulo IV, o qual tratou dos direitos dos presos, entre eles a sessão II que especificamente em seu artigo 40<sup>8</sup> determina a todas as autoridades o respeito integral a integridade física e moral de presos condenados, além daqueles que estejam sob a custódia do cárcere provisoriamente. Com o aumento dos problemas carcerários envolvendo agressões em presídios, tal direito ganhou caráter constitucional, nestes termos a Constituição da República de 1988 tratou o tema e o considerou como direitos e garantias fundamentais<sup>9</sup>.

Não é difícil entender que a garantia de sua integridade física é muito mais que um direito do apenado, mas um dever estatal. Sendo que, durante todo o tempo que aquele indivíduo estiver sob a custódia do sistema, caberá ao Estado a sua proteção direta, além de lhe garantir não apenas a manutenção da sua vida, mas impedir toda e qualquer forma de abuso ou maus tratos que venham complicar a sua situação. Esse é o ensinamento trazido por Celso Antônio Bandeira de Mello, que explica em sua doutrina a aplicação da responsabilidade civil objetiva ao Estado caso algum preso dentro do presídio venha a se ferir ou até mesmo tirar a vida um do outro<sup>10</sup>.

Seria dentro desse parâmetro aplicada a Teoria do Risco Administrativo, onde recai sobre o Estado a responsabilidade dos presos, fruto do encargo social de guarda.

#### 4.2 O assassinato de presos dentro do cárcere

No ato que um indivíduo é levado ao sistema prisional, o Estado deve se esforçar ao máximo para evitar um dano, independentemente da pessoa que ali se encontra. Não sendo aceitável que aquele preso seja jogado a própria sorte. E é nesse momento em que vem a tona a participação de facções criminosas, um problema sério que o Estado brasileiro vem enfrentando, além de buscar uma extinção desses comandos, a administração pública desenvolve práticas de segurança para garantir que os presos não se afilem a estas facções,

---

<sup>8</sup> LEP - Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984 - Institui a Lei de Execução Penal. **Art. 40** - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

<sup>9</sup> CF/88 – Constituição da República - **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: **XLIX** - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

<sup>10</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Curso de Direito Administrativo, 34ª edição, São Paulo: Malheiros, 2019, p. 878.



ou até mesmo evitar que as mesmas consigam controlar aquele espaço que pertença à ordem estatal.

Ocorre que este controle por parte do Estado não tem sido tarefa fácil, e muitas vezes rebeliões são criadas com o propósito de garantir a liderança do tráfico de drogas, entre outros crimes fora daquele espaço. Nessas situações o Estado admite não ser um garantidor universal, e muitas vezes tenta se valer das excludentes da responsabilidade civil. Porém, não é aceitável que o Estado apenas diga que atuou com os cuidados necessários, é importante que sejam demonstradas efetivamente que as cautelas exigidas foram tomadas.

### **4.3 A falha no sistema de vigilância como causa ensejadora da responsabilidade**

Dentro das penitenciárias brasileiras habita a ideia de que aquele infrator ali posto seria reeducado, para então ser redirecionado ao convívio em sociedade. Contudo, dentro da ótica real este tratamento é ineficiente, ou muitas vezes nem é colocado em prática. Em algumas situações ocorre uma falha no sistema de vigilância, ou seja, muitos presos se aproveitam do sistema para realizar fugas, ganhando a liberdade sem ser ressocializado e ainda, sem cumprir a pena imposta. Este problema é agravado quando este indivíduo que fugiu do presídio pratica crimes contra a sociedade do lado de fora, recaindo assim sob o Estado a responsabilização do inconveniente que o particular sofreu com a saída repentina daquele indivíduo infrator.

Quando a fuga do preso é derivada de circunstâncias totalmente imprevisíveis, as quais possibilitem a fuga, cabe ao Estado demonstrar tais exceções para extinguir a sua culpa sobre o dano e futuramente escapar de uma possível responsabilização. No entanto, não é qualquer evento que exclui a responsabilidade estatal, mas apenas aqueles que são comprovadamente imprevisíveis.

## **5. Considerações Finais**

Nasceu a responsabilidade civil como um instituto fundado dentro do direito civil, de modo que o tempo ia passando essa modalidade se aprimorou e evoluiu, até transmitir à doutrina administrativa seus conceitos básicos, e então ampliar seu conteúdo na esfera do direito público.

Muitas teorias manifestaram explicações sob o aspecto da responsabilidade estatal, civilista e publicista. Em primeiro momento, a responsabilização estatal era fundamentada através da ideia da culpa, diferenciando dentro desse cenário os atos advindos do império e aqueles de gestão. Desde a Constituição brasileira de 1934 a responsabilidade civil foi

reconhecida com a concepção do dever de reparação do dano, quando o prejuízo fosse mediante ação estatal, além disso, o texto legal previa que a responsabilização seria compartilhada entre o funcionário e o Estado. Apenas em 1946 a Constituição da República adotou a teoria da responsabilidade objetiva, acolhendo muitas melhorias com o passar dos anos. Isto é, hoje compreende-se que o Estado possui responsabilidade objetiva pelos danos que os seus funcionários vierem a causar a outrem.

Relativamente à responsabilização estatal por prejuízos ocorridos dentro do sistema prisional brasileiro é cediço que quando o Estado assume o papel de encarregado por aquele que comete atos ilícitos, além de proibir a justiça privada. Logo, o seu dever é mais amplo, ou melhor, cabe ao Estado tutelar a função principal da pena, o qual não versa unicamente em encarcerar aquele indivíduo infrator, mas, sobretudo, garantir o retorno hígido desta pessoa ao convívio em sociedade.

Obriga-se ainda, que o Estado efetue o ressarcimento por todo e qualquer dano que decorra da má prestação do seu serviço, falha na fiscalização, ou ainda omissão em seus atos, que por ventura quem tiver sob a sua custódia venha a sofrer.

Assim sendo, é fácil perceber que a má administração do sistema carcerário irá refletir diretamente na sociedade que depende da prestação desse serviço. Virar as costas para essas questões é não compreender a real dimensão que estes problemas podem tomar, principalmente quando não tratados pelo Estado como prioridade em seu governo. Desta forma, tudo dependerá da preocupação e desempenho estatal com o serviço que este presta a população, seja este ruim e carregado de prejuízos, a responsabilidade civil objetiva será sem dúvida aplicada.

## 6. Referencias Bibliográficas

ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Administrativo descomplicado* / Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo - 17 ed. rev., atual e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 34 Ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BITENCOURT, César Roberto. *Manual de Direito Penal*. 24 Ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v.1.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 3 Ed, Bahia: Juspodivm, 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª edição, São Paulo: Atlas, 2009.

GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do Agente Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

## A Responsabilidade Civil do Estado Brasileiro no Sistema Prisional

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. /Diógenes Gasparini - 16 Ed. atualizada por Fabrício Motta - São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 9 Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27 Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. – 5 Ed. - São Paulo: Atlas, 2005.

# O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA EM PORTUGAL

Brenno Henrique de Oliveira Ribas<sup>1</sup>

**Resumo:** A contratação pública é um poderoso motor de desenvolvimento de um país. Além de fornecer mercadorias e serviços que um país precisa, a contratação pública pode fortalecer as economias locais, apoiar os grupos e aumentar a capacidade local para o comércio. Todavia, devido à sua complexidade, frequência e aos montantes envolvidos, tornou-se uma área de negócios de elevado risco de corrupção. Neste sentido, a transparência exsurge como um princípio fundamental para uma contratação pública de qualidade. Um processo de contratação pública transparente melhora a concorrência, aumenta a eficiência e reduz a ameaça de injustiça ou corrupção. Um regime robusto de transparência obriga que as entidades adjudicantes e os órgãos públicos prestem contas, inculcando confiança nas instituições de uma nação. No entanto, a penetração de práticas transparentes nos contratos públicos tem sido bastante limitada em todo o mundo. Em contraste a essa realidade, seguindo a direção das diretivas da UE, Portugal se tornou pioneiro na implementação do tema em sua legislação interna, o qual promulgou o Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008 que foi posteriormente alterado diversas vezes, o que tornou-o cada vez mais moderno. O CCP demonstrou ser uma ferramenta determinante na conquista de uma maior acessibilidade e transparência, uma vez que Portugal passou a ter uma lei abordando o tema, a sua redação foi categórica no estímulo da contratação pública eletrônica a ser realizada de forma aberta e transparente. Neste trabalho, será analisado a conjectura do princípio da transparência no ordenamento jurídico português.

**Palavras-chave:** Contratação Pública. Corrupção. Transparência. Portugal. CCP.

## 1. Introdução

Para realizar os seus deveres, os órgãos da Administração Pública celebram contratos públicos, sendo estes, instrumentos fulcrais da ação da mesma. Seja para satisfazer as suas necessidades domésticas, seja para realizar, mesmo que diretamente (por si mesma) ou já indiretamente (por terceiro), os seus objetivos públicos. (GONÇALVES, 2018, p. 16)

No entanto, o processo é um alvo atraente para indivíduos e empresas que buscam distorcer de maneira corrupta o processo para obter ganhos pessoais ou partidários. A corrupção ao longo dos anos foi sendo visualizada cada vez mais no sentido mais amplo, sendo para Flávia Schlling um conjunto de práticas variáveis que acarreta trocas entre quem detém o poder decisório e quem detém o poder econômico, com o intuito de aquisição de

---

<sup>1</sup> Mestrando em Ciências Jurídicas-Publicísticas pela Universidade Lusófona do Porto. Endereço eletrônico: brennoribas.jus@gmail.com

vantagens de ordens ilegais, ilegítimas e ilícitas pra a pessoa ou grupo envolvido. (SCHLLING, 1997, p. 47)

Quando ocorre corrupção na contratação pública, geralmente envolve medidas que inibem a concorrência aberta ou adjudicam contratos com base em laços tais como links nepotistas ou clientelistas para familiares, parentes ou aliados políticos; o que causa um enorme prejuízo para o Estado e sociedade.

A contratação pública geralmente é realizada em grande escala, o que a torna tão vulnerável à corrupção. Estima-se que é gasto de 15 a 30 por cento do Produto Interno Bruto (PIB) em vários países com a contratação pública. Os prejuízos provenientes da corrupção, devido a sua ilicitude e clandestinidade, é difícil de ser estimado, mas é notório o impacto negativo nos gastos do governo, uma vez que põe em causa a concorrência no mercado e impede o desenvolvimento econômico. Vários estudos apresentam que há uma média de 10 a 25% do valor do contrato público que pode vir a ser perdido devido a corrupção, aplicando-se essa alíquota ao grande volume de contratos públicos realizados ao longo dos anos é espantoso o dinheiro perdido com a corrupção. (UNODC, 2013, p.1)

Além do prejuízo financeiro oriundo da corrupção, esta vem a causar a redução de investimentos dentro do Estado, pois ocorre uma obstrução no bom funcionamento do mercado interno o que leva ao dano nas finanças públicas. A criminalidade também se beneficia, utilizando-a para a pratica de crimes mais gravosos e causando danos sociais. Não sendo tomada as medidas necessárias para que a corrupção se finde, o Estado perde a confiança do cidadão, causando o enfraquecimento da credibilidade dos dirigentes políticos. (Europeia, COM, 2011, p. 11)

Mesmo com o impacto negativo e esforços com o intuito de dificultar essa conduta, no domínio dos contratos públicos ele ainda encontra-se altamente sujeito à corrupção. Ainda no ambiente do setor público e privado cientes da aplicação das leis anticorrupção o seu cumprimento encontra-se dificultado, uma vez que as oportunidades e os desafios da corrupção continuam a surgir no setor privado. A adoção de leis e modelos de código de aquisição para obstrução dessa conduta só resolve parte do problema, é necessário que as iniciativas de combate à corrupção e a reforma de aquisições trabalhem em conjunto. Além disso, deve ser colocado mais foco no apoio às regras e normas na prestação de contas e integridade, em síntese, os ideias de anticorrupção devem estar presentes na elaboração do *procurement* (contrato público). (UNODC, 2013, p. 1)

É fundamental que a lei e o governo caminhem com uma idealização que vise assegurar a integridade nos procedimentos de contratação. A corrupção encontra-se em

dissenso com os princípios da concorrência, igualdade e transparência, princípios estes fundamentais para a contratação pública. ( WILLIAMS-ELEGBE, 2011, p. 50-51)

## **2 – A Transparência como princípio jurídico**

O princípio da transparência desponta como um dos principais elementos para o controle da atividade administrativa, reforçando a confiança dos administrando pelos administrados, gerando também um maior respeito aos princípios jurídicos administrativos da moralidade, legalidade, imparcialidade e outros. Por muitas vezes os vícios praticados pela Administração Pública deve-se pela falta de transparência e implementação do sigilo, a visibilidade é fator que inibe o desvio de poder e o comprometimento irresponsável para com os recursos públicos. (MARTINS JÚNIOR, 2010, p. 47)

Há quem defenda o estudo do princípio da transparência como parte do princípio da publicidade, e não como um princípio independente. A concepção é de que entre as funções da publicidade como dever administrativo, é impositivo a transparência dos comportamentos das entidades públicas, não podendo existir no Estado Democrático de Direito o sigilo de assuntos que interessem aos administrados.( BANDEIRA DE MELLO, 2013. p. 117) Entretanto, apesar da ligação intrínseca desses princípios, um difere do outro, por meio do princípio da publicidade as entidades públicas tem o dever de dar plena divulgação dos atos que vierem a praticar, mas ocorre que nem sempre essa exposição é efetuada de maneira transparente. (CARVALHO, 2019, p. 6)

A Administração Pública deve oferecer aos cidadãos o acesso à informação, mas para o verdadeiro alcance da finalidade da transparência é necessário oferecer uma informação com a qual haja uma compreensão do conteúdo pelo administrado. Portanto, o ente administrativo tem a obrigação de disponibilizar uma informação de forma fluente. (BARRETO, 2019, p.4)

Importante evidenciar que o princípio da transparência contém funções materiais e instrumentais, a serem: (1) O aperfeiçoamento do caráter democrático do Estado, ocasionado pela legitimidade do uso e exercício do poder e da função pública. (2) A concretização da dignidade da pessoa humana, uma vez que com a transparência o cidadão passa a ser mais respeitado perante a Administração. (3) Restauração da confiança na Administração Pública, com a atividade democrática pelo acesso e participação. (4) Parâmetro para o controle do devido processo legal administrativo. (5) A garantia dos direitos dos administrados. (6) Maior participação e por conseguinte adesão e consenso dos administrados nas decisões, uma vez que é dado ao cidadão a possibilidade de ser mais atuante da atividade administrativa. (MARTINS JÚNIOR, 2010, p. 47)

A União Europeia vem se movimentando com a implementação de instrumentos contra a corrupção já a algum tempo, dos quais podemos citar: (1) A Convenção Penal sobre a Corrupção, do Conselho da Europa, ocorrida no ano de 1999. (2) A convenção relativa à luta contra a corrupção que estejam implicados os funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados Membros da União Europeia, em 1997. (3) Convenção da União Europeia relativa à proteção dos interesses financeiros da comunidades, em 1995. (4) Comité de Ministros do Conselho da Europa, em 1999; dentre tantos outros.

Da mesma forma, as Nações Unidas já se movimentou para discutir medidas contra a corrupção, tendo realizado em 2003 uma Convenção com enfoque nesta temática, onde se concluiu que a atuação ativa das pessoas e grupos não participantes do setor público é indispensável para a prevenção e combate à corrupção, mas para isso existe a necessidade da implementação de medidas por cada Estado Parte que visando a transparência; sendo este um requisito imprescindível para a participação do cidadão no controle dos atos da Administração Pública.

A Constituição portuguesa não deu uma previsão expressa ao princípio da transparência para a execução da atividade pública pela Administração. Contudo, na época atual e no direito administrativo a previsão foi expressa em diversos diplomas legais como por exemplo a lei de acesso aos documentos administrativos (LADA), lei de comunicações eletrônicas, lei de enquadramento orçamental, no estatuto do pessoal dirigente dos serviços e organismos da administração central, dentre tantos outros. A sua previsão no Código de Procedimento Administrativo (CPA) consta no artigo 14º que trata dos princípios da administração eletrônica, e o artigo 201º que versa sobre os procedimentos pré-contratuais. Contudo, a redação não foi levantada dando ao princípio da transparência a função de princípio geral da atividade administrativa ao lado de outros como a igualdade, imparcialidade, proporcionalidade e boa-fé. (FERNANDES, 2019, p. 7)

Apesar disso, não são poucos os doutrinadores que defendem a existência do princípio da transparência administrativa a assumir a natureza de um princípio normativo, Sérvulo Correia (CORREIA, 2019, p. 135) defende que o direito à informação com o acesso aos arquivos e registros administrativos são a conquista de um mesmo princípio geral de publicidade e da transparência da administração, ambos com o mesmo objetivo de abolir a concepção do segredo administrativo tão difundido.

O princípio da transparência desempenha o papel de pára-fogo e proteção ao princípio da imparcialidade. A transparência colabora para assegurar à Administração Pública

uma boa imagem e bom nome, gerando a confiança necessária para os seus cidadãos. (SOUSA, 2011, p. 423).

Todas as decisões e documentos provenientes do processo administrativo devem ser levados ao conhecimento geral dos cidadãos, estes precisam da informação e ciência das razões que se baseiam para o respectivo processo decisório. O acesso aos documentos e informações administrativos tem se mostrado como um direito fundamental intrínseco ao princípio da transparência. (MERLONI, 2008, p. 58)

Na conjuntura da contratação pública não são raros os autores que defendem o princípio da transparência como princípio normativo especial pra esse caso. Além do mais, no contexto da contratação pública é onde esse princípio mais tem necessitado do seu espaço e aplicação no plano jurisprudencial. (FERNANDES, 2019, p. 9)

### **3 - As medidas consagradas em Portugal para incrementar a transparência na contratação pública**

A ênfase da implementação da transparência foram introduzidas na lei portuguesa a partir das Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE da União Européia. As supracitadas Diretivas tratam dos novos procedimentos de contratação pública, a qual foi disposto o respeito e tencionamento de alguns princípios, dentre eles o da transparência.

A aludidas Diretivas tratavam dentre as especificações de seus artigos, que o procedimento utilizado na contratação pública, em suas etapas deveriam ser revistidas da transparência, desde o anúncio do concurso, com as informações acerca dos critérios e modalidades aplicadas na escolha da proposta economicamente mais vantajosa; até o resultado do concurso.

A transparência passou a ser assegurada pela obrigatoriedade de publicação de anúncios dos concursos a nível nacional no Jornal Oficial da União Européia e na base de dados TED (Tenders Electronic Daily). Foi manifestado da necessidade de conter informações da data em que se encerra a apresentação das candidaturas, as línguas em que deve-se ser redigida, os critérios utilizados na adjudicação e ponderação e os documentos obrigatórios a serem acompanhados com as propostas. (EUR-LEX, 2019)

A título de exemplo da aplicação do referido princípio nas disposições obrigatórias que são inclusas nos anúncios do concurso, e no dever das entidades adjudicantes em informar aos interessados os motivos pelo qual as suas propostas não foram escolhidas. (COMUNIDADES EUROPEIAS. 2015, p. 11)

Posteriormente as Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE da União Européia foram modificadas pela Diretiva 2005/51/CE da Comissão e retificadas pela Diretiva 2005/75/CE



do Parlamento Europeu e da Comissão, e Portugal com o intuito de implementá-las no direito interno promulgou o Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, alterado posteriormente pelo Decreto-Lei 278/2009, se tratando de normas que “estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza do contrato administrativo”.

Com o escopo de reforço ao Código dos Contratos Públicos, o Decreto-Lei nº 143-A/2008 foi implementado, e em sua redação foi assentado da pretensão em estimular a implementação sucessiva da contratação pública por meio eletrônico, a qual deve ser realizada de forma aberta, transparente e não discriminatória.

A implantação do processo da contratação pública eletrônica ocorreu por meio de duas fases. No primeiro momento, com o Decreto-Lei nº 142/2002, de 12 de Abril, tratando da aquisição de bens móveis pelo meio eletrônico e apenas este, excluindo a contratação para serviços e obras públicas. Além disso, o decreto tratava apenas da administração pública direta e indireta, sendo esta facultativa, e não colocando a possibilidade de contratar das autarquias locais e autorizadas regionais. Em um segundo momento, com a promulgação do Código dos Contratos Públicos (CCP), trouxe a contratação pública eletrônica como meio obrigatório e universal na atividade administrativa, realizado por meio de plataformas eletrônicas. O CCP mostrou-se um importante instrumento na obtenção de uma maior acessibilidade e transparência, além de uma gestão com contratos mais eficazes e a oportunidade de integração do mercado dos contratos da União Europeia. (MINISTRO, 2014, p. 315-319)

O Código dos Contratos Públicos veio como forma de cumprir as Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE da União Europeia, com um empenho à modernização em três níveis fundamentais: (1) Para aqueles contratos cujo valor exceder € 25 milhões, que seja efetuado em território português projetos de investigação e desenvolvimento. (2) No plano da permeabilidade à evolução tecnológica e às possibilidades oferecidas pelas vias eletrônicas, máxima a contratação pelo e-procurement e pelas novas exigências da Estratégia Nacional de Compras Públicas Ecológicas. (3) No plano da evolução jurídica, tem como objetivo ajustar o modo de contratação e a sua execução para às técnicas de financiamento hoje em dia correntes. (CPP, 2019)

Os anos em que se realiza tal prática já comprova a eficácia do sistema, o Congresso Nacional da Contratação Pública Eletrônica (CONGRESSO NACIONAL DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA ELECTRÓNICA, 2011) trouxe alguns dados, aos quais 61% dos operadores económicos consideravam que a transparência foi ampliada e implementada

nos contratos públicos, aos quais, 29% acreditavam que a *value for money* (valor da proposta) melhorou, o que pode ser justificado pela maior concorrência, a qual 53% deles consideraram que aumentou. Ainda, 65% das entidades adjudicantes consideravam que ocorreu um aumento na transparência, aos quais, 40% acreditavam que o *value for money* (valor da proposta) melhorou, e 36% consideravam que a concorrência havia aumentado.

Ademais, o CCP regulou o uso de portal dos contratos públicos e de plataformas eletrônicas para a contratação pública, aos quais prestam informações relativos aos contratos. Na lição de G. V. Batista e N. V. Batista (BATISTA, BATISTA, 2015, p.16):

Essas plataformas, posteriormente, informam ao Portal BASE as informações concernentes aos contratos. Esse mecanismo promove a divulgação, também, de informações aos cidadãos que podem acompanhar e fiscalizar os procedimentos contratuais realizados pelo governo, desde o ajuste direto (contratação direta) ao concurso público (licitação) para todo o tipo de bens, serviços e empreitadas. Com esses dados é possível realizar o acompanhamento de obras públicas, no que tange seu prazo de execução e os valores contratos e já investidos (total efetivamente pago), dando maior transparência ao processo, tanto no que tange os concursos a ocorrer quanto no andamento dos contratos.

A plataformas para a divulgação de informações é um instrumento para a transparência do processo da contratação pública, por meio dele os cidadão pode acompanhar a realização de obras públicas, desde o seu custo, prazo, valores e investimentos, até no andamento dos contratos a ocorrer. A Administração Pública tem a obrigatoriedade de realizar um procedimento de contratação de maneira transparente, o que veio a ser facilitado com as plataformas eletrônicas, que além da eficiência tem como objetivo evitar qualquer mecanismo corruptivo.

Até o presente momento o Código dos Contratos Públicos teve algumas muitas alterações por decretos, aos quais o Decreto-Lei n.º 223/2009, Decreto-Lei n.º 278/2009, Decreto-Lei n.º 131/2010, Decreto-Lei n.º 149/2012, Decreto-Lei n.º 214-G/2015, Decreto-Lei n.º 111-B/2017, Decreto-Lei n.º 33/2018, o que trouxe o seu devido desenvolvimento do aperfeiçoamento, se tornando um Código cada vez mais moderno e técnico.

No ano de 2017, por meio do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, foi incluído algumas alterações ao Código dos Contratos Públicos (Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro), as quais denominadas como medidas de transparência e boa gestão pública: (1) A inserção de consulta preliminar, dessa forma, antes da realização do procedimento de contratação, a entidade adjudicante poderá realizar consultas informais ao mercado com o

objetivo de preparar o procedimento, sendo fixado mecanismos para que não seja perdida a transparência ou prejuízo na concorrência. (2) A consagração de um procedimento inovador na consulta prévia, com consulta a três fornecedores, sendo limitado o recurso ao ajuste direto. (3) Passou-se a ser necessário a fundamentação especial nos contratos com quantia de mais de 5.000.000 milhões de euros, sendo esta baseada em uma avaliação custo-benefício. (4) A criação do gestor do contrato, importante instrumento na promoção de um desempenho de qualidade de todos os que colaboram no exercício de tarefas de relevância pública, tendo a atribuição de acompanhar a execução do contrato. (5) O critério de desempate do momento da entrega da proposta passou a ser vedado. (DECRETO-LEI Nº 111-B/2017)

A aplicação das novas tecnologias da informação e comunicação já é concretizada pelos mais modernos governos dispersos por todo o mundo, uma vez que facilita a efetivação de princípios da contratação pública como concorrência, eficiência, economicidade, publicidade e transparência. (OLIVEIRA, 2008, p. 51-113)

Portugal foi precursor na adoção de leis que trouxeram para o direito interno do país a efetivação de medidas que já estavam sendo discutidas pela UE, servindo de exemplo para os países que somente mais tarde efetuaram a implementação do tema. A sua inserção legislativa demonstra o interesse no progresso para uma Administração Pública mais moderna e eficiente, portanto, não poderia ser deixado de levar em consideração a contratação pública, atividade administrativa que demanda demasiado dinheiro público.

#### **4 – Considerações Finais**

- I) A implementação de leis e códigos na busca de obstruir a conduta da corrupção e a busca por mais transparência é válido, mas não resolve o problema na sua totalidade. É necessário que a lei e o governo trabalhem e contribuam juntos para uma contratação pública livre de qualquer ilícito, sendo indispensável que a atividade pública esteja em acordo com os princípios da concorrência, igualdade e transparência. A contratação pública deve seguir com o desígnio da anticorrupção, uma vez que a prática corruptiva é incompatível com o objetivo da Administração na busca do interesse público.
- II) Os vícios realizados pela Administração Pública se dá por muitas vezes pela falta de transparência na sua atividade, a efetivação desse princípio é uma ferramenta efetiva na luta contra o fenômeno das más práticas na contratação pública. Além disso, a informação veiculada deve ter o seu conteúdo disponibilizado de forma fluente e que o cidadão compreenda.

- III) O princípio da transparência é precursor de confiança pelos administrados, respeito da Administração perante os cidadãos, garantia de uma efetiva participação na atividade democrática, minimiza a discricionariedade das entidades adjudicantes, é um meio de controle do processo legal administrativo, além de contribuir para a boa imagem e bom nome da Administração Pública.
- IV) Contribuindo com o princípio da transparência, a implementação das novas Tecnologias de Informação e Comunicação auxilia a Administração na obtenção desse objetivo, uma vez que facilita o acesso à informações pelos cidadãos. A modernização na prestação da atividade administrativa é uma escolha acertada para uma prestação de serviços públicos mais eficaz, célere e transparente, além da redução de custos na contratação pública.
- V) A consolidação dos meios eletrônicos na contratação pública tem sido utilizada cada vez mais como um modelo de governo acertado, uma vez que os cidadãos têm acesso à informações de modo transparente, podendo ter o alcance a esses dados a qualquer dia e hora. A modernização da prestação de contas da Administração é um ótimo meio para um serviço público mais eficiente, transparente e com uma melhor satisfação dos administrados.

## Bibliografia

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARRETO, Marcos António Mendes de Almeida. **Da (des)necessidade dos pactos de integridade na contratação pública**. Disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/51876> Acesso em 26 mar. 2019.

BATISTA, Gisele Victor; BATISTA, Nadine Victor. **A contratação pública eletrônica como política pública: Análise comparada Brasil/Portugal**. 2015. Disponível em <http://banco.consad.org.br/bitstream/123456789/1183/1/A%20CONTRATA%C3%87%C3%83O%20P%C3%9ABLICA%20ELETR%C3%94NICA%20COMO.pdf> > Acesso em 01 abr. 2019.

CARVALHO, Mariana Oliveira de. **Princípio da transparência no novo direito administrativo**. Disponível em <file:///D:/Dialnet-PrincipioDaTransparenciaNoNovoDireitoAdministrativ-6167547.pdf> Acesso em 26 mar. 2019.

CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS (CCP) – DL N° 18/2008 de 29 de janeiro. Disponível em [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=2063&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2063&tabela=leis) Acesso em 29 mar. 2019.

COMUNIDADES EUROPEIAS. **Manual de contratos públicos ecológicos**. 2015. Disponível em [http://www.mma.gov.br/estruturas/a3p/\\_arquivos/manual\\_ecocontratos.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/a3p/_arquivos/manual_ecocontratos.pdf) > Acesso em 29 mar. 2019

CONGRESSO NACIONAL DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA ELECTRÓNICA, 4, 2010, Anais. Lisboa: Associação Portuguesa dos Mercados Públicos, 2011.

DECRETO-LEI N.º 111-B/2017 – Diário da República, I.ª série, n.º 168 de 31 de agosto de 2017. Governo da República Portuguesa.

DIRECTIVA 2005/75/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005L0075&from=EN>. Acesso em 29 mar. 2019.

EUR-LEX. **Regras relativas aos contratos de empreitada de obras públicas, aos contratos públicos de fornecimento e aos contratos públicos de serviços.** Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=LEGISSUM:l22009>. Acesso em 29 mar. 2019.

Europeia, C. (2011). COM(2011) 308 final - **Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu: Luta contra a corrupção na UE.** Bruxelas: Comissão Europeia. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=OJ:C:2011:346:TOC>. Acesso em 29 mar. 2019.

FERNANDES, Débora Melo. **O princípio da transparência administrativa: mito ou realidade?** Disponível em: <https://www.oa.pt/upl/%7Bc1851f98-4d7f-466d-a433-bcf709436a1e%7D.pdf>. Acesso em 26 mar. 2019

GONÇALVES, Pedro Costa. **Direito dos Contratos Públicos - Volume 1.** 3.ª Edição. Editora Almedina: 2018.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular.** 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 47-48.

MERLONI, Francesco (coord.). **La Trasparenza Amministrativa.** Giuffrè Editore, Milano, 2008.

MINISTRO, Pedro. 2014. **Contratação Pública Eletrónica Portuguesa.** In Rodrigues, M. L. Exercícios de Análise de Políticas Públicas. Imprensa nacional-Casa da Moeda e ISCTE-IUL, 1.ª Ed. Fevereiro, 2014.

OLIVEIRA, R. E. **Os princípios gerais da contratação pública.** In: GONÇALVES, P. (Org.). Estudos de Contratação Pública. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 1.

SCHLLING, Flávia. **Corrupção: Ilegalidade intolerável? As Comissões Parlamentares de Inquérito e a Luta contra a Corrupção no Brasil (1980-1992).** São Paulo, 1997. Tese de Doutorado (Especialização em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo.

CORREIA, Sérvulo. **O Direito à Informação e os Direitos de Participação dos Particulares no Procedimento e, em Especial, na Formação da Decisão Administrativa.** Disponível em <https://www.servulo.com/pt/investigacao-e-conhecimento/O-direito-informacao-e-os-direitos-de-participacao-dos-particulares-no-procedimento-e-em-especial/2055/> Acesso em 26 mar. 2019

SOUSA, António Francisco de. **Manual de Direito Administrativo,** Faculdade de Direito da Universidade do Porto. 2011.

UNODC. **Guidebook on anti-corruption in public procurement and the management of public finances.** New York, 2013. Disponível em [https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/Guidebook\\_on\\_anti-corruption\\_in\\_public\\_procurement\\_and\\_the\\_management\\_of\\_public\\_finances.pdf](https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/Guidebook_on_anti-corruption_in_public_procurement_and_the_management_of_public_finances.pdf) Acesso em 27 mar. 2019

WILLIAMS-ELEGBE, Sope. **Fighting Corruption In Procurement: A Comparative Analysis Of Disqualification Measures.** PhD thesis, University of Nottingham, 2011, disponível em : <http://eprints.nottingham.ac.uk/13254/1/555409.pdf>.

# COMPLIANCE COMO INSTRUMENTO PARA GARANTIA DO PRINCÍPIO ANTICORRUPÇÃO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Fabrcio Lourenço da Silva<sup>1</sup>

**RESUMO:** A preocupação com a corrupção e suas consequências é um imperativo em todo o sistema internacional e em contrapartida é evidenciado o esforço multilateral para seu combate, sobretudo no Brasil, o qual tem vivenciado, em níveis cada vez mais consideráveis, os efeitos da inclinação de uma sociedade pós-moral para atendimento dos seus interesses mais individuais em detrimento da coletividade. Visando o combate de ilícitos e o bom gerenciamento das atividades típicas da administração pública, surgem instrumentos que possibilitam o controle social para a verificação do atendimento dos princípios constitucionais, em especial a legalidade, a qual os entes públicos estão vinculados. Dentre tais instrumentos destacam-se o *Compliance*, termo que tem origem no verbo inglês *to comply*, que no contexto do direito administrativo aponta para a boa governança das instituições, sejam elas públicas ou privadas, estejam em conformidade com as leis e qualquer outra norma em âmbito interno ou externo. O *compliance* tradicionalmente é aplicado à realidade das empresas privadas, entretanto alguns elementos podem ser evidenciados na Lei Anticorrupção, na qual o legislador discorre em suas disposições, sobre a possibilidade de aplicação de procedimentos e políticas que remetem à “responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira” (Lei nº 12.846/2013, Artigo 1º)<sup>2</sup>. Entretanto, deve-se considerar que os órgãos públicos ainda são um terreno fértil para a ocorrência de atos de corrupção, sobretudo no instituto de licitar, meio pelo qual a administração contrata serviços ou adquire bens, uma vez que se estabelece uma relação comercial entre particulares e a administração pública, que envolve uma volumosa movimentação de recursos públicos. A Lei brasileira que regula as Licitações e Contratos não traz o conceito de *compliance*, entretanto o legislador se preocupou em dispor de temas como gestão, transparência, acompanhamento e a fiscalização dessas relações entre os entes e o particular, na preservação do princípio anticorrupção e a sua aplicabilidade no cotidiano da administração pública.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Compliance*; Administração pública; Licitação; Princípio anticorrupção.

## 1. COMPLIANCE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

De início cumpre entender o termo Compliance e sua aplicação. O termo tem sua gênese na língua inglesa com o verbo “*to comply*”, que no contexto de integridade é apontado

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade Federal da Paraíba; Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade Estadual da Paraíba; Presidente da Comissão

<sup>2</sup> BRASIL. LEI Nº 12.846, DE 1º DE AGOSTO DE 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm)> Acesso em 22 ago. 2018.

## Compliance como Instrumento para Garantia do Princípio Anticorrupção nas Contratações Públicas

por Carla Rahal Benedetti (2013)<sup>3</sup>, “estar alinhado à uma regra ou um conjunto delas, obedecendo um comando, uma instrução ou um pedido”, nesse sentido, depreende-se que “*compliance*” é estar em conformidade com leis e qualquer outra norma em âmbito interno ou externo, por meio da implementação de uma série de medidas no âmbito das instituições, para a que se evitem fraudes, ou ainda que estas sejam identificadas, corrigidas e promova a responsabilização dos agentes físicos ou jurídicos que erroneamente atuam na condução e negociações de suas instituições.

Assim, programas de integridade como o *compliance*, surgem como ferramenta efetiva de controle, para se estabelecer uma boa governança das instituições e criar entraves ao desenvolvimento de um ambiente propício à corrupção e qualquer outra atividade fraudulenta que seja lesiva à sociedade e seus indivíduos. É um imperativo à todos que atuam em um ambiente corporativo sobre a forma de como devem nortear suas rotinas de trabalho e seu relacionamento com empresas e a sociedade.

Importante esclarecer que o *compliance* tradicionalmente é aplicado à realidade das empresas privadas, regulada indiretamente no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, conhecida como Lei Anticorrupção. Nesta, o legislador discorre sobre a possibilidade de aplicação de procedimentos e políticas que remetem à “responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira” e por outro lado prevê e impulsiona a manutenção de programa de integridade, como um atenuante na aplicação de sanções por parte do poder público, como descrito no Capítulo IV da norma, a qual dispõe que poderá ensejar uma redução da pena de multa resultante da condenação em um Processo Administrativo Disciplinar, o qual é calculado com base no faturamento da empresa no exercício anterior ao da instauração do processo e a depender do grau de consistência verificada no referido Programa de Integridade, pode obter maior benevolência por parte do Estado.

A administração pública, em todas as esferas, para garantia dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e ainda, por estar estritamente atrelado às disposições legais de planejamento, orçamento e gestão, direta e indiretamente já devem fazer uso de instrumentos de integridade. Relata GABARDO

---

<sup>3</sup> BENEDETTI, Carla Rahal. Criminal Compliance: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. v. 59, jan. 2013, p. 303;

Compliance como Instrumento para Garantia do Princípio Anticorrupção nas Contratações Públicas

e CASTELLA (2015)<sup>4</sup>, que mesmo os entes públicos já sendo pautados pelos princípios da Legalidade, Moralidade e Eficiência, o instrumento do *Compliance* tem sido utilizado pela própria administração pública, como forma de monitoramento e avaliação de resultados, para que estes princípios constitucionais sejam garantidos e que se forme uma cultura de combate a corrupção e inibição do cometimento de ilícitos também por agentes públicos.

Para Wagner Giovanini (2014)<sup>5</sup>:

Isso significa unir tais elementos com as atividades, processos e controles de maneira inteligente e customizada, conforme a sua realidade: natureza, riscos, mercado de atuação, cultura organizacional, tamanho e diversos outros fatores que tornam a instituição peculiar.

O executivo nacional tem demonstrado tal preocupação com a boa governança e com isso tem emitido normas como o Decreto nº 9.203/2017, que dispõe sobre a política de governança dos órgãos públicos. Os órgãos de controle externo também têm alertado e cobrado que os órgãos da administração pública direta, indireta, autárquica e fundacional, adotem mecanismos de desenvolvimento, execução e o monitoramento de seus programas de integridade que demonstrem o comprometimento da alta administração em desenvolver suas atividades com elevados padrões de gestão, ética e conduta, bem como o desenvolvimento de estratégias e ações para disseminação da cultura de integridade no órgão ou entidade.

Mais recentemente, o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU) publicou em abril de 2018 a Portaria CGU nº 1.089, esta traz linhas bem mais detalhadas de como estabelecer os procedimentos para estruturação, execução e monitoramento de Programas de Integridade, como o Compliance, em órgãos e entidades do Governo Federal. Em seu artigo 3º, a Portaria CGU<sup>6</sup> dispõe: que “os órgãos e as entidades deverão instituir Programa de Integridade que demonstre o comprometimento da alta

---

<sup>4</sup> GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a administração pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, abr./jun. 2015.

<sup>5</sup> GIOVANINI, Wagner. *Compliance: A Excelência na Prática*. Editora Própria. 2014. p. 74 e 75.

<sup>6</sup> BRASIL, Portaria nº 1.089, de 25 de abril de 2018. Estabelece orientações para que os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional adotem procedimentos para a estruturação, a execução e o monitoramento de seus programas de integridade e dá outras providências. Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União. Disponível em: <<https://www.cgu.gov.br/noticias/2018/04/cgu-lanca-regulamentacao-para-programas-de-integridade-no-governo-federal/portaria-cgu-1089-2018.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2019;



Compliance como Instrumento para Garantia do Princípio Anticorrupção nas Contratações Públicas

administração e que seja compatível com sua natureza, porte, complexidade, estrutura e área de atuação”.

Esta preocupação dada pelo poder executivo e os órgãos de controle tem chamado a atenção para a adaptação e estrito cumprimento das normas pela administração pública em todas as suas atividades fins e intermediárias, no combate à corrupção, fraudes e ilícitos.

## **2 ELEMENTOS DE COMPLIANCE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E O PRINCÍPIO ANTICORRUPÇÃO**

Terreno fértil para a ocorrência da corrupção dentro dos órgãos públicos é o instituto da licitação, meio pelo qual a administração contrata serviços, adquire bens ou realiza obras de engenharia, sendo a forma de se alcançar efetivamente a prestação de assistência à sociedade e o desenvolvimento nacional.

Em estudo recente, a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) demonstrou que, no Brasil, as licitações públicas movimentam R\$ 69,11 bilhões<sup>7</sup> por ano, o que representa uma porcentagem considerável do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro, logo, uma vez que se estabelece uma relação comercial entre particulares e a administração pública e que normalmente envolve uma volumosa movimentação de recursos públicos, há um ambiente que merece toda a atenção da fiscalização e órgãos de controle.

A Lei brasileira de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93), falando de forma teleológica, não traz o conceito de *compliance*, entretanto o legislador se preocupou em dispor de temas como gestão, transparência, acompanhamento e a fiscalização dessas relações entre os entes e o particular, na preservação do princípio anticorrupção. Aliada à Constituição e demais normativos, a lei de licitações e contratos, além de regular as contratações pela administração pública, se propõe a fortalecer o ordenamento jurídico brasileiro, direta ou indiretamente, para coibir esquemas para extorquir dinheiro do tesouro, o ajuste direto ou concursos fraudulentos, a ocorrência de negociação desigual, a repartição de comissões entre negociadores e a invalidade dos contratos da administração pública, oferecimento de suborno ou gratificação, ou ainda qualquer ato que beneficie o indivíduo e lese o patrimônio público, ferindo com a isonomia, eficiência e legalidade.

---

<sup>7</sup> Dado extraído do Portal da Transparência do Governo Federal. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/licitacoes?ano=2018>>. Acesso em 12 mai. 2019;

## Compliance como Instrumento para Garantia do Princípio Anticorrupção nas Contratações Públicas

A implementação de um programa de *compliance* no processo de contratação pública, visa preservar com os princípios constitucionais e da administração pública, de forma a coibir a formação de conluíus, que enriquecem agentes públicos e privados à custas dos órgãos e da sociedade.

Instituir um programa de compliance nas contratações, não se resume ao mero cumprimento de normas mas deve transcender à uma busca por integridade e ética com o trato da *res publica*, demonstrando à sociedade e autoridades internas e externas a forma zelosa com que os recursos, advindos dos tributos, estão sendo aplicados de forma eficiente e eficaz para atender aos anseios da sociedade.

No que tange às empresas privadas, pessoas físicas ou jurídicas, fornecedoras da administração pública, a Lei anticorrupção vem inovar, no sentido de trazer maior responsabilidade destes indivíduos na participação de ilicitudes, que normalmente, antes de sua promulgação, responsabilizava quase que exclusivamente o agente público ou a pessoa física da empresa, sendo que a personalidade da pessoa jurídica nestes casos nada sofriam e permaneciam atuando de forma irregular. A lei 12.846/2013, além de atender a compromissos internacionais dos quais o Brasil é signatário, também cumpriu de suprir esta demanda do ordenamento jurídico em sancionar por eventuais ilícitos cometidos também a pessoa jurídica, fato este que pedagogicamente produz efeitos para uma atuação mais correta por parte de licitantes, corroborando para o desenvolvimento de práticas saudáveis e não propensas à corrupção.

Em contribuição com esse aspecto pedagógico, destaco o pensamento do Dr. Jónatas Machado (2017)<sup>8</sup>, no sentido de que o combate à corrupção não se dá, tão somente pelas ferramentas processuais, mas notadamente pela educação e aculturação dos princípios ético-morais, em razão de estarmos, todos, uns mais outros menos, propensos a atos de corrupção, convencional ou inconvencional.

Levanta-se a teoria de que o embate anticorrupção surge não simplesmente como tradução do anseio popular, mas como princípio, que propõe uma boa gestão. Amílcar Araújo Carneiro Júnior<sup>9</sup>, em sua tese de doutoramento destaca:

De uma singela leitura do texto constitucional, depreende-se um firme propósito contra a corrupção, neste particular, indicando claramente que a arquitetura de governo engendrada, bem como os critérios que deverão nortear a sadia conduta do Administrador

---

<sup>8</sup> MACHADO, Jónatas E. M.. Princípio Anti-Corrupção: dimensões constitucionais e jurídico-internacionais. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/df2015/docs/anti-corrupcao.pdf>>. Acesso em 17.09.2018

<sup>9</sup> JUNIOR, Amílcar Araújo Carneiro. Princípio Anticorrupção. Coimbra: universidade de Coimbra, trabalho parcial para doutoramento. 2015;

Público, não comungam com nenhuma forma de corrupção. A Constituição, é o fundamento de validade de um sistema repressivo a busca a responsabilização e punição dessas condutas que depõem contra a República.

Por fim, destaco novamente o pensamento do Dr. Jônatas Machado, que aduz ainda a percepção de que a constituição brasileira possui sim, atrelado aos demais princípios Constitucionais, o Princípio anticorrupção, evidenciado pela disposição da boa governança e integridade que norteiam a administração pública.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a escalada da corrupção e ocorrência exacerbada de fraudes e tantos outros ilícitos no trato com a coisa pública, têm-se insurgido um movimento de adequação aos dispositivos legais e percepções morais de uma sociedade insatisfeita com tantos escândalos. Neste sentido, foi observado que os órgãos públicos e principalmente o meio com que estes realizam suas contratações, ao longo dos anos, têm propiciado um ambiente que estimula a prática de ilícitos e assim, objetivando dar uma resposta à sociedade, os poderes, sobretudo os órgãos de controle, têm exigido maior profissionalização e gestão de alto rendimento na administração pública.

Para tanto, reforçando os ideais de boa governança e correição da administração, apontam-se os programas de integridade, como o compliance, tratado no presente artigo, como uma possível ferramenta de garantia dos princípios constitucionais, da boa gestão e de inibição de atos lesivos contra o patrimônio público e a sociedade. Que este, se adotado sobretudo nas contratações realizadas pelos órgãos públicos, poderão auxiliar na utilização correta e eficiente dos recursos públicos.

## REFERÊNCIAS

BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal Compliance: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. v. 59, jan. 2013, p. 303.

BRASIL. **LEI Nº 12.846, DE 1º DE AGOSTO DE 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm)> Acesso em 22 ago. 2018.

\_\_\_\_\_, **Portaria nº 1.089, de 25 de abril de 2018**. Estabelece orientações para que os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional adotem procedimentos para a estruturação, a execução e o monitoramento de seus programas de integridade e dá outras providências. Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União. Disponível em: <<https://www.cgu.gov.br/noticias/2018/04/cgu-lanca-regulamentacao-para-programas-de-integridade-no-governo-federal/portaria-cgu-1089-2018.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2019

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. **A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a administração pública**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, 2015.

GIOVANINI, Wagner. **Compliance: A Excelência na Prática**. Editora Própria. 2014. p. 74 e 75.

JÚNIOR, Amilcar Araújo Carneiro. **Princípio Anticorrupção**. Coimbra: universidade de Coimbra, trabalho parcial para doutoramento – 2015

MACHADO, Jónatas E. M.. **Princípio Anti-Corrupção: dimensões constitucionais e jurídico-internacionais**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/df2015/docs/anti-corrupcao.pdf>>. Acesso em 17.09.2018.

# JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES VERDE E AMARELO

Genilma Pereira De Moura<sup>1</sup>

**Resumo:** O Judiciário brasileiro possui sua base no sistema romano-germânico, sob o contexto do positivismo jurídico com um sistema de tradição da *civil Law* onde os códigos e sua intenção de completude proporcionariam a garantia de segurança, certeza e previsibilidade das relações jurídicas.

A partir da segunda metade do século XX, após à segunda guerra mundial e com a revolução dos direitos humanos e conseqüente judicialização da política, verifica-se que o judiciário assume um novo papel interpretativo. No Brasil tem-se a Constituição Federal de 1988 a qual assegura Direitos Fundamentais que possuem caráter aberto.

Tais fatos, bem como, as alterações constantes no contexto da sociedade contemporânea, causam insegurança jurídica, pois não há, no modelo mecanicista, limites para atividade interpretativa.

A jurisdição constitucional brasileira não está vinculada a respeitar e a analisar as decisões já proferidas pelos Tribunais caracterizando-se por uma grande margem de interpretação do juiz que diante da Constituição Federal, e de suas garantias fundamentais, busca aplicar em cada caso o correlato Direito, fazendo uma análise individual sem vinculação a decisões anteriores, possibilitando decisões diferentes em casos iguais ou semelhantes.

O Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 preconizou a necessidade de observância dos precedentes, como por exemplo, ao dispor que os Tribunais devem ater-se as circunstâncias fáticas dos precedentes ao editar súmula.

Evidente a necessidade de adoção dos precedentes, bem como, a necessidade de análise dos parâmetros e diretrizes que irão formar e definir a construção de um sistema de precedentes verde e amarelo, ou seja, um sistema de precedentes brasileiro fundamentado na doutrina da *stare decisis* e nos ensinamentos do direito como integridade de Ronald Dworkin.

Palavras – chave: Precedente; Jurisdição Constitucional; *stare decisis*.

**Abstract:** The Brazilian Judiciary has its base in the Roman-Germanic system, under the context of legal positivism with a system of civil law tradition where the codes and their intention of completeness would provide the guarantee of security, certainty and predictability of legal relations.

From the second half of the twentieth century, after the Second World War and with the revolution of human rights and consequent judicialization of politics, it turns out that the judiciary takes on a new interpretive role. In Brazil we have the Federal Constitution of 1988 which guarantees Fundamental Rights that have open character.

These facts, as well as the constant changes in the context of contemporary society, cause legal insecurity, since there are no limits in the mechanistic model for interpretative activity. The Brazilian constitutional jurisdiction is not bound to respect and analyze the decisions already rendered by the Courts, characterized by a great margin of interpretation of the judge

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Internacional Uninter (linha de pesquisa: Jurisdição e processo na contemporaneidade). Bolsista 100% no Programa de Excelência do PPGD-UNINTER. Coordenadora do curso de Direito da Unifacear- Curitiba. Coordenadora Adjunta do curso de Direito da Unifacear - Araucária. Professora e advogadagenilmamoura@gmail.com

who, before the Federal Constitution, and its fundamental guarantees, seeks to apply in each case the correlate Law, making an individual analysis without linking to previous decisions, making possible different decisions in the same or similar cases.

The Code of Brazilian Civil Procedure of 2015 advocated the need for observance of precedents, for example, by providing that courts must abide by the factual circumstances of precedents when issuing a summary.

The need to adopt precedents is evident, as well as the need to analyze the parameters and guidelines that will form and define the construction of a system of green and yellow precedents, that is, a Brazilian precedent system based on the doctrine of *stare decisis* and in the teachings of law as the integrity of Ronald Dworkin.

Keywords: Precedent; Constitutional Jurisdiction; *stare decisis*.

## 1- Introdução

O presente artigo sugere o estudo do tema Jurisdição Constitucional e a construção de um sistema de precedentes verde e amarelo como forma de se alcançar a justiça social e entregar para a sociedade decisões judiciais eficazes, pautadas no princípio da igualdade e que promovam a segurança jurídica.

O judiciário brasileiro possui sua base no sistema romano-germânico, no contexto do positivismo jurídico com um sistema de tradição da *civil Law*, que confere a lei o título de principal fonte do Direito. Sendo que no primeiro tópico será analisado as origens e características dos sistemas common law e civil law.

A partir da segunda metade do século XX, após a segunda guerra mundial e com a revolução dos direitos humanos e consequente judicialização da política, verifica-se que o judiciário assume um novo papel interpretativo<sup>2</sup>.

Diante da realidade com os direitos humanos, os quais possuem caráter aberto com conteúdo moral, bem como, diante da Constituição Federal de 1988, a qual assegura os Direitos Fundamentais que possuem, também, caráter aberto, o judiciário brasileiro não pode realizar interpretações mecanicistas pautadas apenas na lei.

A jurisdição constitucional brasileira não está vinculada a respeitar e a analisar as decisões já proferidas em casos semelhantes para que possam buscar a aplicação do Direito de forma igualitária e proporcionar a segurança jurídica. Diante da insegurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, bem como diante da necessidade da análise da construção de um sistema de precedentes, já defendido no Código de Processo Civil, é necessário à

---

<sup>2</sup>BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil Law. Curitiba, 2011. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná. p. 200- 201.

aplicação e aproximação de uma doutrina do *stare decisis* e a adoção do princípio da integridade na prestação jurisdicional.

## 2- Origens e características dos sistemas common law e civil law.

Primeiramente cabe ressaltar que o Direito Contemporâneo é caracterizado pela existência de vários sistemas. Contudo, para o presente artigo é importante o estudo dos sistemas civil law e common law.

O desenvolvimento do common law está adstrito a conquista normanda da Inglaterra em 1.066 que acarretou na centralização do poder, na supressão da época tribal e na instalação do feudalismo<sup>3</sup>.

Com a conquista normanda houve a unificação do sistema judicial e o estabelecimento das Cortes Reais que irão elaborar um direito inglês comum a toda Inglaterra, o que justifica o nome common law, em oposição aos costumes. Nesse sentido a common law significa o direito comum a toda Inglaterra, comum porque a decisão era tomada de maneira centralizada pelas Cortes de Westminster<sup>4</sup>.

Até hoje não existe no Direito Inglês uma Constituição escrita, sendo um direito primordialmente Judiciário porque a fonte primeira do seu direito são as decisões judiciais.

Estefânia Barboza afirma que o Direito Inglês é fundamentado por sua jurisprudência e por isso as suas regras são aquelas encontradas na *ratio decidendi* das decisões dos Tribunais Superiores da Inglaterra. Na decisão distingue-se a *ratio decidendi*, que é a questão nuclear e impositiva da decisão, da *obiter dicta* que são as declarações que não são imprescindíveis para a decisão<sup>5</sup>.

A supremacia limitada do parlamento (submetido à common law) também é característica relevante na história inglesa<sup>6</sup>. Ressalta-se, também, que as leis são fontes secundárias da jurisprudência.

Diferente da Inglaterra que se caracterizava pela supremacia do parlamento limitado pelo common law, os Estados Unidos adota a supremacia da Constituição criando um direito

---

<sup>3</sup>DAVID, René. Os grandes sistemas de direito contemporâneo. 3ªed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 285.

<sup>4</sup>DESCHEEMAER, Erick. La question de la fusion de lo common law et de l'equity em droit anglais. À propôs de l'ouvrage Equity de Sarah Worthington. Thémis, 41, 2007, p.365. Disponível em: <https://home.heinonline.org/HOL/page?collection=journals&handle=hein.journals/revjurns41&id=639>>. Acesso em: 05jul2019.

<sup>5</sup>BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Op.cit p. 34.

<sup>6</sup>CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984, 58-60.

peculiar. Mesmo com a grande influência da Inglaterra os Estados Unidos se diferenciou ao definir a Constituição como parâmetro para o controle de legitimidade das leis<sup>7</sup>.

No Federalista nº 81, Hamilton reconhece que a Constituição deve ser o padrão para interpretação das leis, afirmando que em caso de contradição, prevalecerá o dispositivo constitucional conforme teoria de uma Constituição limitada<sup>8</sup>.

Ainda, no Federalista nº 78, Hamilton é categórico ao dizer que a Constituição é o povo. Esclarece que não se trata de superioridade do judiciário sobre o legislativo. Mas sim a superioridade do poder do povo, sendo que sempre que a vontade do legislativo, traduzida em leis, se opuser à do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, não aquela, pautando suas decisões pela lei básica, não pelas leis ordinárias<sup>9</sup>.

O caso *Marbury v. Madison* com a decisão de Marshall retratou, no âmbito prático deixando o campo ideológico, a importância primordial do poder judiciário ao definir que este será responsável para realizar o *judicial review* dos atos do Parlamento.

Outro ponto que cabe destaque é a proteção empregada às liberdades individuais pela Constituição dos Estados Unidos demonstrando o individualismo como base do constitucionalismo americano<sup>10</sup>

O direito americano e seus princípios são frutos dos precedentes. Tal fato não é descaracterizado pela existência de uma Constituição escrita pois o caráter de generalidade e abstração das normas constitucionais e a influência do common law preserva a criação judicial e constitucional<sup>11</sup>.

Para Estefânia Barboza o caso norte-americano é importante por evidenciar a possibilidade de compatibilizar a adoção de uma Constituição escrita com a criação jurisprudencial do direito, evidenciando que o texto constitucional será construído historicamente conforme o contexto social e cultural<sup>12</sup>.

Já o sistema civil law ou romano-germânico formou-se na Europa Continental e ultrapassou as fronteiras do antigo Império Romano, conquistou a América Latina, parte da África, Japão, Indonésia etc.<sup>13</sup>

A base do ensino do direito romano será em todas as universidades da Europa em conjunto com o direito canônico. A partir do século XII o ensino do direito romano

---

<sup>7</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Op.Cit. p. 41.

<sup>8</sup>HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3ed. Campinas: Editora Russel, 2009

<sup>9</sup>Ibidem , p. 472.

<sup>10</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Op.cit. p. 48

<sup>11</sup> Ibidem, p. 50.

<sup>12</sup> Ibidem, p.51.

<sup>13</sup> DAVID, René. Op. Cit.p.25



ministrado nas universidades sofreu uma evolução. Surgiram varias escolas com métodos próprios, sendo a primeira escola, a dos glosadores que buscou explicar o sentido originário das leis romanas. A partir dessa época são abdicados alguns textos das compilações de Justiniano<sup>14</sup>.

Os professores das Universidades desenvolveram uma ciência do direito. Este apresentava-se de forma teórica e erudita e ainda possuía como características: o uso de uma terminologia comum, exigência de que a regra do direito deveria ser abstrata e geral, adoção do princípio de que o direito deve ser justo e razoável e a lei como fonte do Direito<sup>15</sup>.

A revolução Francesa e Americana influenciaram o sistema romano-germânico. Diferente dos Estados Unidos que se preocupa limitar o poder do legislativo a Revolução Francesa está preocupada com a limitação do Poder Judiciário que adotava decisões desfavoráveis aos cidadãos<sup>16</sup>.

No sistema de *Civil Law*, a segurança jurídica deve ser garantida pela codificação do Direito. Os códigos e sua intenção de completude proporcionariam a garantia de segurança, certeza e previsibilidade das relações jurídicas.

O judiciário brasileiro possui sua base no sistema romano-germânico, no contexto do positivismo jurídico com um sistema de tradição da *civil Law*, que tem na lei a principal fonte de Direito.

### **3 – Sistema de precedentes e a doutrina da stare decisis.**

Para o sistema de tradição *cível law* a segurança jurídica está na codificação do direito onde haverá todas as respostas, estando o juiz vinculado a aplicar a lei. Por outro lado, para o sistema de tradição *common law* a segurança jurídica está baseada no sistema de precedentes determinado pela doutrina da *stare decisis*<sup>17</sup>.

Segundo Estefânia Barboza “a doutrina do *stare decisis* traz a ideia de que os precedentes devem ser seguidos quando, em casos subsequentes, os fatos materiais mais relevantes são os mesmos”<sup>18</sup>.

Para Marcelo Souza os precedentes estão presentes em qualquer sistema jurídico. Independente do país e do sistema adotado, a decisão de um caso tomada anteriormente pelo Judiciário constitui, para os casos a ele semelhantes, um precedente judicial. O sistema

---

<sup>14</sup> Ibidem, p.34-35.

<sup>15</sup> GLISSEN, Jhon. Introdução Histórica do Direito. 5. Ed. Tradução de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. P. 204.

<sup>16</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Op.cit. p. 53

<sup>17</sup> Ibidem, p. 234.

<sup>18</sup> Ibidem, p. 164 e ss.

jurídico irá influenciar apenas nas características, tais como seu poder criativo ou meramente declarativo, seu caráter persuasivo ou obrigatório<sup>19</sup>.

Ainda, Larenz afirma que os ‘precedentes judiciais’ podem ser definidos como “resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, já foi resolvida uma vez por um tribunal noutra caso”<sup>20</sup>.

#### **4- A aproximação dos sistemas civil law e common law e a construção de um sistema de precedentes brasileiro – verde e amarelo.**

Conforme afirma Estefânia Barboza o sistema judiciário brasileiro deixa uma grande parte para interpretação do judiciário, não havendo uma vinculação dos tribunais a seus próprios precedentes e nem aos precedentes dos tribunais superiores, ocasionando a existência de decisões diferentes para casos semelhantes<sup>21</sup>.

A jurisdição constitucional adpta ao sistema de *cível Law*, por não adotar uma diretriz de precedentes, especialmente em matéria de Direitos Fundamentais, está mais vulnerável a desrespeitar a segurança jurídica.

A segurança é princípio fundante do Estado Constitucional Brasileiro. A Constituição Federal de 1988 preconiza em seu preâmbulo que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar a segurança, o bem estar, a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade brasileira.

Ocorre que apesar de um contexto histórico tão diferente, a partir da segunda metade do século XX, os dois sistemas – common law e civil law- começam a se aproximarem por dois motivos principais a Judicialização da Política e a Revolução dos Direitos Humanos<sup>22</sup>.

O Brasil, diante dessa realidade com os direitos humanos, os quais possuem caráter aberto com conteúdo moral, e com a Constituição Federal de 1988, a qual assegura Direitos Fundamentais que possuem, também, caráter aberto não há como se pautar numa interpretação mecanicista pautada apenas na lei. Ainda, o fenômeno da judicialização da política se faz presente transferindo para o judiciário questões morais e política.

Fica evidente uma aproximação do sistema brasileiro com tradição romano germânico ao sistema da *common law*, inclusive com legislação que preceitua a vinculação aos precedentes, como por exemplo a lei 13.105/2015.

---

<sup>19</sup>SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Biblioteca de Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim. 1. ed., 2. reimpr. Curitiba: Juruá, 2013.p.15

<sup>20</sup>LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de: José Lamego. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009. p. 611.

<sup>21</sup>BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Op.cit. p. 208-209.

<sup>22</sup>Ibidem, p.59.

Esta Lei 13.105/2015 institui o novo Código de Processo Civil e possibilita a construção de um sistema de precedentes vinculantes no direito brasileiro ao indicar vários artigos que suscitam a obrigatoriedade de observância aos precedentes.

Para Luís Roberto Barroso, no Brasil, mesmo sendo país de direito romano-germânico, passa a existir uma tendência em valorização da jurisprudência por meio do avanço do Controle concentrado de constitucionalidade, a valorização da jurisprudência por meio das normas infraconstitucionais e a criação de um novo sistema de precedentes vinculantes no direito brasileiro mediante a Lei 13.105/2015 do novo Código de Processo Civil<sup>23</sup>.

O Código de Processo Civil de 2015 possui o objetivo de estabilizar a jurisprudência e imprimir efetividade ao processo, ao atribuir efeitos obrigatórios e gerais aos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, em recursos extraordinários e especiais repetitivos (art. CPC/2015, art. 988, caput e § 5<sup>o24</sup>), aos acórdãos produzidos pelos demais tribunais, em incidente de resolução de demandas repetitivas (CPC/2015, art. 928 e art. 976 a 978) e em incidente de assunção de competência (CPC/2015, art. 947). As decisões reiteradas em casos julgados em instâncias superiores devem ser observadas pelas demais instâncias, como precedente, sob pena de cassação do entendimento divergente através de reclamação<sup>25</sup>.

O artigo 489, §1º, VI, do Código de Processo Civil afirma a necessidade de seguimento dos precedentes motivo pelo qual é necessário que o dever de integridade prevaleça nas decisões judiciais.

Segundo Elpídio Donizetti, o parágrafo 1º e o inciso V e VI do artigo 489 do Código de Processo Civil afirmam a ideia de que não basta que o julgador invoque o precedente ou a súmula em seu julgado. “É necessário que ele identifique os fundamentos determinantes que o levaram a seguir o precedente. Ou seja, cabe ao magistrado, ao fundamentar sua decisão, explicitar os motivos pelos quais está aplicando a orientação

---

<sup>23</sup>MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. **Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro**. Disponível em: < > Acesso em: 04 de jul. 2019. p.7

<sup>24</sup>CPC/2015, art. 988, caput e §5º: “Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: (...)

§ 5º É inadmissível a reclamação

I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

<sup>25</sup>A reclamação é ação originária proposta diretamente perante a corte que teve o precedente desrespeitado. Tem escopo de preservar a competência dos tribunais e garantir o comando das suas decisões.

consolidada ao caso concreto. Podemos dizer que é aqui que se encontra o fundamento do *distinguishing*<sup>26</sup>.

Por outro viés, Lenio Luiz Streck afirma que o fato do artigo 927 do CPC elencar diversos provimentos que passaram a ser vinculantes, não pode trazer a indução de uma leitura errônea de imaginar que a súmula, o acórdão que julga o IRDR ou oriundo de recurso (especial ou extraordinário repetitivo) são equiparáveis à categoria do genuíno precedente do *common law*. O autor é categórico em dizer que “o que o CPC-2015 faz é criar provimentos judiciais vinculantes cuja função é reduzir a complexidade judicial para enfrentar o fenômeno brasileiro da litigiosidade repetitiva (...), ou seja, textos normativos redutores de complexidade para o enfrentamento das nossas lides repetitivas. Só isso. Nada de *common law* aí”<sup>27</sup>.

Diante da insegurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, bem como diante da necessidade da análise da construção de um sistema de precedentes, conforme já defendido no Código de Processo Civil, é que existe a proposta de aplicação e aproximação de uma doutrina do *stare decisis* e a adoção do princípio da integridade na prestação jurisdicional. Apenas assim, o Novo Código de Processo Civil poderá produzir “os efeitos almejados de garantir a segurança jurídica por meio da uniformização e estabilização das decisões judiciais”<sup>28</sup>.

Neste caso aplica-se o princípio da integridade defendido pelo autor Ronald Dworkin como sendo aquele em que reconhece no direito como integridade “as proposições jurídicas como verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”<sup>29</sup>.

## 5- Considerações finais

É inegável a insegurança jurídica na jurisdição constitucional brasileira que advém das diferentes decisões direcionadas a casos semelhantes e sem vinculação as decisões já tomadas anteriormente, ou seja, a seus precedentes.

---

<sup>26</sup>DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes no novo código de processo civil**. Disponível em: <<https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil>> Acesso em: 29 de Nov. 2017.

<sup>27</sup>STRECK, Lenio Luiz. O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Acesso em: 29 de Nov. 2017.

<sup>28</sup>BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.p.283

<sup>29</sup>DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007. p.272.

Tal problema pode ser resolvido com a construção de um sistema de precedentes com base na doutrina da *stare decisis* e adoção do direito como integridade apresentado por Ronald Dworkin. Tal solução é abalizada pela contexto histórico que demonstra a aproximação dos sistemas *common law* e *civil law*, bem como, pela própria legislação interna que reconhece a possibilidade de aplicação de precedentes mediante o Código de Processo Civil.

## 6- Referências

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law*. Curitiba, 2011. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná.

\_\_\_\_\_. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984

DAVID, René. Os grandes sistemas de direito contemporâneo. 3ªed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DESCHEEMAER, Erick. La question de la fusion de lo *common law* et de l'*equity* em droit anglais. À propôs de l' ouvrage *Equity* de Sarah Worthington. *Thémis*, 41, 2007,

p.365. Disponível em: <https://home.heinonline.org/HOL/page?collection=journals&handle=hein.journals/revjurns41&id=639>>. Acesso em: 05jul2019.

DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes no novo código de processo civil**. Disponível em: <<https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 29 de nov. 2017.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

GLISSEN, Jhon. *Introdução Histórica do Direito*. 5. Ed. Tradução de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de: José Lamego. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.

HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3ed. Campinas: Editora Russel, 2009.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Biblioteca de Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim. 1. ed., 2. reimpr. Curitiba: Juruá, 2013

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** — o sistema (sic) de precedentes no CPC. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Acesso em: 29 de Nov. 2017.

# A AUSÊNCIA DE EFETIVIDADE DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS: REPRESENTATIVIDADE FEMININA NOS ESPAÇOS DE PODER NO BRASIL

Daiana Alessi Nicoletti Alves<sup>1</sup>

Wanessa Assunção Ramos<sup>2</sup>

**Resumo:** Em que pese a Constituição Federal brasileira, promulgada em 1988, preveja o direito fundamental de igualdade entre homens e mulheres (art. 5º), percebe-se que não há uma completa efetividade deste direito básico, principalmente nos espaços de poder, públicos ou privados, onde ocorrem a tomada de decisões. Ressalta-se, na esfera pública, que na Assembleia Legislativa do Estado do Paraná encontra-se somente cinco mulheres entre os cinquenta e sete deputados estaduais da atual legislatura e na Câmara de Vereadores do município de Curitiba (capital do estado do Paraná) de trinta e oito vereadores da atual legislatura, somente oito são mulheres, sendo evidente a ausência de representatividade feminina. Desta forma, o objetivo deste trabalho é demonstrar a desigualdade de gênero nos espaços de poder, principalmente na política, que é um dos principais meios de tomada de decisões. Utilizar-se-á como metodologia uma pesquisa teórica, exploratória e qualitativa. Conclui-se que apesar de haver uma igualdade formal entre os sexos masculino e feminino, representada pelas previsões legais (constitucionais e infraconstitucionais) e ratificação de tratados internacionais acerca do tema, a igualdade material não está sendo respeitada, ou seja, na prática a legislação não consegue combater de forma efetiva a cultura patriarcal brasileira, havendo grave violação à direitos constitucionais.

**Palavras-chaves:** Representatividade; Mulher; Poder.

**Abstract:** The Brazilian Federal Constitution, enacted in 1988, provides for the fundamental right of women between men and women (article 5), it is perceived that there is not a single power of control of the right, especially in the areas of power, forensics or where decision-making takes place. It is noteworthy in the public school that makes the Legislative Assembly of Paraná and there are five women of fifty-seven state deputies of the current legislature and City Council of Curitiba. the current legislative legislators, are the eight women, being an obvious absence of female representation. In this way, work is shown as a gender difference in power spaces, especially in politics, which is one of the main means of decision making. Use as a historical, exploratory, and qualitative average. It concludes that, although there is a formal equality between the male and female sexes, represented by legal (constitutional and infraconstitutional) policies and ratification of their contributions on the subject, a material equality is not being respected, in other words, is capable of becoming effective a Brazilian patriarchal society, there being serious violation of constitutional rights.

**Keywords:** Representativeness; Woman; Power.

---

<sup>1</sup> Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Políticas Públicas da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). E-mail: daianaallessi@hotmail.com.

<sup>2</sup> Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Políticas Públicas da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). E-mail: wanessaaramos@gmail.com.

## INTRODUÇÃO

Mesmo com a redemocratização brasileira com a promulgação da Constituição Federal de 1988, as mulheres não atingiram a plenitude de seus direitos, notadamente os de ordem política, sendo que a liderança e representatividade feminina no sistema político atual é pouco ou quase nada expressiva. Como nos diz Ávila<sup>3</sup>:

“Entre o reconhecimento das mulheres como sujeitos da democratização do regime político no Brasil e a democratização da participação política nas esferas de poder, com a inclusão real das mulheres, há uma grande diferença”.

Existem inúmeras barreiras de cunho histórico e social a serem rompidas para que se possa estabelecer a paridade de gênero na política e espaços de poder.

A almejada e necessária igualdade material que resultará na efetiva emancipação política das mulheres, somente será possível com o rompimento entre público e privado, dualismo estabelecido pelo patriarcado e que privou a mulher de ocupar seu lugar na história, notadamente dentro do espaço público que é a política.

Porém, conforme o presente artigo demonstrará, a desigualdade de gênero na política institucional e espaços de tomada de decisão é notória e a previsão de igualdade constitucional, bem como, as ações afirmativas infraconstitucionais implementadas, não foram suficientes para aplacar a disparidade existente, devendo o Estado brasileiro adotar medidas efetivas e sucessivas para garantir a representatividade feminina como forma de concretizar a democracia paritária, haja vista que trata-se de um direito humano fundamental.

### 1. DESIGUALDADE DE GÊNERO

É sabido que no Brasil a desigualdade entre os gêneros feminino e masculino é um dos problemas sociais que mais demanda estudo e ações positivas por parte do Estado. Essa desconformidade, que, inclusive, desrespeita a Magna Carta, como se demonstrará, em grande parte é decorrente de um “complexo de macho”<sup>4</sup> que persiste na sociedade brasileira. Ainda, conforme ensinamentos de Bourdieu, essa dominação masculina ocorre, também, porque dispensa justificação:

“A força da ordem masculina se evidencia no fato de que ela dispensa justificação: a visão androcêntrica impõe-se como neutra e

---

<sup>3</sup> ÁVILA, Maria Betânia et al. (2001). Textos e imagens do feminismo: mulheres construindo a igualdade. Recife: SOS Corpo, 2001. p. 11

<sup>4</sup> SAFFIOTTI, Heleieth. A mulher na sociedade de classes: mito e realidade. Petrópolis: Vozes, 1979, p. 180.

não tem necessidade de se enunciar em discursos que visem legitimá-la”<sup>5</sup>.

Essa inferioridade feminina, decorrente de concepções históricas<sup>6</sup>, como seu natural dom para vida doméstica e cuidado de familiares<sup>7</sup>, possui reflexos nos mais diferentes âmbitos sociais, como por exemplo, no espaço político. Hobbes afirma que a mulher já entraria no espaço público submissa ao homem, isso porque é dependente da segurança que o homem fornece a ela e seu filho<sup>8</sup>.

Desta forma, a política se constrói como um espaço masculino, onde as mulheres e outros grupos sociais são marginalizados<sup>9</sup>. Na atualidade isso é inconcebível e nas palavras de Fábio Wanderley Reis,

“assim como não queremos a sociedade racista, tampouco queremos a sociedade que oprime minorias (ou majorias) étnicas, a sociedade machista, a discriminação religiosa - e aspiramos igualmente neutralizar tanto quanto possível os efeitos da desigualdade de oportunidades que decorre da estrutura de classes da sociedade capitalista”<sup>10</sup>.

A relação homem – público *versus* mulheres – privado faz com que as pessoas pertencentes ao gênero feminino percorram um caminho mais árduo para que possam ocupar posições de poder, seja na esfera pública (política), como nos espaços privados. Sua pouca representatividade nos lugares de tomada de decisão faz com que suas necessidades sejam avaliadas e decididas por um grupo social que não vai ser diretamente afetado pelo resultado desta decisão, estando num polo de desvantagem<sup>11</sup>.

## 2. IGUALDADES

Primeiramente, importante fazer uma diferenciação entre igualdade, diferença e desigualdade. A igualdade pode ser entendida sobre três vertentes<sup>12</sup>:

---

<sup>5</sup> BOURDIEU, Pierre. *A Dominação Masculina*, tradução Maria Helena Kuhner-. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999, p. 18.

<sup>6</sup> KRITSCH, Raquel. O GÊNERO DO PÚBLICO. In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. *Teoria política e feminismo: abordagens brasileiras*. Vinhedo: Editora Horizonte, 2012, p. 18.

<sup>7</sup> BIROLI, Flávia. O PÚBLICO E O PRIVADO. In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. *Feminismo e política: uma introdução*. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 32.

<sup>8</sup> MIGUEL, Luis Felipe. DESLEVO E INTERESSE NA TEORIA FEMINISTA. In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. *Teoria política e feminismo: abordagens brasileiras*. Vinhedo: Editora Horizonte, 2012, p. 105.

<sup>9</sup> BIROLI, Flávia. *Gênero e desigualdades: limites da democracia no Brasil*. Boitempo Editorial, 2018, p. 172-173.

<sup>10</sup> REIS, Fábio Wanderley. *Solidariedade, interesses e desenvolvimento político*. Cadernos DCP, v. 1, p. 5-58, 1974.

<sup>11</sup> BIROLI, Flávia. *Gênero e desigualdades: limites da democracia no Brasil*. Boitempo Editorial, 2018, p. 24/46.

<sup>12</sup> PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi. *DIÁLOGOS SOBRE O FEMININO: A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES NO BRASIL. À LUZ DO IMPACTO DO SISTEMA*



- i) Formal: Àquela cumprida pela posituação constitucional;
- ii) Material: Correlacionada ao conceito de justiça social e distributiva dentro do conceito socioeconômico; e
- iii) Material\Substantiva: Justiça a partir do reconhecimento de identidades, ou seja, onde se caracteriza a desigualdade entre os gêneros.

A diferença é inerente à diversidade humana, ou seja, homens e mulheres são constituídos biologicamente diferentes. Já a desigualdade está associada ao tratamento, ou seja, em que pese homens e mulheres sejam biologicamente diferentes, não precisa haver diferenciação de tratamento<sup>13</sup>.

### 3. PREVISÕES LEGAIS

Em 1790, Marquês de Condorcet já defendia o direito ao voto das mulheres<sup>14</sup>. No Brasil esse direito foi adquirido somente em 1932 através do decreto 21.076. Atualmente, a Magna Carta prevê em seu artigo 3º que “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”<sup>15</sup>. Ainda, no seu artigo 5º, a Constituição da República Federativa do Brasil assegura que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”<sup>16</sup>.

No artigo 18 da Declaração da Conferência Mundial dos Direitos Humanos de 1993, da Organização das Nações Unidas (ONU), se reconhece que os direitos humanos das pessoas do sexo feminino são inalienáveis e constituem parte dos direitos humanos universais<sup>17</sup>.

---

INTERAMERICANO. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da, *et al.* Constitucionalismo Feminista. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 171.

<sup>13</sup> BARROS, José d'Assunção. Igualdade, desigualdade e diferença: em torno de três noções. *Análise social*, n. 175, p. 345-366, 2005.

<sup>14</sup> BITTENCOURT, Ana. Mulheres na política: entraves e conquistas. *Democracia Viva*, v. 41, p. 84-89, 2009.

<sup>15</sup> BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 11 out. 2018.

<sup>16</sup> Idem.

<sup>17</sup> Declaração e Programa de Ação de Viena. Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>, acesso em 10 maio 2019.

O Brasil ratificou diversas Convenções Internacionais, como sobre a concessão de direitos políticos e civis às mulheres, sobre a eliminação de discriminação contra as mulheres<sup>18</sup> e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher de 1994, se comprometendo a adotar ações positivas para modificar ou abolir leis e práticas jurídicas consuetudinárias que respaldem essa construção social de pregação da inferioridade da mulher<sup>19</sup>.

Importante mencionar que no plano interno, notadamente visando fomentar a representatividade política feminina, o Brasil, implementou a Lei 12.034/2009 que impôs um percentual mínimo de 30% (trinta por cento) de candidaturas femininas, porém tal ação afirmativa não foi suficiente para garantir igualdade e estabelecer a democracia paritária.

Ainda, existem no ordenamento pátrio diversas leis infraconstitucionais que visam observar essa proteção à mulher, como a Lei 11.340/06, conhecida popularmente como Lei Maria da Penha, que trata da violência doméstica, entre diversas outras<sup>20</sup>.

Apesar da inegável importância dos avanços conquistados com a positivação destes direitos, muitos em face da luta constante do feminismo liberal<sup>21</sup>, passar-se-á a demonstrar sua falta de eficácia perante a igualdade material, cuja sugestão para alcançá-la é a utilização de uma política de autonomia<sup>22</sup>.

#### 4. DADOS

Em pesquisa realizada pelo DataSenado, considerando juntas as eleições de 2012 e de 2014 no Brasil, apenas 21% dos candidatos eram do sexo feminino, porcentagem que não é proporcional à população feminina brasileira (de 50,64%)<sup>23</sup>. Ademais, o Brasil ocupa a 131ª posição, de 189 países, em uma classificação realizada pela União Interparlamentar (IPU)

---

<sup>18</sup> BONATTO, Marina; KOZICKI, Katya. AUTONOMIA PRIVADA: ENTRE CORTES E LEGISLADORES. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da, et al. Constitucionalismo Feminista. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 72.

<sup>19</sup> CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER, “CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ”. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>, acesso em 10 maio 2019.

<sup>20</sup> BONATTO, Marina; KOZICKI, Katya. *Op. Cit.*, p. 71-72.

<sup>21</sup> KRITSCH, Raquel. O GÊNERO DO PÚBLICO. In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. Teoria política e feminismo: abordagens brasileiras. Vinhedo: Editora Horizonte, 2012, p. 19.

<sup>22</sup> GROSS, Elisabeth. “What is feminist theory?”. In: PATERMAN, Carole.; Gross, Elisabeth. (eds) *Feminist challenges: social and political theory*. Boston: Northeastern Press, p. 313-314.

<sup>23</sup> DataSenado. DataSenado aponta importância das cotas para as candidaturas femininas. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/publicacaodatasenado?id=equidade-de-genero-na-politica-2016>, acesso em 11 maio 2019.

com relação a ocupação feminina nos parlamentos nacionais<sup>24</sup> e situa-se na 84ª posição (de 144 países) no ranking de desigualdade entre homens e mulheres na política (Global Gender Gap Report), permanecendo atrás do Chile (39ª), Zimbábue (69ª) e Argentina (22ª)<sup>25</sup>.

Com relação ao âmbito privado, no ano de 2016, menos de 40% dos cargos de gerência eram ocupados por mulheres, conforme aponta pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE<sup>26</sup>.

Esses dados, que demonstram a dificuldade de se obter uma participação ativa das mulheres nos espaços de tomada de decisão, demonstram que a democracia não está sendo plenamente exercida e que isso impede a criação mais facilitada de leis e políticas públicas voltadas para esse grupo social<sup>27</sup>.

## CONCLUSÕES

Como corolário dos direitos humanos, a igualdade de gênero é o 5º objetivo do projeto de desenvolvimento sustentável (ODS) desenvolvido pela ONU Mulheres Brasil<sup>28</sup> que visa garantir a participação efetiva e igualitária de lideranças femininas em todos os níveis de tomada de decisões na vida política, econômica e pública, e, embora a igualdade seja prevista constitucionalmente, tal normatização é legalmente, no sentido formal, sendo que ainda nos falta a realização material de tão importante direito fundamental.

Imperioso o combate das dificuldades de uma mulher ante o sistema patriarcal vigente, para exercer sua representatividade política, e caso eleita, desenvolver com independência o mandato, de modo a propor mecanismos públicos efetivos para diminuição de forma considerável das desigualdades de gênero, haja vista o pluralismo jurídico estabelecido e a necessidade de garantia dos direitos humanos e consolidação da democracia paritária.

---

<sup>24</sup> Procuradoria Especial da Mulher. Mulheres na política. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/proc-publicacoes/cartilha-mulheres-na-politica>, acesso em 11 maio 2019.

<sup>25</sup> PAES, Fabiana Dal'mas Rocha. A participação política das mulheres e a desigualdade de gênero. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-jun-05/participacao-politica-mulheres-desigualdade-genero#author>, acesso 12 maio 2019.

<sup>26</sup> IBGE. Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil. Disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101551>, acesso 12 maio 2019.

<sup>27</sup> Observatório Brasil da igualdade de gênero. Mulheres em espaços de poder e decisão. Disponível em <http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/areas-tematicas/poder-e-decisao>, acesso 12 maio 2019.

<sup>28</sup> ONU Mulheres Brasil. Disponível em <http://www.onumulheres.org.br/areas-tematicas/lideranca-e-participacao>, acesso em 15 maio 2019.

Neste sentido, o Estado brasileiro muito tem a avançar em matéria de efetivação dos direitos constitucionais, notadamente quando se fala em inclusão da mulher em espaços institucionais de liderança. A luta em face da discriminação de gênero deve ser constante, e nas palavras de Rosa Weber<sup>29</sup>:

“Reafirmar o direito das mulheres à igualdade de tratamento e de acesso aos espaços decisórios públicos, como forma de luta contra a discriminação de gênero, não se trata de projeto realizado, e sim de projeto em construção”

Conclui-se que a diferenciação entre homens e mulheres é uma construção social, advinda de divisões sociais de papéis na sociedade e o empoderamento político pode e deve ser, cada vez mais, entendido como a abertura de espaço para a efetiva presença e participação feminina nos espaços de poder e tomada de decisões, posto que trata-se de um direito humano fundamental que deve ser preservado, pois sua conquista é uma batalha constante e necessária para a efetivação do Estado Democrático de Direito no Brasil.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Maria Betânia et al. (2001). Textos e imagens do feminismo: mulheres construindo a igualdade. Recife: SOS Corpo, 2001.

BARROS, José d'Assunção. Igualdade, desigualdade e diferença: em torno de três noções. *Análise social*, n. 175, p. 345-366, 2005.

BIROLI, Flávia. Gênero e desigualdades: limites da democracia no Brasil. Boitempo Editorial, 2018.

BIROLI, Flavia; MIGUEL, Luis Felipe. Feminismo e política: uma introdução. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2014.

BITTENCOURT, Ana. Mulheres na política: entraves e conquistas. *Democracia Viva*, v. 41, p. 84-89, 2009.

BONATTO, Marina; KOZICKI, Katya. AUTONOMIA PRIVADA: ENTRE CORTES E LEGISLADORES. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da, et al. *Constitucionalismo Feminista*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

BOURDIEU, Pierre. *A Dominação Masculina*, tradução Maria Helena Kuhner-. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 11 out. 2018.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER, “CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ”. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>, acesso em 10 maio 2019.

---

<sup>29</sup> WEBER, Rosa. Prefácio. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da, et al. *Constitucionalismo Feminista*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 19.

DataSenado. DataSenado aponta importância das cotas para as candidaturas femininas. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/publicacaodatasenado?id=equidade-de-genero-na-politica-2016>, acesso em 11 maio 2019.

Declaração e Programa de Ação de Viena. Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>, acesso em 10 maio 2019.

GROSS, Elizabeth. “What is feminist theory?”. In: PATERMAN, Carole.; Gross, Elisabeth. (eds) *Feminist challenges: social and political theory*. Boston: Northeastern Press.

IBGE. Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil. Disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101551>, acesso 12 maio 2019.

BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. *Teoria política e feminismo: abordagens brasileiras*. Vinhedo: Editora Horizonte, 2012.

Observatório Brasil da igualdade de gênero. Mulheres em espaços de poder e decisão. Disponível em <http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/areas-tematicas/poder-e-decisao>, acesso 12 maio 2019.

ONU Mulheres Brasil. Disponível em <http://www.onumulheres.org.br/areas-tematicas/lideranca-e-participacao>, acesso em 15 maio 2019.

PAES, Fabiana Dal'mas Rocha. A participação política das mulheres e a desigualdade de gênero. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-jun-05/participacao-politica-mulheres-desigualdade-genero#author>, acesso 12 maio 2019.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi. DIÁLOGOS SOBRE O FEMININO: A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES NO BRASIL. À LUZ DO IMPACTO DO SISTEMA INTERAMERICANO. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da, et al. *Constitucionalismo Feminista*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

Procuradoria Especial da Mulher. Mulheres na política. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/proc-publicacoes/cartilha-mulheres-na-politica>, acesso em 11 maio 2019.

REIS, Fábio Wanderley. Solidariedade, interesses e desenvolvimento político. *Cadernos DCP*, v. 1, p. 5-58, 1974.

SAFFIOTTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: mito e realidade*. Petrópolis: Vozes, 1979.

WEBER, Rosa. Prefácio. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da, et al. *Constitucionalismo Feminista*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 19.

# O CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE NOS ORDENAMENTOS LUSO E BRASILEIRO

Helena do Passo Neves<sup>1</sup>

Ana Cristina Augusto Pinheiro<sup>2</sup>

**RESUMO:** O objeto do estudo é o controle concreto de constitucionalidade de legislação, tal como previsto e aplicado nos ordenamentos luso e brasileiro. Os fundamentos teóricos apoiam-se na premissa de que os tempos presentes se caracterizam pela constitucionalização do direito, o que resulta em importantes consequências para o conceito de controle de constitucionalidade das leis. Não obstante esse pressuposto, diferentes países adotam diferentes estratégias para levar a bom termo esse propósito. Decorre daí a relevância de desenvolver estudos sistemáticos, na perspectiva do direito comparado. Com o mencionado intuito, a presente reflexão tem natureza descritiva, indutiva, comparativa, baseada no modelo crítico dialético; isto é da concepção de que a evolução do direito ocorre por meio de relações dinâmicas e de mútua interferência com a trajetória da sociedade e suas instituições. A investigação se orienta no sentido de preencher lacunas na produção científica (de diferentes áreas) alusiva ao tema em perspectiva do direito comparado. Em largos traços, postula-se que o controle de constitucionalidade das leis precisa garantir a plena efetividade das normas, segundo o critério da Carta Maior de cada país.

**PALAVRAS-CHAVE:** Controle Concreto Constitucionalidade. Portugal. Brasil.

**ABSTRACT:** the object of study is the concrete control of constitutionality of legislation, as provided for and applied in Portuguese and Brazilian systems. The theoretical foundations rely on the premise that the present times are characterized by the constitutionalisation, resulting in important consequences for the concept of control of constitutionality of the laws. Despite that assumption, different countries adopt different strategies to carry out that purpose. Hence the relevance of developing systematic studies, in the perspective of comparative law. With the mentioned thinking, this reflection has descriptive and inductive nature, based on comparative critical dialectic model; above the view that the evolution of law occurs by means of dynamic relations and of mutual interference with the trajectory of society and its institutions. The research is oriented towards filling gaps in scientific production (from different areas) the prospective theme allusive comparative law. In broad strokes, it is postulated that the effort of the control of constitutionality of laws need to ensure the full protection of citizens rights

**Keywords:** Concrete control Constitutionality. Portugal. Brazil

## Introdução

---

<sup>1</sup> Advogada, especialista em Direito Civil e Processo Civil, Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Doutoranda da Universidade do Minho, Investigadora colaboradora do Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos (DH-CII) da Universidade do Minho. E-mail: helenapneves@hotmail.com

<sup>2</sup> Advogada, professora da Universidade Estácio de Sá, Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá e Especialista em Direito Civil e Processo Civil. Doutoranda da Universidade do Minho E-mail: krispinheiro@uol.com.br.

O presente trabalho tem por objetivo analisar a dinâmica do controle concreto de constitucionalidade nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro.

De pronto, cumpre sublinhar o consenso a respeito da superioridade da Constituição, na hierarquia do arcabouço jurídico e, nessa vertente a observância das normas constitucionais, ao mesmo tempo em que se estabelecem limites ao poder político, num sistema de freios e contrapesos e isonomia entre os poderes da República.

Não obstante essa unanimidade, verifica-se, na doutrina e jurisprudência lusa e brasileira, interessante de discussão com relação ao controle de constitucionalidade; no presente estudo, o limite se restringe aos procedimentos e efeitos da declaração de inconstitucionalidade com base no controle concreto. Como cediço, esse tipo de controle é impulsionado, quando, num processo, se coloca a questão da inconstitucionalidade de determinada norma, quanto à pertinência com a causa; ou seja, se a norma deve ou não ser aplicada no processo.

O modelo de fiscalização da constitucionalidade nos ordenamentos jurídicos dos países mencionados caracteriza-se por complexidade, eis que cada qual sofre influências distintas, como se demonstrará; ou seja, do sistema kelseniano austríaco e da *judicial review* do direito norte-americano.

Em abordagem inicial, sublinha-se que o controle de constitucionalidade austríaco está calcado na verificação da compatibilidade entre a lei e a Constituição, função atribuída exclusivamente a uma Corte Constitucional.

Por outro lado, no sistema norte-americano de *judicial review*, examina-se a compatibilidade da lei com a Constituição, diante de um caso concreto, revelando-se como questão incidental ao julgamento da causa.

Diante do exposto, no presente estudo, procura-se alcançar os seguintes objetivos: a) contextualizar a origem e evolução do conceito de controle concentrado de constitucionalidade das leis; b) descrever e comparar conceitos, procedimentos e competências para exercício do controle de constitucionalidade nos sistemas jurídicos de Portugal e Brasil.

Para alcançar esses propósitos, tomaram-se como fontes de consulta a legislação constitucional de ambos os países, bem como alguns posicionamentos doutrinários.

Ao final, apresentam-se algumas conclusões, cujo vértice aponta para a comparação entre os sistemas no que se relaciona com o controle concreto da constitucionalidade das leis no Brasil e em Portugal.

## 1. A TRAJETÓRIA DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM PORTUGAL

O ponto de partida para o controle concreto da constitucionalidade em Portugal foi a Constituição de 1911 (artigo 63º<sup>3</sup>) a primeira Carta Magna europeia a consagrar expressamente esse tipo de controle das leis.

No sistema português, o poder judiciário, singular ou colegiado, atua como guardião da Constituição de modo incidental; porém, ao Tribunal Constitucional compete a palavra final sobre as questões constitucionais, nos termos do procedimento regulamentado pelo artigo 280º da Constituição e artigos 69º a 85º da Lei nº 28/82, de 15 de novembro (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional)<sup>4</sup>. Com esses fundamentos legais, ocorre a repartição de competências e o sistema de controle é considerado por alguns autores, como *difuso na base e concentrado no topo*.

O objeto do recurso de constitucionalidade – instrumento equivalente ao Recurso Extraordinário brasileiro, mas que possui diferenças – é sempre uma norma ou ato normativo, independentemente de sua natureza, forma e hierarquia<sup>5</sup>. Não está limitado aos atos normativos primários (leis ou atos equiparáveis), estendendo-se a todos os atos jurídico-normativos em vigor no ordenamento jurídico português, o que inclui os atos normativos secundários e terciários (por exemplo, regulamentos e despachos normativos); são ainda normas, para tal efeito, as regras contidas em determinações adotadas por tribunal arbitral, para regular os termos do respectivo processo (Ac. 150/86).<sup>6</sup>

A fiscalização concreta da constitucionalidade ocorre no decurso de um processo; logo, é incidental.<sup>7</sup> Pode ser invocada em qualquer fase do processo e em qualquer instância judicial, tanto em primeira instância, quanto em recurso. Casos de alegação de inconstitucionalidade de qualquer norma, poderá ser arguida desde a contestação.<sup>8</sup> Os legitimados para interpor o recurso de constitucionalidade são as partes e o Ministério Público. Em relação à natureza instrumental do recurso, necessária se faz a existência

---

<sup>3</sup> MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 49

<sup>4</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Volume II, 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 521

<sup>5</sup> FONSECA, Guilherme Frederico Dias Pereira da; DOMINGOS, Inês. **Breviário de direito processual constitucional: recurso de constitucionalidade: jurisprudência, doutrina, formulário**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 26

<sup>6</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7.ª ed. (4.ª reimpressão), Coimbra, Almedina, p. 932

<sup>7</sup> MORAIS, Carlos Blanco de, **Justiça Constitucional, Tomo I (Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade)**, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 603

<sup>8</sup> MOREIRA, Vital, **A «fiscalização concreta» no quadro do sistema misto de justiça constitucional**, in Boletim da Faculdade de Direito, Volume Comemorativo do 75.º Tomo, Coimbra, 2003, p. 831.



do interesse processual<sup>9</sup>, ou seja, a pronúncia do Tribunal Constitucional deve “se projetar, com um mínimo de utilidade, sobre o caso de que emergiu o recurso”. Depreende-se do exposto que a questão de inconstitucionalidade deve ser relevante para a decisão do feito submetido a julgamento.<sup>10</sup>

Os efeitos das decisões do Tribunal Constitucional em controle concreto de constitucionalidade são limitados ao caso concreto; portanto, possui eficácia *inter partes*, estando seus efeitos limitados à desaplicação da norma inconstitucional ao caso concreto, ou em eventual não reconhecimento da inconstitucionalidade, a norma não pode deixar de ser aplicada no processo<sup>11</sup>. Nesse passo, os tribunais comuns não estão restritos ao sentido de decisões anteriormente proferidas pelo Tribunal Constitucional em sede de fiscalização concreta.<sup>12</sup>

Quando declara por três vezes a inconstitucionalidade da norma, o Tribunal pode desencadear processo de fiscalização abstrata, objetivando declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade com força obrigatória e geral, conforme artigo 82 da Lei do Tribunal Constitucional e 281º da Constituição portuguesa.

O sistema de controle híbrido português tem sido alvo de inúmeras críticas; o contencioso constitucional português tem-se caracterizado pela tensão vivida entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio, o que acarreta evidente celeuma.

Para melhora do contencioso constitucional, sugere-se a inclusão da figura do *amicus curiae*, consagrado em outros ordenamentos jurídicos, como o brasileiro. Trata-se de um terceiro, representativo de interesses conexos com os do recorrente, ou recorrido, o qual domina conhecimentos e experiência que permitem subsidiar a análise da questão de constitucionalidade, apresentando parecer sobre a questão sob *judice*<sup>13</sup>.

## 2. CONTROLE CONCRETO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O controle difuso encontra suas origens no famoso caso *Marbury vs. Madison*, julgado pelo juiz americano John Marshall em 1803, na Suprema Corte dos EUA. Na

---

<sup>9</sup> CALVETE, Victor. *“Interesse e relevância da questão de constitucionalidade, instrumentalidade e utilidade do recurso de constitucionalidade - quatro faces de uma mesma moeda.”* Separata de: Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra: Coimbra, 2003: p.407

<sup>10</sup> MIRANDA, Jorge, **Manual de Direito Constitucional, Tomo VI (Inconstitucionalidade e garantia da Constituição)**, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 244-245

<sup>11</sup> CANOTILHO/ MOREIRA, Op. Cit., p. 941

<sup>12</sup> MORAIS, Op. Cit., p. 597

<sup>13</sup> MENDES, Armindo Ribeiro, Reforma do processo constitucional. In: RAMOS, Elival da Silva e BLANCO DE MORAIS, Carlos, op. cit., p. 278-279

oportunidade, entendeu-se que, havendo conflito entre norma da Constituição e lei infraconstitucional, deve prevalecer a primeira, por ser hierarquicamente superior. Esse tipo de controle, diferentemente do adotado pelo modelo austríaco, é fruto de uma construção jurisprudencial no âmbito do sistema americano. A competência para o controle de constitucionalidade ficaria difundida entre os vários órgãos jurisdicionais do país e não concentrado num órgão de cúpula.<sup>14</sup>

O controle de constitucionalidade difuso foi introduzido no Brasil pelo trabalho de Rui Barbosa, através da Constituição de 1891, com fundamentos no modelo norte-americano, que reconhece a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das justiças dos Estados, quando questionados tratados ou leis federais, ou quando se contestar a validade de leis, ou de atos dos governos locais, em face da Constituição, ou de leis federais, em última instância.<sup>15</sup>

A Constituição de 1934 operou como verdadeiro marco na progressão do país em direção a um controle direto de constitucionalidade, consagrando a cláusula de reserva de plenário (necessidade de maioria absoluta dos membros para declarar a inconstitucionalidade) e intervenção do Senado Federal, no procedimento de ampliação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, institutos preservados na vigente Constituição<sup>16</sup>.

O controle de constitucionalidade concreto no Brasil geralmente opera pela via difusa, pois, desde a Constituição Federal de 1891, admite-se a possibilidade de qualquer juiz ou tribunal declarar, de modo incidental, a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos aplicáveis ao caso *sub judice*. Quando o Poder Judiciário aprecia uma controvérsia constitucional suscitada diante de um caso concreto a ele submetido, em sede de ações diversas (mandado de segurança, habeas corpus, habeas data, ação civil pública, ação popular etc.)<sup>17</sup>, verifica-se o controle difuso, concreto, incidental<sup>18</sup>

Na modalidade de controle difuso, a iniciativa cabe a qualquer interessado e a competência a qualquer juízo. A legitimidade para iniciar o controle de constitucionalidade concreto pertence: às partes do processo, aos eventuais terceiros admitidos como intervenientes no processo (assistente ou do oponente) e ao representante do Ministério Público que officie no feito, seja como parte, ou como fiscal da lei (*custos legis*). O juiz ou tribunal, de ofício, independentemente de provocação, poderá declarar a

---

<sup>14</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 325-328

<sup>15</sup> CRUZ, Op. Cit. p. 342

<sup>16</sup> Ronaldo Poletti, **Constituições brasileiras: 1934**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 13-55

<sup>17</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 589

<sup>18</sup> Ivo Dantas, **Novo Processo Constitucional Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 177 e ss

inconstitucionalidade da lei, afastando sua aplicação ao caso concreto, já que esses têm por poder-dever a defesa da Constituição.<sup>19</sup>

A inconstitucionalidade precisa estar relacionada à questão da qual depende o julgamento do caso e os efeitos só se operam “inter partes”, de modo que a lei ou ato permanecem válidos e obrigatórios em relação a terceiros.<sup>20</sup> Para além dessas características, a questão de constitucionalidade deve ser *relevante*; ou seja, precisa deter fundamento inarredável da decisão recorrida, constituindo verdadeira *ratio decidendi*.

Casos que tramitem em tribunais inferiores poderão chegar ao Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário (artigos 1029 a 1035 do Código de Processo Civil), quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, ou julgar a validade de lei, ou ato de governo local em relação a lei federal. (artigo 102, III, da Constituição Federal) e serve como instrumento de uniformização da jurisprudência acerca da interpretação das normas constitucionais<sup>21</sup>.

Para que seja admitido o recurso, um dos requisitos é a existência de prequestionamento, segundo o qual a questão constitucional deve ter sido analisada na instância inferior.

No caso da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamento de Recurso Extraordinário por maioria absoluta de seus membros, após o trânsito em julgado da decisão, deve oficiar ao Senado Federal, para que suspenda a execução da lei, ou ato normativo declarado inconstitucional, por decisão definitiva, conforme previsão do art. 52, inciso X, da Constituição Federal.<sup>22</sup>

O grande desafio do STF é operar no terreno da razoabilidade, evitando tomar para si a missão de criar normas absolutamente “novas” em matéria de direito. Trata-se de encargo espinhoso, que o Tribunal tem levado adiante, frente às questões socialmente relevantes e polêmicas, que dividem a opinião pública do país, tais como: “a relação

---

<sup>19</sup> BUZAID, Alfredo. **Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 65

<sup>20</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, **O Processo em sua unidade I**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 154

<sup>21</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da.. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 4.ed. Salvador: Jus Podium, 2007, pp. 260-261

<sup>22</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 29-31

homoafetiva e entidade familiar” (ADI 4.277-DF e ADPF 132-RJ), “o aborto de feto anencéfalo” (ADPF 54), entre muitos outros.

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O controle concreto de constitucionalidade que permite aos juízes exercerem o controle incidental da compatibilidade da norma com a Constituição é instrumento de suma importância, tanto no direito luso, como no brasileiro.

Em Portugal, o controle concentrado de constitucionalidade é exercido pelo Tribunal Constitucional, ao passo que, no Brasil, compete ao Supremo Tribunal Federal. Além disso, em ambos os ordenamentos jurídicos, existe o controle difuso, que pode ser procedido nos autos de qualquer ação, de competência dos diversos órgãos jurisdicionais.

No Brasil e em Portugal, o controle híbrido de constitucionalidade produz convergência ou aproximação entre o sistema concentrado e o sistema difuso, mas isto ocorre de forma diferente.

O controle concreto, difuso, incidental de constitucionalidade abrange a maior parte das atividades desenvolvidas pelo Tribunal Constitucional (tal como o Recurso Extraordinário, que asoberba o Supremo Tribunal Federal, cujo efeito é minimizado pela existência da repercussão geral.

Considerando o volume de trabalho do Tribunal Constitucional, seria de imensa valia a adoção de um instrumento que atribuísse ao Tribunal apenas a apreciação das grandes teses de direito e não de inúmeras questões repetitivas, ou de somenos importância, segundo o critério dos interesses da sociedade.

O controle misto de constitucionalidade tende à abstrativização das decisões no controle concreto, diante da repetição do julgamento da mesma questão, ocasionando custo desnecessário, além de asoberbar os tribunais com demandas idênticas, gerando insegurança jurídica e desvirtuando a necessária efetividade e agilidade da prestação jurisdicional. No Brasil, essas falhas têm sido contornadas por meio de reformas do judiciário e ajustes constitucionais e processuais.

Contudo, em Portugal, as propostas nesse sentido ainda enfrentam certa lentidão, como evidente no tratamento dos assentos (instituto semelhante à súmula vinculante do direito brasileiro), declarado inconstitucional, o que denota o afastamento da ideia de unificação e vinculação da jurisprudência.

Finalmente, o bom senso indica que não há modelo perfeito, em matéria de controle de constitucionalidade das leis, seja o modelo europeu-kelseniano (concentrado), o norte-

americano (difuso), ou o judicial híbrido, que une elementos dos dois anteriores. Por essa razão, estão sempre a reclamar mudanças, reformas e ajustes.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Luís Nunes de, O Tribunal Constitucional e o conteúdo, a vinculatividade e os efeitos das suas decisões, in **Portugal: O Sistema Político e Constitucional 1974-1987**, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1989.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BUZUID, Alfredo. **Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

CALVETE, Victor. **Interesse e relevância da questão de constitucionalidade, instrumentalidade e utilidade do recurso de constitucionalidade - quatro faces de uma mesma moeda**. Separata de: Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra: Coimbra, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7.<sup>a</sup> ed. (4.<sup>a</sup> reimpressão), Coimbra, Almedina.

\_\_\_\_\_; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Volume II, 4.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CORREIA, Fernando Alves, **Direito Constitucional (A Justiça Constitucional): Programas, Conteúdos e Métodos de Ensino de um Curso de Mestrado**, Almedina, Coimbra, 2001.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da, **A Jurisdição Constitucional em Portugal**, 3.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DANTAS, Ivo, **Direito Constitucional e Instituições Políticas**. Bauru: Javoli, 1986.

\_\_\_\_\_. **Novo Processo Constitucional Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 177 e ss

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da.. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 4.ed. Salvador: Jus Podium, 2007.

FONSECA, Guilherme Frederico Dias Pereira da; DOMINGOS, Inês. **Breviário de direito processual constitucional: recurso de constitucionalidade: jurisprudência, doutrina, formulário**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini, **O Processo em sua unidade I**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O controle de constitucionalidade e a reforma do Poder Judiciário: a necessidade de um novo Supremo Tribunal Federal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 50, fev 2008. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4554&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4554&revista_caderno=9)>. Acesso em 08/01/2018

MENDES, Armindo Ribeiro, Reforma do processo constitucional. In: RAMOS, Elival da Silva e MORAIS, Carlos Blanco de, **Justiça Constitucional, Tomo I (Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade)**, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo VI (Inconstitucionalidade e garantia da Constituição), 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

MORAIS, Carlos Blanco de, **Justiça Constitucional, Tomo I (Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade)**, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, Vital, **A «fiscalização concreta» no quadro do sistema misto de justiça constitucional**, in Boletim da Faculdade de Direito, Volume Comemorativo do 75.º Tomo, Coimbra, 2003.

MIRANDA, Jorge, **Manual de Direito Constitucional, Tomo VI (Inconstitucionalidade e garantia da Constituição)**, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

\_\_\_\_\_, **Sobre a composição do Tribunal Constitucional português**. In: RAMOS, Elival da Silva e MORAIS, Carlos Blanco (Coords.). **Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil**. Coimbra: Almedina, 2012.

\_\_\_\_\_/MEDEIROS, Rui, **Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III (Organização do poder político; Garantia e revisão da Constituição; Disposições finais e transitórias)**, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

Ronaldo Poletti, **Constituições brasileiras: 1934**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, **Controle da constitucionalidade no Brasil e em Portugal**. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 28, p. 18-34, abr. 1974.

## JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA: UMA POSSIBILIDADE?

Érica Guerra da Silva<sup>1</sup>

Jorge Baptista Canavez Júnior<sup>2</sup>

**Resumo:** O estudo tem por objetivo demonstrar que a jurisdição constitucional é um elemento importante para efetividade de direitos fundamentais, mas o Estado Democrático de Direito deve servir de paradigma. O Estado Democrático de Direito se preocupa não só com os bens materiais que a liberdade de iniciativa almeja, mas também com valores considerados essenciais à existência digna. O crescimento da democracia pelo mundo e a *crise da representação política*, com o cumprimento de ritos eleitorais simplesmente para sacramentar o acesso aos cargos de representação política, *tem agigantado o número de demandas a cargo da jurisdição constitucional*. A questão da ofensa à divisão de poderes do Estado, em que há uma ampliação das funções da justiça substituindo as competências legisladoras já foi analisada pelo guardião da Constituição. *No ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, já esclareceu que não há ofensa ao princípio da separação dos poderes o Poder Judiciário agir para corrigir o comportamento irrazoável dos demais Poderes do Estado. Neste diapasão, o estudo trata das discussões dos limites da atuação do Judiciário e examinando teorias legitimadoras da jurisdição constitucional. Ao final, são apresentadas as justificativas para atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais como absoluta exceção à estrutura do Estado Democrático de Direito.*

**Palavras-chaves:** *Jurisdição constitucional; crise democrática; atuação judicial.*

**Abstract:** This essay wants to demonstrate how the judicial review is an important element to the effectiveness of the basic rights, but the Democratic State under the Rule of Law should serve as a paradigm. The Democratic State under the Rule of Law worries not only with the materials goods, which the free initiative craves, but also with the essential values to a dignified existence. The democracy's increase around the world and the crisis of political representative, with the election rules used just to confirm the accesses to the political offices, have been increasing the numbers of lawsuits to a judicial review. Brazilian Constitution guardian analyzed the offense to the division of power, in which the judicial functions are expanded, in substitution of the legislatives competences. In Brazilian legal order, the Supremo Tribunal Federal, has cleared that there is no offense to the principle of the division of powers, when judiciary acts to correct the unreasonable behavior of the others State's powers. In the same way, the essay treats the discussions of the limits of Judiciary rules and analyzes the theories, which limited the Judiciary acts and checks the theories, which legitimates the judicial review. By the end, this paper will present the justifies to the performance of the Judiciary Power on effectiveness of the basics rights as an exception of the structure of the Democratic State under the Rule of Law.

**Key words:** *Judicial review; democratic crisis; judicial acts.*

---

<sup>1</sup> Pós-doutoranda em Direito pela PUC-MG. Professora Adjunta e Coordenadora do Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ-ITR). Autora de Livros e artigos jurídicos. Email: ericaguerra1803@gmail.com

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Email: canavezjr@uol.com.br

## Introdução

O presente trabalho tem como objetivo principal realizar uma análise da jurisdição constitucional na estruturação do Estado Democrático de Direito, tendo por base a incorporação ao sistema constitucional dos direitos fundamentais.

A essência do Estado Contemporâneo está conformada na lei fundamental, legitimamente fundada na vontade soberana do povo, contendo as metas e diretrizes norteadoras da efetivação dos direitos fundamentais, cabendo tal desiderato as funções exercidas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Com a introdução na Constituição da República de 1988 de normas com expressivo cunho ideológico social, ético e programático, o Estado passou a ser responsável pela concretização dos direitos dos cidadãos mediante prestações positivas a serem encaminhadas através das políticas públicas. Este fato gerou uma expansão da autoridade judicial que passou a tratar da implementação das políticas públicas.

A problemática da divisão de poderes do Estado, em que há uma ampliação das funções da justiça substituindo as competências legisladoras. Tal substituição do Estado de Direito pelo Estado dos Juízes é própria do Estado liberal de direito<sup>3</sup>, que se transforma no Estado intervencionista e do bem-estar social. “(...) a crítica à jurisdição constitucional é conduzida quase sempre em relação à distribuição de competências entre legislador democrático e justiça; e, nesta medida, ela é sempre uma disputa pelo princípio da divisão dos poderes.”<sup>4</sup>

A pesquisa realizada foi dividida em dois itens, sendo que no primeiro estuda-se a crise representatividade que se estabeleceu e atuação do Judiciário.

No segundo item, o estudo é voltado para os fundamentos teóricos da jurisdição constitucional, sendo examinadas teorias legitimadoras da jurisdição constitucional.

Por fim, com relação à sistemática da investigação, foi sugerido o estudo sobre a possibilidade do agir de forma legítima da jurisdição constitucional, tendo como fontes previstas para o alcance dos objetivos: a Constituição Federal; jurisprudência e a doutrina.

---

<sup>3</sup> Habermas expõe sobre o papel do Estado na visão liberal, no processo democrático: “(...) o processo democrático desempenha a tarefa de programar o Estado no interesse da sociedade, sendo que o Estado é apresentado como aparelho da administração pública, e a sociedade como sistema de seu trabalho social e do intercâmbio das pessoas privadas, estruturado conforme a economia de mercado. E, nisso tudo, a política (no sentido da formação política da vontade dos cidadãos) tem a função de enfeixar e impor interesses sociais privados contra um aparelho do Estado que se especializa no uso administrativo do poder.” (HABERMAS, Junger. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, volume I. 2 ed. revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa, tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 332)

<sup>4</sup>*Ibidem*, p. 298.



## 1. Jurisdição constitucional e a crise de representatividade.

A noção do que vem a ser jurisdição constitucional está relacionada à ideia moderna de supremacia da constituição. Como norma definidora dos limites e competências em um Estado democrático, a Constituição ocupa o topo da hierarquia legislativa do Estado.

O conceito de defesa da Constituição foi delineado, inicialmente, nos chamados artigos federalistas<sup>5</sup> em que James Madison, Alexander Hamilton e John Jay defendiam o fim da confederação americana e a adoção do um Estado Federal e de uma Constituição. Especificamente no artigo nº 78, Hamilton defendeu que o Judiciário deveria evitar que os abusos do Poder Legislativo, ao editar uma lei contrária à Constituição pudessem ser válidos. O Judiciário pela natureza de suas funções será sempre o menos perigoso para os direitos políticos da Constituição.

A origem da Constituição (democrática) remonta à própria ideia de governo do povo, na medida em que os representantes eleitos para a Assembleia Nacional Constituinte serão os responsáveis pela criação do texto constitucional e pela interpretação da vontade popular.

Mas, apenas a ideia de supremacia da Constituição não é suficiente para justificar a existência da jurisdição constitucional, embora seja um elemento importante na confecção do desenho institucional próprio do Poder Judiciário no Estado democrático moderno.

A jurisdição constitucional decorre, segundo autores como Hirschl<sup>6</sup>, de uma revolução constitucional que ampliou os direitos fundamentais, incluindo neste contexto, os chamados direitos sociais. Ao analisar o que chamou de quatro revoluções constitucionais em Estados como Canadá, Israel, Nova Zelândia e África do Sul, o autor identificou o crescimento do controle judicial da constitucionalidade das leis, com a adoção de um conjunto de direitos e garantias próprios de um *Bill of Rights*.

Com o novo conjunto de leis, aliado a uma ineficiência dos demais poderes na realização das políticas públicas ou até mesmo da superveniência de leis que afetem de

---

<sup>5</sup> MADISON, James. HAMILTON, Alexander. JAY, John. **Os artigos federalistas, 1787-1788** tradução Maria Luíza X. de A. Borges, Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira. 1993, p.96. Ainda segundo Hamilton “o Judiciário (...) não tem nenhuma influência nem sobre a espada nem sobre a bolsa; nenhum controle nem sobre a força nem sobre a riqueza da sociedade, e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Pode-se dizer que não tem, estritamente, força nem vontade, mas tão-somente julgamento, estando em última instância na dependência do auxílio do braço executivo até para a eficácia de seus julgamentos.”

<sup>6</sup> HIRSCHL Ran. **Towards Juristocracy**, Harvard University press 2004; segundo o autor “In sum, the adoption of constitutional catalogues of rights in Canada, New Zealand, Israel and South Africa ushered in a new constitutional era in these countries. In each case, the constitutionalization of rights and the fortification of judicial review marked a shift from traditional principles of parliamentary sovereignty toward a new regime of constitutional supremacy and active judicial review.”

alguma maneira estes direitos, o Judiciário passou a ser o *locus* próprio de garantia e guarda dos direitos estabelecidos na Constituição.

Por outro lado, não podem ser desconsiderados os riscos de uma tendência a um ativismo de parte de um Poder Judiciário que apontado como garantidor desses mesmos direitos, vê-se tentado a ampliar o seu espaço de atuação, em nome do valor maior de proteção à dignidade da pessoa.<sup>7</sup>

A adoção de um sistema de controle de constitucionalidade não se deu de forma simples, ou desprovida de críticas por parte da comunidade jurídica. A ideia de um Judiciário fortalecido e guardião da Constituição e de seus princípios e normas acabou por criar uma séria divergência doutrinária acerca da compatibilidade desta função judicial com os princípios democráticos.

Para alguns, a ideia de um Judiciário controlando os atos oriundos do Poder Legislativo violaria o Estado democrático, na medida em que o Legislativo é composto por membros eleitos pelo próprio povo, isto é, em uma democracia representativa, a vontade do povo se exerce por meio de seus representantes eleitos. Os integrantes do Judiciário, por seu turno, não são, na maioria dos países democráticos ocidentais, eleitos pelo voto popular, não representando, desta forma, a vontade do povo.

Para outros, contudo, a ideia de um poder judicial apto a controlar os atos dos demais poderes se coaduna com o Estado democrático, uma vez que a Constituição, por ser tratar de lei máxima a disciplinar as ações do Estado, está acima dos poderes constituídos. Em um Estado democrático vive-se sob a égide da lei, sob o princípio da estrita legalidade.

Para os defensores desta corrente de pensamento, o Judiciário, ao garantir a guarda e proteção da Constituição, está, na verdade, garantindo que a vontade soberana do povo, que criou a Constituição, seja respeitada e que os direitos ali elencados estejam protegidos dos ataques das maiorias e de seus interesses privados.

O estudo, neste momento, passará a analisar estas teorias acerca da compatibilidade do estado democrático com o instituto da revisão judicial.

## 2. Jurisdição Constitucional e legitimidade democrática: uma possibilidade?

---

<sup>7</sup> Críticas são feitas ao ativismo judicial: O ativismo judicial se insere no Brasil dentro de um mundo da vida em que os juízes, de uma forma geral, não se sentem servidores públicos, e sim, entes transcendentalmente superiores. (...) O ativismo judicial desmedido por noções vazias como “razoabilidade” e “proporcionalidade” pode ser um bálsamo, como pretendem seus adeptos, mas também pode ser um veneno para nossa democracia ainda incipiente. Sem pretensão de estabelecer “verdades”, no mínimo, acreditamos firmemente que a denúncia de Habermas serve de base para reflexão do modo de operação do direito e do constitucionalismo nacionais. (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 251).

O enquadramento da democracia com um sistema de jurisdição constitucional, conforme visto, encerra um dilema entre doutrinadores. Para Hart<sup>8</sup> a disputa entre as correntes favoráveis ou não à intervenção judicial se concentra nos conceitos de interpretacionismo e não interpretacionismo. Para aquela teoria, os tribunais devem se ater aos princípios implícita ou explicitamente consagrados pela Constituição; já para esta corrente, os juízes devem ir além do que fora indicado claramente na Constituição.

A luta entre estas correntes desemboca no velho dilema do controle judicial de constitucionalidade: um órgão que não foi eleito, ou que não é dotado de nenhum grau significativo de responsabilidade política, diz aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejam.

A dicotomia entre interpretacionismo e não-interpretacionismo não responde de forma satisfatória a questão da compatibilidade da jurisdição constitucional com o ideal democrático.

Para André Ramos Tavares<sup>9</sup>, há um paradoxo na análise da jurisdição constitucional, uma vez que há uma ampla aceitação de sua existência, aliada a uma forte divergência quanto à legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Além deste paradoxo, salienta que mesmo diante de uma justificação democrática do Tribunal Constitucional, esta seria, ainda, insuficiente para convencer muitos doutrinadores.

Para Sérgio Fernando Moro<sup>10</sup>, há cinco teorias legitimadoras da jurisdição constitucional, a saber: a opção não democrática; a constituição democrática; o argumento institucional; a teoria procedimental e a abordagem funcional, teorias que serão a seguir examinadas.

Para Teoria da opção não democrática “a jurisdição constitucional pode ser uma opção política não necessariamente democrática”<sup>11</sup>. Neste posicionamento a incompatibilidade entre democracia e jurisdição constitucional é reconhecida como certa, uma vez que a jurisdição constitucional estaria fundamentada por outros objetivos políticos. Há, nesta teoria, uma divergência entre os liberais e os republicanos. Para os republicanos, há a defesa do autogoverno. Já para os liberais, a Constituição é o documento político

---

<sup>8</sup> ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade.** Tradução Juliana Lemos. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2010, p.35.

<sup>9</sup> TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional.** São Paulo. Saraiva. 2005, p. 88.

<sup>10</sup> MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia.** São Paulo Revista dos Tribunais, 2004, p. 121-157.

<sup>11</sup> *Idem.*

responsável pela salvaguarda dos direitos ali elencados<sup>12</sup>. O argumento de justificação da jurisdição constitucional revela uma preocupação com a proteção destes direitos e não com o argumento democrático<sup>13</sup>. O caráter não democrático nesta primeira corrente pode, segundo Moro, ser verificado nas chamadas cláusulas *pétreas* em que há os chamados limites materiais ao poder de reforma da Constituição<sup>14</sup>. A crítica feita pelo autor repousa no fato de que fundar a jurisdição constitucional ou a própria Constituição fora do ideal democrático seria um equívoco.

A Teoria da Constituição democrática salienta que a Constituição, como lei fundamental, é superior a qualquer lei ordinário ou estatuto e é produto da vontade popular, manifestada por meio da Assembleia Constituinte. Desta forma, sendo considerada lei fundamental, a ação dos juízes no sentido de invalidar normas contrárias à Constituição está fundamentalmente relacionada ao princípio democrático, na medida em que a Constituição é produto de escolhas do povo<sup>15</sup>.

Há uma questão dentro desta teoria que merece destaque. O argumento de que a lei fundamental deve ser objeto de defesa do Judiciário, não resolve o dilema acerca de quem deverá ser o intérprete da Constituição. Os defensores da interpretação judicial alegam que deixar a interpretação da vontade do povo com o Legislativo seria prejudicial uma vez que este poder seria, em última análise, o juiz de seus próprios limites.

Por outro lado, Moro<sup>16</sup>, argumenta que, deixar o Judiciário também com o poder de interpretar a Constituição levaria ao mesmo resultado, uma vez que o Judiciário também seria o responsável por estabelecer seus próprios limites. Neste sentido critica o autor a ideia de que “conferir à Constituição o caráter democrático não significa qualificar automaticamente a jurisdição constitucional como opção democrática”.

A defesa do juiz como interprete da Constituição é feita, também, com a justificativa de que certas características do processo judicial, como a necessidade de fundamentação das

---

<sup>12</sup> “O liberalismo possui como, técnica de proteção das liberdades fundamentais, um texto normativo com pelo menos dois requisitos: a separação de poderes e uma lista de direitos individuais que conformam a cidadania. Essa norma primeira recebe o nome de Constituição”. (MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro, Elsevier. 2008, p. 02)

<sup>13</sup> Em que o autor, ao se referir à primeira corrente aduz que “nessa concepção, o objetivo da Constituição é especificamente proteger direitos contra decisões da maioria política, motivo pelo qual se torna necessário atribuir a sua guarda a instituição independente da maioria política”. (MORO *Op. cit.*, p. 125)

<sup>14</sup> Para o autor, alterações dessas normas são viáveis, mas não dentro da ordem constitucional vigente, e sim por meio de ruptura institucional. (*Ibidem*, p. 126)

<sup>15</sup> O autor assevera: “Sendo a Constituição produto do governo do povo e não sendo possível atribuir à legislação ordinária a mesma condição, torna-se possível justificar a jurisdição constitucional pela necessidade de atribuir a uma instituição independente da maioria política a guarda da Constituição.” (*Ibidem*, p. 130)

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 131.

decisões e as garantias dos juízes quanto à inamovibilidade e vitaliciedade, seriam formas de se garantir uma postura mais prática e racional do magistrado na interpretação das leis.

No tocante às funções dos magistrados, o que importa, para Moro<sup>17</sup>, não é discutir se o juiz teria ou não mais condições de interpretar a Constituição, mas sim de verificar as vantagens institucionais que recomendariam a guarda da Constituição ao Judiciário.

Na Teoria do argumento institucional, tem-se a defesa de que o Judiciário deve ser o interprete da Constituição. Mas ao contrário da ideia anterior, o que fundamenta a jurisdição constitucional não é o fato de que o Judiciário seria o mais apto a interpretar a Constituição. O que se questiona é que, de todos os poderes, o Judiciário é o “menos perigoso” para a análise, interpretação e conseqüente guarda da Constituição. Trata-se, pois, de reconhecer que os poderes Executivo e Legislativo, pela atmosfera política que os caracteriza, não seriam as instâncias mais adequadas para a defesa da Constituição.

Segundo Moro<sup>18</sup>, há outra questão que deve ser analisada no que diz respeito ao exercício da jurisdição constitucional. O poder Legislativo passa, em muitos países democráticos ocidentais, por uma crise de representatividade, caracterizada por uma desconfiança da opinião pública em relação às escolhas feitas pelo parlamento. Não há, na verdade, uma autentica representação, mas sim um afastamento do poder Legislativo em relação à sociedade. A crítica de representatividade, também reforçada por André Ramos Tavares<sup>19</sup>, demonstra que se trata de algo contemporâneo e que para a solução deste problema não há um modelo perfeito, absoluto de democracia que se possa utilizar como parâmetro. Afirma que a preservação da Constituição possui alto grau democrático ao concluir que as Constituições modernas impedem que a vontade de poucos possa se sobrepor ao povo. Afirma, ainda, que o poder de reforma da Constituição não pode encarar o texto constitucional como uma lei comum. O controle das mudanças formais da Constituição evita que grupos de poder possam alterar ou manipular o texto constitucional de acordo com suas vontades. Somente com a atuação do Tribunal Constitucional pode-se evitar o desrespeito à Constituição.

A Teoria procedimental é defendida, segundo Moro<sup>20</sup>, por autores como Ely, Häberle e Habermas, cada um com especificidades próprias.

Para Ely a jurisdição constitucional deveria apenas se ater ao exame de questões mais objetivas, relacionada aos procedimentos do estado democrático, isto é, a jurisdição

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 134.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 135.

<sup>19</sup> TAVARES, *Op. cit.*, p. 494.

<sup>20</sup> MORO. *Op. cit.*, p.141-149

constitucional atuaria nas hipóteses de falhas no próprio sistema democrático.<sup>21</sup> A função da jurisdição constitucional estaria relacionada à fiscalização do processo democrático, não havendo preocupação com os resultados substantivos decorrentes da jurisdição constitucional.

Já para Härbele, a jurisdição constitucional se relaciona ao que o autor defende como concepção ampla de interpretes, transformando a Corte Constitucional em “mediadora de experiências Constitucionais”<sup>22</sup>.

Para Habermas, a Corte Constitucional deve garantir um processo legislativo democrático, isto é, garantir os procedimentos democráticos. Estes procedimentos políticos devem proteger a autonomia pública e privada dos cidadãos. A autodeterminação, por meio dos procedimentos políticos, garante ao cidadão a possibilidade de agir de forma cooperativa na busca de condições mais justas de vida<sup>23</sup>. Educar para emancipar e tornar o homem apto a fazer escolhas.

No procedimentalismo habermasiano busca-se libertar o homem de seus antepassados, de juízos prévios, de valores coletivos e emancipá-lo para o diálogo.<sup>24</sup> Os próprios participantes precisam entender-se preliminarmente, não é difícil verificar que a auto-organização democrática de uma comunidade jurídica forma o núcleo normativo desse projeto.<sup>25</sup>

Uma abordagem funcional, de acordo com MORO<sup>26</sup>, estabelece a necessidade de se buscar um meio termo nas teorias já expostas. A busca da legitimidade democrática da jurisdição constitucional fundamenta as diversas correntes de pensamento que buscam justificar a jurisdição constitucional pelo viés democrático. A questão, contudo, deve ser temperada pelo equilíbrio. Dizer que a jurisdição constitucional é totalmente incompatível com a democracia é tão temerário quanto dizer que a jurisdição constitucional é sempre democrática. Defender a legitimidade democrática da jurisdição constitucional é, para o autor, defender uma postura judicial que não venha a usurpar as funções dos demais poderes,

---

<sup>21</sup> O autor salienta que “a atuação da jurisdição constitucional deveria restringir-se a casos de mau funcionamento da democracia, ou seja, quando não se justificasse a confiança no processo democrático, hipótese em que a autoridade judicial estaria melhor qualificada do que o legislador para interpretar a Constituição”. (*Ibidem*, p.143)

<sup>22</sup> HÄRBELE, Apud, Moro, *Op. cit.*, p.144.

<sup>23</sup> HABERMAS, Apud, Moro. *Op. cit.*, p. 145.

<sup>24</sup> “A ética do Discurso não dá nenhuma orientação conteudística, mas sim um procedimento, rico de pressupostos que deve garantir a imparcialidade da formação do juízo”. (HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. São Paulo: Editora Tempo Brasileiro, 2003, p. 148)

<sup>25</sup> HABERMAS, 2012, *Op. cit.*, p. 09.

<sup>26</sup> MORO. *Op. cit.*, p.149-157.

mas que garanta que os atos perpetrados por estes poderes sejam compatíveis com os princípios consolidados pelo texto constitucional.

Na esteira da harmonia dos Poderes, cabe ao Poder Judiciário atuar para assegurar que o Poder Legislativo não se torne um mero ratificador das políticas públicas adotadas pelo Poder Executivo, ou seja, que sua apreciação não se dê de forma superveniente e pouco ativa. Além do que, a atuação do Poder Judiciário se justifica segundo proferido no voto do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal: “se os Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo”.<sup>27</sup>

A atuação do Poder Judiciário na efetivação das políticas públicas representa uma disfuncionalidade do poder, constituindo-se absoluta exceção à estrutura do Estado Democrático de Direito e as suas possibilidades devem se apresentar como alternativa secundária.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pergunta formulada no título do presente trabalho demonstra a relevância da discussão acerca da compatibilidade da jurisdição constitucional com a democracia. Conforme visto ao longo do presente estudo, dizer que a jurisdição constitucional é incompatível com a democracia consubstancia exagero similar ao perpetrado pelo pensamento oposto.

A jurisdição constitucional é compatível com o estado democrático de direito. Ocorre que, em um Estado que se pretenda democrático todo o poder deve estar sujeito aos limites impostos pela Constituição. A existência dos Poderes Constituídos, com suas funções típicas preservadas, é tão fundamental à democracia quanto o sufrágio. O agigantamento de um poder representa a supressão das funções dos demais poderes e inaugura um perigoso caminhar para o que se chama de autoritarismo.

As escolhas políticas e as definições de políticas públicas devem ser feitas pelos poderes representativos da sociedade. A atuação do Judiciário somente se justificará quando

---

<sup>27</sup> Trecho do voto do Min. Rel. Celso de Mello na **ADPF 45 MC/DF**, julgada em 29 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000072044&base=baseMonocratica> • Acesso em: 23 janeiro 2019.

os atos destes Poderes extrapolarem os limites impostos pelo texto constitucional, criando risco para a manutenção dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição ou danos ao equilíbrio institucional do Estado.

Assim, pode-se concluir que a despeito do número de teorias que buscam a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, a compatibilidade desta, com os preceitos democráticos, deverá decorrer de uma postura responsável dos Poderes constituídos – neste aspecto, principalmente o Judiciário – no sentido de buscar o fortalecimento da democracia e não uma demonstração de forças que ameaçam a democracia. Jurisdição constitucional legítima é aquela que procura defender o Estado de direito e não se pretenda superior a ele.

## REFERÊNCIAS

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução Juliana Lemos. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2010, p.35.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. São Paulo: Editora Tempo Brasileiro, 2003

\_\_\_\_\_. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, volume I. 2 ed. revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa, tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HIRSCHL Ran. **Towards Juristocracy**, Havard University press 2004.

MADISON, James. HAMILTON, Alexander. JAY, John. **Os artigos federalistas, 1787-1788** tradução Maria Luíza X. de A. Borges, Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira. 1993.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro, Elsevier. 2008.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo Revista dos Tribunais, 2004.

Supremo Tribunal Federal. **MEDIDA CAUTELAR EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL nº 45/DF**. Segunda Turma. ARGDO: PRESIDENTE DA REPÚBLICA. ARGTE: PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA - PSDB. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 29/04/2004. DJe 04/05/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/a9kzfp>>. Acesso em: 23 janeiro 2019.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo. Saraiva. 2005.



# JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA COM O INTUITO DE FORTALECER O PROCEDIMENTO DEMOCRÁTICO

Wilian Roque Borges<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente estudo tem como objetivo analisar a função do Supremo Tribunal Federal do Brasil na interpretação da Constituição Federal, uma vez que a Constituição de 1988 criou um novo paradigma ao estabelecer que a República Federativa do Brasil, constituiu-se em Estado Democrático de Direito, dando um novo papel ao Poder Judiciário e à Justiça Constitucional de guardiões dos valores materiais positivados na Constituição. Tal estudo se mostra relevante na medida em que na maioria dos Estados Constitucionais os governos da maioria devem conviver com o direito das minorias, sendo certo que o direito majoritário não assegura necessariamente a democracia. Devido ao pluralismo e as minorias, os direitos assegurados na Constituição são elevados à categoria de direitos fundamentais, o que acaba por limitar a liberdade de deliberação dos representantes do povo, que não podem elaborar leis que afrontem o direito fundamental das minorias ou os direitos individuais. Todavia, se assim o fizerem, compete ao Supremo Tribunal Federal a garantia dos direitos fundamentais, o qual interpretará os valores substantivos presentes no texto constitucional. É possível fazer a análise a partir de Ronald Dworkin, uma vez que este ressalta que a teoria majoritária de democracia não pode ser o único fundamento da democracia, afinal a proteção via judicial dos direitos acaba por fortalecer o próprio processo democrático. No Brasil a participação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, enquanto representação dos valores escolhidos pela sociedade é fundamental e imperativa, vez que o Poder Constituinte de 1988 escolheu o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição.

**ABSTRACT:** The present study aims to analyze the role of the Federal Supreme Court of Brazil in the interpretation of the Federal Constitution, since the 1988 Constitution created a new paradigm in establishing that the Federative Republic of Brazil was constituted as a Democratic State of Law, giving a new role to the Judiciary and Constitutional Justice of guardians of material values positivized in the Constitution. Such a study is relevant insofar as in the majority of Constitutional States majority governments have to live with minority rights, although majority law does not necessarily guarantee democracy. Due to pluralism and minorities, the rights guaranteed in the Constitution are elevated to the category of fundamental rights, which limits the freedom of deliberation of representatives of the people, who can not draft laws that address the fundamental right of minorities or individual rights. However, if they do, it is the responsibility of the Federal Supreme Court to guarantee fundamental rights, which will interpret the substantive values present in the constitutional text. It is possible to do the analysis from Ronald Dworkin, since it emphasizes that the

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito no Centro Universitário Internacional - Uninter (Bolsista 100% no Programa de Excelência do PPGD-UNINTER), na área de concentração em PODER, ESTADO E JURISDIÇÃO, linha de pesquisa Jurisdição e Processo na Contemporaneidade. Advogado. Conciliador e Mediador Judicial com formação pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Paraná - NUPEMEC, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná no ano de 2016. Curitiba-PR. Brasil. [wilianrborges@gmail.com](mailto:wilianrborges@gmail.com)

majority theory of democracy can not be the only foundation of democracy, after all judicial protection of rights ends up strengthening the democratic process itself. In Brazil, the participation of the Judiciary in the realization of fundamental rights, as a representation of the values chosen by society is fundamental and imperative, since the Constitutional Power of 1988 chose the Supreme Federal Court as guardian of the Constitution.

**Palavras-chave:** Supremo Tribunal Federal; Processo democrático; Direitos fundamentais; Democracia; Poder Constituinte.

**Keywords:** Federal Court of Justice; Democratic process; Fundamental rights; Constituent power.

## 1. INTRODUÇÃO

No presente artigo será abordado o papel do Supremo Tribunal Federal, na condição de Corte Constitucional, na interpretação da Constituição Federal de 1988, partindo-se do pressuposto que a constituição é em um conjunto de normas, regras, princípios e valores que não só criam direitos, deveres e diretrizes, mas também estruturam e definem os limites de poder ou autoridade do governo. As três formas básicas de poder estão na Constituição: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário.

O tema explorará o papel da Corte Suprema no sentido de que a política majoritária não necessariamente assegura o direito de todos, vez que a democracia é mais do que uma quantidade numérica de votos, pelo que o Poder Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal, exerce importante papel na interpretação da Constituição, seja para garantir o processo democrático ou para preservar os direitos fundamentais.

Assim, se pretende analisar a legitimidade da Suprema Corte na atividade de pronunciar e interpretar as palavras do texto constitucional, destacando-se um dinamismo e ativismo na efetivação dos preceitos constitucionais.

## 2. DO PODER ATRIBUÍDO AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL PELO PODER CONSTITUINTE

A abordagem do presente estudo tem como ponto de partida o art. 102 da Constituição Federal<sup>2</sup>, vez que o Poder Constituinte originário previu no texto constitucional que o Supremo Tribunal Federal - STF tem o dever de manter a guarda da Constituição. Inclusive, o STF é o órgão máximo da República, e tem o papel preponderante de tornar efetivo e concreto o texto constitucional.

---

<sup>2</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)

Pela letra do art. 102, tem-se que o STF atua em controle *concentrado* e *difuso* de constitucionalidade, desempenhando, também, algo que é estranho ao controle de constitucionalidade. Há, contudo, manifesta tendência, decorrente de variações jurisprudenciais e de reformas constitucionais, no sentido de se alterar o papel do Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição (MEDINA, 2013).

Luís Roberto Barroso (2015), destaca que do ponto de vista político-institucional, o desempenho da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, envolve dois tipos de atuação: a contramajoritária e a representativa. A atuação contramajoritária é um dos temas mais analisados na teoria constitucional, que há muitas décadas discute a legitimidade democrática da invalidação dos atos do Legislativo e do Executivo por órgão jurisdicional.

Como é cediço, a lei não consegue abarcar e prever todas as situações do mundo do *dever-ser*, exigindo do intérprete-julgador a solução do caso concreto<sup>3</sup>. Nesse sentido, a sociedade contemporânea cria a necessidade de evolução do Direito que muitas vezes acontece pela via judicial, o que num primeiro momento poderia suscitar a alegação de violação majoritária ou ainda ilegalidade do ato, pois a competência originária seria do Poder Legislativo. Todavia, como o Poder Constituinte previu no artigo 102 que compete ao Supremo Tribunal Federal a função de decidir e guardar a Constituição é possível que o julgador interprete o texto constitucional (com base na ponderação dos princípios), e que ao realiar tal ato, não estará violando a regra majoritária.

O julgador passou a ter uma função importante na sociedade contemporânea, que tem suplicado a atividade de pronunciar e interpretar as palavras da lei, destacando-se um dinamismo ou ativismo na efetivação dos preceitos constitucionais, em geral, na defesa dos direitos fundamentais e valores substanciais. Tal demanda decorre de novas condições sociais e econômicas. Dirley da Cunha Júnior (2018), a despeito da expansão do papel do juiz expõe que:

---

<sup>3</sup> Para ilustrar a complexidade do tema, cabível citar passagem de Luis Roberto Barroso (2015): "E, num mundo em que tudo se judicializa mais cedo ou mais tarde, tribunais e cortes constitucionais defrontam-se com situações para as quais não há respostas fáceis ou eticamente simples. Alguns exemplos: a) pode um casal surdo-mudo utilizar a engenharia genética para gerar um filho surdo-mudo e, assim, habitar o mesmo universo existencial que os pais? b) uma pessoa que se encontrava no primeiro lugar da fila, submeteu-se a um transplante de fígado. Quando surgiu um novo fígado, destinado ao paciente seguinte, o paciente que se submetera ao transplante anterior sofreu uma rejeição e reivindicava o novo fígado. Quem deveria recebê-lo? c) pode um adepto da religião Testemunha de Jeová recusar terminantemente uma transfusão de sangue, mesmo que indispensável para salvá-lo a vida, por ser tal procedimento contrário à sua convicção religiosa? d) pode uma mulher pretender engravidar do marido que já morreu, mas deixou o seu sêmen em um banco de esperma? e) pode uma pessoa, nascida fisiologicamente homem, mas considerando-se uma transexual feminina, celebrar um casamento entre pessoas do mesmo sexo com outra mulher? Nenhuma dessas questões é teórica. Todas elas correspondem a casos concretos ocorridos no Brasil e no exterior, e levados aos tribunais. Nenhuma delas tinha uma resposta pré-pronta e segura que pudesse ser colhida na legislação. A razão é simples: nem o constituinte nem o legislador são capazes de prever todas as situações da vida, formulando respostas claras e objetivas. Além do que, na moderna interpretação jurídica, a norma já não corresponde apenas ao enunciado abstrato do texto, mas é produto da interação entre texto e realidade".

Mais do que coparticipante do processo de criação do Direito, o juiz passa a desempenhar, por meio da interpretação constitucional, uma atividade de atualização da Constituição, operando uma verdadeira mutação constitucional ou mudança informal do texto constitucional. (...) E essa criatividade do juiz, isto é, sua capacidade de criar o Direito, se acentua consideravelmente no domínio da interpretação constitucional, sobretudo em razão da estrutura normativo-material da Constituição, que é composta por princípios e regras que apresentam maior abertura, maior abstração, maior indeterminação e, em consequência, menor densidade normativa, circunstância que atribui ao intérprete um notável espaço de conformação. O que devemos discutir presentemente, portanto, é o grau dessa criação do Direito e os seus limites, até porque, por óbvio, a criação judicial do Direito não é livre, assim como também não o é o modo legislativo de produzi-lo, pois há limites materiais e formais encarecidos pela Constituição.

Desta maneira, a criação judicial do Direito pela via judicial incorre na expansão e crescimento do Poder Judiciário, seja pela autorização dada pelo Poder Constituinte, ou seja, pela urgência de reguardar direitos fundamentais, principalmente os das minorias.

A Constituição é uma ordenação jurídica dinâmica vital em que se desenvolve o Estado, desempenhando uma função de integração da vida estatal. Assim, o intérprete, qual seja o STF, deverá levar em consideração o sistema de valores que é subjacente ao texto constitucional e a realidade concreta da vida, tendo sempre presente a ideia de que a Constituição é norma, mas também realidade, que é sempre mutável, devendo o intérprete-aplicador captar a mudança do referido sentido quando da sua aplicação.

Dentro desse prospecto, a Constituição de 1988 ampliou significativamente a competência originária do STF, pois permitiu que este no que concerne ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos possa se manifestar sobre as leis vigentes e sobre a omissão legislativa, sendo de inegável peso político e grande significado jurídico a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Tais processos, juntamente com o recurso extraordinário, formam hoje o núcleo do sistema de controle de constitucionalidade e legitimidade de leis ou atos normativos, bem como nos casos de omissão constitucional.

### **3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUA COMPETÊNCIA NA GUARDA DOS VALORES SUBSTANTIVOS DA CONSTITUIÇÃO**

A função precípua do Supremo Tribunal Federal é de Corte de Constitucionalidade, com a finalidade de realizar o controle concentrado e difuso de constitucionalidade como exposto alhures.

Muito se discute na doutrina se ao realizar a análise das leis ou interpretá-las não estaria violando o princípio da regra majoritária, vez que os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo e não possuem as competências do Poder Legislativo.

Nesse sentido, um grande crítico da revisão judicial é Jeremy Waldron (2006) que sustenta dois motivos principais. O primeiro argumento é de que não há razão para supor que os direitos sejam mais protegidos pela prática da revisão judicial, do que seriam pelas legislaturas democráticas. Em segundo lugar, o argumento é de que, à parte dos resultados que gera, a revisão judicial é democraticamente ilegítima. Sustenta que na teoria política liberal deve prevalecer a supremacia legislativa, a qual é frequentemente associada ao autogoverno popular, e os ideais democráticos são obrigados a ficar em uma relação desconfortável.

Todavia, no que tange ao Brasil, a partir do panorama geral esboçado no capítulo acima, verifica-se que o Poder Constituinte originário ao atribuir a competência ao Supremo Tribunal Federal de guardião da Constituição, afastou qualquer alegação de ilegitimidade de atuação, não ferindo a regra majoritária.

A Constituição além da organização dos poderes, e de impor limites ao processo legislativo, também criou mecanismos jurídicos que assegurem um processo público e aberto no qual todos não tenham só possibilidades de participar, mas que também impeçam o governo, mesmo quando respaldado pela maioria, de violar os interesses individuais tutelados pelo sistema de direitos fundamentais (BARBOZA, 2007).

Direitos constitucionais seriam, em última instância, direitos morais, desde que derivem de princípios que tenham como característica autonomia, finalidade, superveniência, publicidade, universalidade e generalidade. A evolução normativa pautada na promulgação da Constituição e a Emenda Constitucional 45/04, demonstram que o “constitucionalismo” é a teoria que, baseada numa Constituição rígida, busca resultados garantísticos, mesmo que isso importe na limitação dos poderes do Executivo e do Legislativo. O constitucionalismo tem como pedra angular os direitos fundamentais que representam os valores substantivos escolhidos pela sociedade no momento constituinte, e quem está incumbido de proteger esses valores é o Poder Judiciário conforme determinação do próprio constituinte. Se a finalidade de uma sociedade é “garantir o máximo de liberdade possível para os seres

humanos” o objetivo final de uma Constituição deve ser o de “assegurar às pessoas uma sociedade livre e democrática” (BARBOZA, 2007).

Ronald Dworkin pode ser considerado um dos grandes precursores da teoria substantivista da Constituição. O mesmo ressalta, que a democracia não é um conceito político preciso, e, por isso, pode haver discordância sobre o fato de o processo ser democrático ou não, o que desvincularia que o processo por si próprio seria democrático. Mesmo que se entenda que a democracia é um conjunto de procedimentos, sem nenhuma restrição aos representantes do povo, ainda assim “resta a questão de como decidir quais processos constituem a melhor concepção de democracia”.

Para Dworkin, é equivocada a ideia de que deixar para o Tribunal decidir sobre uma questão polêmica é antidemocrático, e que esta decisão deveria ser decidida por um processo democrático. Assim, os tribunais terão legitimidade para controlar os atos dos outros poderes, mesmo que estes tenham se baseado em processos democráticos, se forem fundamentados em princípios neutros, ou seja, *standards* que transcendam o caso em exame e possam ser aplicados em todas as situações no futuro.

Dworkin defende a teoria de legitimidade das decisões baseadas em princípios, mas para ele, os princípios atuam enquanto exigência de justiça e de equidade, correspondendo a um valor moral substantivo. Para ele, os julgamentos constitucionais pelo Poder Judiciário, tem legitimidade desde que esses julgamentos sejam baseados em princípios, entendidos como um padrão a ser observado em face da “exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade”. A substantividade está presente nos princípios, os quais indicam valores de moralidade e de justiça. Por outro lado, Dworkin não aceita como legítimas as decisões judiciais baseadas em questões políticas (*polices*), sendo, portanto, os julgamentos de política atribuições exclusivas dos poderes Legislativo o Executivo. Desse modo, Dworkin consegue balancear o princípio democrático com o princípio constitucional.

O Supremo Tribunal Federal deve pautar-se no equilíbrio dos poderes, ou seja, atuar de modo a garantir que os Direitos Fundamentais sejam resguardados perante a sociedade, não podendo ser suprimidos pelo poder legislativo ou executivo ferindo a Constituição Federal.

Nesta seara, a concepção constitucional de democracia, é medida tanto na proteção dos direitos fundamentais pelos tribunais, quanto na existência de valores morais constitutivos de uma comunidade que também devem ser protegidos contra as maiorias eventuais. Acarretando, por óbvio, a concepção substantiva que admite que a Constituição possua valores que devem ser respeitados não só pelos cidadãos, mas também pelos Poderes

Jurisdição Constitucional: O Papel do Supremo Tribunal Federal na Interpretação da Constituição Brasileira com o Intuito De Fortalecer o Procedimento Democrático

Executivo, Legislativo e Judiciário. A Constituição, desse modo, se dirige a todos os cidadãos e a todos os Poderes do Estado, mas seu protetor e intérprete máximo, neste modelo, o Poder Judiciário (BARBOZA, 2007).

Nessa toada, torna-se iminente a participação do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, e que tal situação por si só não fere a regra democrática.

#### 4. CONCLUSÕES

Diante da pesquisa efetuada é possível concluir que o Brasil possui instituições democráticas, que incluem uma legislatura representativa eleita com base no sufrágio, possui um conjunto de instituições judiciais, montada de forma não representativa, e um Poder Executivo independente, eleito de maneira democrática.

Ainda, é possível concluir que devido ao pluralismo existente na sociedade, bem como as minorias, os direitos assegurados na Constituição são elevados à categoria de direitos fundamentais.

Desta forma, visando a salvaguarda de todos os direitos dispostos na Constituição Federal do Brasil, em específico os direitos individuais e os direitos das minorias, compete ao Supremo Tribunal Federal, conforme artigo 102, *caput*, da Constituição, por livre escolha do Poder Constituinte, a guarda da Carta Magna do Brasil, ou seja, deve Supremo Tribunal Federal fazer a análise e interpretação dos direitos substantivos, sendo esta prática democraticamente legítima.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional: entre o Constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CUNHA Júnior, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª Edição Revisada e Ampliada, Salvador: JusPODIVM, 2018. p.181.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

DWORKIN, Ronald. *The forum of principle*. New York University Law Review 56:469, 1981.

Jurisdição Constitucional: O Papel do Supremo Tribunal Federal na Interpretação da Constituição Brasileira com o Intuito De Fortalecer o Procedimento Democrático

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Constituição Federal Comentada: com súmulas e julgados selecionados do STF e de outros tribunais*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. “Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)”. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15653-15654-1-PB.pdf>.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*. The Yale Law Journal, v. 115, n. 1346, 2006.



# O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E A DISPERSÃO JURISPRUDENCIAL EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS ASSISTENCIAIS

Maria Fernanda Augustinhak Schumacker Haering Teixeira<sup>1</sup>

**RESUMO:** A presente pesquisa tem por objetivo geral analisar a atuação do Poder Judiciário brasileiro face à dispersão jurisprudencial existente em matéria previdenciária, trazendo ao debate as questões do novo constitucionalismo e do judicial review no que concernem à problemática da efetivação dos direitos sociais assistenciais. O escopo deste artigo analisa, previamente, as diferenças e semelhanças havidas entre os sistemas da *common law* e da *civil law* e sua aparente progressiva convergência, bem como se debruça sobre o fenômeno do estado previdenciário e sua crise contemporânea. Em seguida, discorre sobre a previsão constitucional da assistência social e o benefício assistencial previsto na Lei nº 8.742/1993, para então abordar a temática da inovação jurídica por meio de precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, com enfoque especial após a vigência da Lei nº 13.105/2015, e a insegurança jurídica causada na sociedade brasileira, em decorrência da instabilidade jurisprudencial dos tribunais atinentes ao pleito de concessão judicial de benefícios assistenciais, especialmente no âmbito dos Juizados Especiais Federais. Após a análise de recentes entendimentos jurisprudenciais, verifica-se, para a devida manutenção do Estado Democrático de Direito, a necessidade de uniformização das decisões judiciais atinentes aos direitos assistenciais, em respeito às garantias constitucionais previstas pela Carta Magna, sob pena de violação aos direitos fundamentais e aos princípios da dignidade humana e da proteção social. A possibilidade de tal uniformização não é compreensível, por fim, sem uma reflexão quanto ao papel contemporâneo dos tribunais constitucionais e sua jurisdição estendida. Trata-se o presente estudo de análise empírico-teórica, com a utilização de metodologia qualitativa.

**PALAVRAS-CHAVE:** judicialização; direito constitucional; assistência social; precedentes.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 contempla a previsão da Assistência Social como parte integrante da Seguridade Social, a qual será prestada à pessoas idosas com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais e pessoas portadoras de deficiência, independente de contribuição à

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito na área de Poder, Estado e Jurisdição pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER) com bolsa integral concedida pelo Programa de Pós-Graduação (PPGD), sob a orientação do Professor Doutor Martinho Martins Botelho. Pós-Graduada em Direito Previdenciário e Direito e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UNIBRASIL). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Advogada. E-mail: mfschumacker@gmail.com

seguridade social, que comprovem a impossibilidade de prover a própria manutenção ou a ausência da mesma por seus respectivos familiares.

Entretanto, embora haja previsão constitucional acerca dos direitos sociais assistenciais, os mesmos carecem de efetivação por parte dos poderes legislativo e executivo, cabendo ao Poder Judiciário discutir e assegurar o cumprimento destes direitos, o qual, muitas vezes, incorre em decisões diferentes para casos similares. Deste modo, o presente trabalho visa analisar a atuação do Poder Judiciário em prol da efetivação dos direitos sociais assistenciais na sociedade brasileira, ante a dispersão jurisprudencial existente no âmbito dos Juizados Especiais Federais.

## 1. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS SISTEMAS DA COMMON LAW E CIVIL LAW

O sistema *common law* é originário de regras não escritas, baseadas no direito costumeiro, e criado a partir das decisões dos juízes ingleses, os quais criavam normas de direito para a solução de casos concretos e, posteriormente, as utilizavam como orientação para futuros casos semelhantes<sup>2</sup>. Seu desenvolvimento ocorreu de forma gradual e contínua, caracterizado pela soma do direito consuetudinário com o legislado, tendo a jurisprudência uma dupla função: aplicar e destacar as regras de direito firmadas pelas *ratio decidendi* dos julgados, as quais deveriam ser seguidas, sob pena de comprometimento da essência da “certeza” do sistema *common law*.<sup>3</sup>

A regra de vinculação do precedente, no direito inglês, surgiu no século XIX, quando a Câmara dos Lordes atribuiu às suas próprias decisões o caráter vinculativo no caso *Beamish versus Beamish* (1861), referendado no caso *London Street Tramways versus London County Council*. O objetivo de Lord Halsburry era atribuir estabilidade e evitar as incertezas e inseguranças dos litígios.<sup>4</sup>

Em contrapartida, o *civil law*, também denominado de sistema romano-germânico, teve sua origem na Europa continental e pode ser dividido em alguns períodos históricos, possuindo como grande marco de consolidação a Revolução Francesa, em 1789.<sup>5</sup> Neste

---

<sup>2</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito – Civil law e common law**. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 57, n. 384, out. 2009, p. 53-62.

<sup>3</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 428.

<sup>4</sup> LEITE, Gisele. **Civil law versus Common law**. Artigo. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: Fev. 2017. Disponível em: <[http://conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=2532\\_&ver=2628](http://conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=2532_&ver=2628)>. Acesso em: 2 jun. 2019.

<sup>5</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 46.

sistema, a lei é a fonte primária do direito e o juiz deve se restringir à aplicação do texto legal, com o objetivo de atribuir segurança jurídica e previsibilidade às decisões judiciais, cabendo ao poder legislativo a atribuição de elaboração das leis.

## 2. PREVISÃO CONSTITUCIONAL DA ASSISTÊNCIA SOCIAL E O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL PREVISTO NA LEI Nº 8.742/93

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988<sup>6</sup>, a Assistência Social passou a constituir um dos pilares da Seguridade Social, juntamente com a Saúde e a Previdência, adquirindo *status quo* de direito fundamental, impondo a atenção democrática para a efetiva concretização destes direitos.<sup>7</sup>

Prevista no artigo 203, da Constituição Federal, a Assistência Social é destinada aos necessitados, independente de contribuição previdenciária. Segundo SARLET, o referido benefício “*configura-se como expressão máxima do princípio da solidariedade e mesmo do respeito à dignidade da pessoa humana, porquanto representa proteção político-jurídica especial destinada a indivíduos e grupos sociais vulneráveis ou necessitados.*”<sup>8</sup>. Neste mesmo sentido, no ano de 1993, foi promulgada a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), de nº 8.742/93<sup>9</sup>, regulamentando os artigos 203 e 204, da Constituição Federal, e instituindo as diretrizes, objetivos e funcionamento.

O benefício de prestação continuada, previsto no artigo 20, da supracitada Lei, garante à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, que comprove não possuir meios de prover a sua própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, o auxílio de um salário mínimo mensal para o seu sustento, a fim de assegurar o mínimo de dignidade. Entretanto, o artigo 3º desta mesma lei, atribui como critério o percentual de ¼ do salário mínimo nacional vigente de renda familiar *per capita* para fins de concessão do benefício, sob pena de indeferimento.

No entanto, a doutrina e jurisprudência tem relativizado o critério de ¼ do salário mínimo nacional vigente de renda familiar *per capita*, modificando o cenário de concessão judicial do benefício assistencial, haja vista se tratar de direito fundamental à dignidade

---

<sup>6</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >. Acesso em: 2 jun. 2019.

<sup>7</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 13ª reimpressão, p. 25.

<sup>8</sup>SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 621.

<sup>9</sup> BRASIL. Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8742.htm)>. Acesso em: 2 jun. 2019.

humana e ao mínimo existencial. O próprio Supremo Tribunal Federal, no ano de 2013, durante o julgamento dos Recursos Extraordinários (REs) 567985 e 580963<sup>10</sup>, declarou a inconstitucionalidade do §3º, do artigo 20, da Lei nº 8.742/93, por considerar que o critério da renda familiar mensal per capita inferior a ¼ de salário mínimo encontra-se defasado para fins de configuração de miserabilidade. Deste modo, a análise do requisito miserabilidade deve ser realizada de acordo com o caso concreto e de forma ampla, para não restringir direitos.

### 3. PRECEDENTES E INSEGURANÇA JURÍDICA EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA

A ideia de precedente judicial no direito brasileiro revela-se antiga, haja vista que, desde o período colonial até a atualidade, as decisões proferidas pelos tribunais possuem eficácias diferentes, ainda que vinculantes.<sup>11</sup> Ante a ausência de normas específicas no ordenamento jurídico brasileiro sobre o precedente e a fundamentação das decisões, o judiciário utilizava decisões pretéritas para fundamentar as futuras decisões<sup>12</sup>.

Não obstante, a codificação de um sistema de precedentes no âmbito do direito brasileiro surgiu apenas com o novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015<sup>13</sup>, nos artigos 926 a 928, tendo como principal objetivo a concessão de força vinculante aos precedentes contidos em determinadas decisões, previstas no artigo 927, tais como os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, entre outras<sup>14</sup>.

O magistrado, contudo, não está obrigado a seguir os precedentes previstos no artigo 927, de forma absoluta, haja vista é facultado ao mesmo, por meio da técnica da distinção, não aplicá-lo ou aplicar um precedente obrigatório de forma restritiva, em conformidade

---

<sup>10</sup> Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 4530. Ministro Relator Roberto Barroso. Julgado em: 16/08/2013. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000203013&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 02 jun. 2019.

<sup>11</sup> SOUZA, Marcus Seixas. **Os precedentes na história do direito processual civil brasileiro: colônia e império**. 2014. 196 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014, p. 87-88 e 125-126.

<sup>12</sup> BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle. **Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil**. In: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buriel de Macedo; PEIXOTO, Ravi. *Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 4.

<sup>13</sup> BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 2 jun. 2019.

<sup>14</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 255.

com o caso em concreto.<sup>15</sup> Segundo Marinoni, “*embora deva ser no mínimo indesejável para um Estado Democrático dar decisões desiguais a casos iguais, estranhamente não há qualquer reação a essa situação na doutrina e na praxe brasileiras. É como se estas decisões não fossem vistas ou fossem admitidas por serem inevitáveis.*”<sup>16</sup>

Verifica-se que as decisões proferidas pelos magistrados, no âmbito brasileiro, variam conforme o julgador, fazendo com que um mesmo tribunal produza decisões totalmente distintas sobre o mesmo tema, em um pequeno lapso temporal.<sup>17</sup> Deste modo, a previsibilidade por parte do judiciário revela-se fundamental para a segurança jurídica, haja vista que as decisões proferidas devem possuir um mínimo de continuidade, inclusive na interpretação realizada pelos magistrados<sup>18</sup>.

No âmbito dos Juizados Especiais Federais vige a Lei nº 10.259/01<sup>19</sup>, a qual versa, em seu artigo 14, sobre o pedido de uniformização de jurisprudência. Segundo Xavier e Savaris, objetiva-se com o respectivo pedido a “*estabilização da interpretação de lei federal em questão de direito material, evitando a aplicação de teses jurídicas contrárias em situações concretas similares, conferindo maior previsibilidade ao resultado dos julgamentos que envolvam a mesma matéria.*”<sup>20</sup>

Para fins do presente trabalho, foram analisados casos idênticos envolvendo a concessão judicial de benefício de prestação continuada, os quais foram julgados improcedentes pelo magistrado de primeiro grau e tiveram suas sentenças reformadas em sede de recurso<sup>21</sup>, sendo possível verificar que, mesmo após a declaração de inconstitucionalidade incidental do §3º, do artigo 20, da Lei nº 8.742/93 pelo Supremo Tribunal Federal, alguns magistrados permanecem indeferindo os respectivos pedidos, sob a

---

<sup>15</sup> BORGES, Marcus Vinícius Motter; SCHRAMM, Fernanda Santos; RÉGO, Eduardo de Carvalho. O fortalecimento dos precedentes no Código de Processo Civil de 2015 à luz do Garantismo Jurídico. *In*: CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; MOTA, Sergio Ricardo Ferreira (Org.). **Direito, teorias e sistemas**. Florianópolis: Insular, 2015, p. 199.

<sup>16</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 80.

<sup>17</sup> MARINONI, *Ibid.*, p. 53.

<sup>18</sup> MARINONI, *Ibid.*, p. 99.

<sup>19</sup> BRASIL. Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LEIS\\_2001/L10259.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10259.htm)>. Acesso em: 2 jun. 2019.

<sup>20</sup> XAVIER, Flavia da Silva; SAVARIS, José Antônio. **Recursos Cíveis nos Juizados Especiais Federais**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 167.

<sup>21</sup> À título exemplificativo, cita-se a seguinte ementa: BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Terceira Turma Recursal do Paraná. Recurso inominado n. 5007479-26.2018.4.04.7001. Recorrente: José Benedito Camargo. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: José Antônio Savaris. Julgado em 27/02/2019. Disponível em: <[https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=4&numero\\_gproc=700006381025&ver\\_sao\\_gproc=2&crc\\_gproc=d38f75f1&termosPesquisados=IGxvYXMgcmVuZGEgaWRvc28g](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=4&numero_gproc=700006381025&ver_sao_gproc=2&crc_gproc=d38f75f1&termosPesquisados=IGxvYXMgcmVuZGEgaWRvc28g)>. Acesso em: 02 jun. 2019.

justificativa de que a renda *per capita* ultrapassa  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo nacional vigente previsto na lei.

Tal oscilação jurisprudencial é inadmissível para a manutenção do Estado Democrático de Direito, na medida em que causa graves efeitos ao sistema jurídico, acarretando em insegurança jurídica, violação aos princípios da dignidade humana e proteção social e tratamento desigual aos sujeitos que recorrem diariamente ao poder judiciário. A uniformização da jurisprudência é de suma importância para a efetivação das garantias constitucionais previstas pela Carta Magna, a fim de garantir, além da celeridade e economia processual, a adoção de um sistema de precedente efetivo para orientação dos jurisdicionados e dos magistrados<sup>22</sup>.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao início da presente pesquisa, foram apontadas, de forma sucinta, as características dos sistemas jurídicos da common law e da civil law, sendo possível vislumbrar uma aparente progressiva convergência entre os sistemas, com a ampliação da valoração jurisprudencial no direito romano-germânico e o crescimento legislativo no direito anglo-saxônico.

Feitas estas considerações iniciais, foi possível analisar que a Constituição Federal de 1988 inovou no ordenamento jurídico ao prever os direitos sociais, no qual se inclui a assistência social. Com a regulamentação dos artigos 203 e 204 da Constituição, através da Lei nº 8.742/93, foi possível instituir o benefício de prestação continuada, garantindo à pessoa portadora de deficiência ou ao idoso maior de 65 (sessenta e cinco) anos, o auxílio mensal de um salário mínimo, quando comprovada sua incapacidade de manutenção de sustento ou de não tê-lo provido por sua família.

Embora o benefício de prestação continuada tenha sido instituído há mais de quinze anos e já tenha havido, em 2013, decisão pelo próprio Supremo Tribunal Federal acerca do requisito da renda familiar para concessão dos benefícios de prestação continuada, atesta-se que ainda persiste na jurisprudência brasileira divergência de decisões para concessão do respectivo benefício em casos análogos.

Deste modo, a fim de garantir a efetivação dos direitos e garantias postos na Constituição Federal, é necessário que haja uma efetiva uniformização da jurisprudência, através da adoção da teoria dos precedentes, a fim de que as decisões proferidas pelos

---

<sup>22</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 156.

diversos tribunais nacionais sejam compatíveis entre si, sob pena de violação aos direitos fundamentais e aos princípios da dignidade humana e da proteção social.

## REFERÊNCIAS

BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle. **Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil**. In: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi. Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada. Salvador: Juspodivm, 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 13ª reimpressão.

BORGES, Marcus Vinícius Motter; SCHRAMM, Fernanda Santos; RÊGO, Eduardo de Carvalho. O fortalecimento dos precedentes no Código de Processo Civil de 2015 à luz do Garantismo Jurídico. In: CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; MOTA, Sergio Ricardo Ferreira (Org.). **Direito, teorias e sistemas**. Florianópolis: Insular, 2015.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 2 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8742.htm)>. Acesso em: 2 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LEIS\\_2001/L10259.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10259.htm)>. Acesso em: 2 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 2 jun. 2019.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

LEITE, Gisele. **Civil law versus Common law**. Artigo. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: Fev. 2017. Disponível em: <[http://conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=2532\\_&ver=2628](http://conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=2532_&ver=2628)>. Acesso em: 2 jun. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SOUZA, Marcus Seixas. **Os precedentes na história do direito processual civil brasileiro: colônia e império**. 2014. 196 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 4530. Ministro Relator Roberto Barroso. Julgado em: 16/08/2013. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000203013&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 02 jun. 2019.

O Protagonismo do Poder Judiciário Brasileiro e a Dispersão Jurisprudencial em Matéria de Direitos Sociais Assistenciais

Tribunal Regional Federal (4. Região). Terceira Turma Recursal do Paraná. Recurso inominado n. 5007479-26.2018.4.04.7001. Recorrente: José Benedito Camargo. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: José Antônio Savaris. Julgado em 27/02/2019. Disponível em: <[https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=4&numero\\_gproc=700006381025&versao\\_gproc=2&crc\\_gproc=d38f75f1&termosPesquisados=IGxvYXMgc mVuZGEgaWRvc28g](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=4&numero_gproc=700006381025&versao_gproc=2&crc_gproc=d38f75f1&termosPesquisados=IGxvYXMgc mVuZGEgaWRvc28g)>. Acesso em: 02 jun. 2019.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito – Civil law e common law**. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 57, n. 384, out. 2009.

XAVIER, Flavia da Silva; SAVARIS, José Antônio. **Recursos Cíveis nos Juizados Especiais Federais**. Curitiba: Juruá, 2010.



## AS TRANSIÇÕES DE GOVERNO À LUZ DA POLÍTICA ANTAGÔNICA OU AGONÍSTICA DE CHANTAL MOUFFE

Gilmar Brunizio<sup>1</sup>

Fernando Rangel Alvarez dos Santos<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo pretendeu analisar o contexto das transições de governos no Brasil. Por objetivo central, buscou a pesquisa verificar se, nas hipóteses que a alternância de poder entre opositores, a relação entre adversários políticos se torna uma relação de inimigos impulsionada pelo elemento passional da paixão. A pesquisa, dentre outras fontes, buscou na legislação federal sua principal norma e constatou que apenas na União, o tema foi regulado. Nos demais entes federativos existem apenas instruções das Cortes de Contas. A metodologia envolveu a análise do discurso de Chantal Mouffe como base teórica, perquiriu os aspectos que podem ser normatizados para a transição e, pode se afirmar que a negação de se instituir a transição de governo caracteriza uma política antagônica, pois o político derrotado nas urnas não reconhece a legitimidade do seu oponente, ignorando as instituições democráticas e da continuidade salutar do Estado. Os resultados apontam para o prejuízo ao bom desenvolvimento inicial do novo governo pela falta de informações, levando-o a ser mais moroso nas decisões de continuidade da Administração Pública. A política de transição de governo deve priorizar o respeito ao Estado Democrático de Direito, caso contrário, o oponente se tornará o inimigo quando ele deveria ser apenas um adversário.

**Palavras-chave:** transição de governo; democracia; político

**Abstract:** This article intends to analyze the context of the transitions of governments in Brazil. By central objective, the research sought to analyze if, in the hypothesis that the alternation of power between opponents, the relationship between political opponents becomes a relation of enemies driven by the passionate element of passion, hatred and revenge. The research, among other sources, sought in federal legislation its main rule and found that only in the Union was the subject regulated. In other federative entities there are only instructions from the Courts of Counts. The methodology involved the analysis of Chantal Mouffe's career as a theoretical basis, looked at the aspects that can be normalized for the transition, and it can be affirmed that the denial of establishing the transition of government characterizes an antagonistic politics, since the politician defeated in the polls does not recognize the legitimacy of its opponent, ignoring democratic institutions and the healthy continuity of the state. The results point to: the damage to the initial good development of the new government by the lack of information, leading to it being more time consuming in the decisions of continuity of the Public Administration. The government

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pelo PPGD da Universidade Veiga de Almeida. Especialista em Direito do Estado e Administrativo pela Universidade Gama Filho. Membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) e do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro – IDARJ. Advogado. E-mail: gilmar.brunizio@mbadvogados.com.br

<sup>2</sup> Doutor em Direito pelo PPGD da Universidade Veiga de Almeida (2019). Mestre em Direito e Especialista em Direito Civil e Processual Civil (2001) pela UNESA e em Direito Corporativo pelo IBMEC (2015). Advogado. E-mail: frangel2005@gmail.com

transition policy must prioritize respect for the Democratic Rule of Law, otherwise the opponent will become the enemy when he should be only an adversary.

**Key words:** government transition; democracy; political

## Introdução

As transições de governo iniciam quando são encerradas as eleições. Este é o ideal. Porém, uma batalha movida por paixão, ódio e vingança se inicia entre o político sucessor e o sucedido, quando esses são opositores.

O processo de transição de governo é um instituto democrático que visa fornecer dados e informações suficientes para que a nova administração tenha ciência das necessidades iniciais para continuidade da Administração Pública.

Movido por elemento passional advindo da guerra eleitoral, o político derrotado nas urnas, em alguns casos, nega fornecer os dados e informações ao seu opositor eleito. Nestas hipóteses, pilares da democracia são afetados com a despersonalização do poder e a mitigação da soberania popular que ultimou a escolha de seu oponente para substituí-lo.

Ao político que será sucedido é vedado negar as informações necessárias para realizar a transição de governo. No sistema jurídico brasileiro, o inciso XXXIII do art. 5º da Constituição da República e a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 amparam o direito de acesso aos dados e informações à qualquer cidadão. Destarte, indefectível o direito do futuro gestor público obter os dados necessários para iniciar o novo governo.

Em consonância com o direito de acesso, a transição de governo no âmbito da União possui marco regulatório específico, nos termos da Lei nº 10.609, de 20 de dezembro de 2002 e do Decreto no 7.221, de 29 de junho de 2010.

No primeiro momento, demonstramos os objetivos e amparo legal do processo de transição de governo no Brasil, bem como, a normatização das cortes de contas e análise das decisões judiciais acerca do tema.

Em seguida, por meio da revisão literária de Chantal Mouffe, analisamos a política antagônica e agonística. O político em exercício do poder que nega a transição de governo será equiparado ao político antagônico que não reconhece a legitimidade de seu oponente e ignora os interesses comuns de preservação da democracia.

Enfim, o presente ensaio buscou identificar que o consenso não passa de uma utopia idealista, defendida pelos liberais. Na realidade as relações políticas não operam desta forma. Os conflitos são existentes e importantes para politização dos membros da sociedade. Nesse sentido que afirmamos que o dissenso deve ser razoável, ao passo de reconhecer a

legitimidade do oponente e preservar a democracia, especialmente, no que tange a soberania popular de escolher seus representantes.

## **1 Da transição de governo**

Após os resultados das eleições, os políticos eleitos, de forma imediata, iniciam os trabalhos de planejamento, visando a execução dos seus projetos e programas de governo, bem como, medidas de continuidade dos serviços públicos prestados à população. São numerosos os trabalhos a serem realizados: escolha do secretariado e seus respectivos técnicos; reuniões com autoridades locais; visitas aos ministérios com a finalidade de manutenção dos convênios firmados com a União; visitas ao Congresso Nacional em busca de emendas parlamentares, dentre outras atividades.

Além disso, é necessária a criação de uma equipe capaz de consolidar os dados e informações suficientes para dar conhecimento ao político eleito das ações que deverão ser adotadas no início do mandato. Por outro lado, o político que será sucedido passa a se preocupar com a aprovação de suas contas no fim de seu mandato, com a transferência do orçamento público equilibrado e cumprimento dos compromissos firmados no último exercício do mandato.

O fornecimento e obtenção dos dados e informações se dá por intermédio da criação de uma equipe de transição de governo, que é um instituto de gestão pública democrático que viabiliza a continuidade das ações com eficiência e transparência.

No âmbito federal, a transição de governo é instituída pela Lei nº 10.609, de 20 de dezembro de 2002, e regulamentada pelo Decreto nº 4.298, de 11 de julho de 2002. O objetivo da equipe do governo eleito consiste em obter os dados e informações necessárias para manter o funcionamento dos órgãos e entidades que compõem a Administração Pública e preparar os atos de iniciativa do novo Presidente da República, a serem editados imediatamente após a posse.

No Brasil, nem todos estados e municípios possuem legislações que tratam sobre o tema. Estes entes federativos se amparam no inciso XXXIII do art. 5º da Constituição da República, na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011<sup>3</sup> e nas instruções e deliberações dos Tribunais de Contas<sup>4</sup> para formar suas equipes de transição de governo.

---

<sup>3</sup> Conhecida como Lei de Acesso à Informação.

<sup>4</sup> O Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, de forma precária, estabelece os procedimentos para o final de mandato, consoante o que dispõe a Deliberação nº 248.

De forma simétrica, em regra, a equipe de transição de governo é formada por membros<sup>5</sup> indicados pelo candidato eleito e terão acesso às informações relativas às contas públicas, aos programas e aos projetos do governo. Os agentes públicos dos órgãos e entidades da Administração Pública ficam obrigados a fornecer as informações solicitadas pelo Coordenador da equipe de transição, bem como a prestar-lhe o apoio técnico e administrativo necessários aos seus trabalhos.

Ainda que os municípios não possuam normas que tratam do assunto, a transição de governo e o acesso as informações não se inserem no campo da discricionariedade, ao contrário, estamos diante da obrigatoriedade de observância dos princípios republicanos de manutenção da democracia e do interesse público, a saber: publicidade, acesso a informação, eficiência, transparência e probidade.

Entretanto, a animosidade gerada no processo eleitoral e a consequente derrota influenciam as decisões do político que será sucedido, levando-o a cometer atos de gestão atentatórios ao Estado democrático de Direito. Por tais razões, o político derrotado se recusa a realizar a transição de governo. Essa medida se caracteriza quando este político nega acesso as informações e não institui a comissão de transição. Este comportamento configura atentado ao interesse da coletividade, pois o novo gestor por meio do conhecimento prévio poderá garantir estabilidade das ações governamentais e segurança jurídica necessária para a prática dos atos iniciais de gestão. O acesso a informação nada mais é do que um reflexo da obrigatoriedade de observância dos princípios constitucionais, notadamente, o princípio da publicidade.

Diversos tribunais de contas emanaram normas que obrigam a instituição da transição de governo, mediante a recusa do político em exercício em instituí-la, conforme tabela abaixo:

**Tabela 01 – Normas e instruções que regulamentam a transição de governo**

<b>Estado</b>	<b>Normas de transição de governo</b>
Acre	Resolução nº 101/2016
Alagoas	Resolução normativa nº 003/2016
Amapá, Bahia, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo	Não há normatização
Amazonas	Resolução nº21/2012
Ceará	Instrução normativa nº 001/2016
Distrito Federal	Não se aplica
Mato Grosso do Sul	Resolução nº 101/2016
Pará	Resolução nº 18.368/2012
Paraíba	RN TC nº 007/2016

<sup>5</sup> A lei federal criou cargos para os membros da equipe de transição, logo, esses são remunerados. Na esfera municipal, por ausência de normatização, tais cargos não foram criados, logo, esses profissionais não são remunerados pela Administração Pública. Em verdade, no cotidiano estes profissionais são voluntários que visam um cargo no início do novo período mandatário.

Pernambuco	Resolução nº 27/2016
Piauí	Lei nº 6253/2013
Rio Grande do Norte	Resolução nº 27/2016
Rondônia	Decisão normativa nº 001/2016 TCE-RO
Roraima	Instrução Normativa 001/2008 TCE-RR
Sergipe	Resolução nº 301/2016
Tocantins	Resolução nº 002/2016

Tabela organizada pelos autores com dados dos Tribunais de Contas

A tabela acima demonstra que onde há concentração de poder político e econômico, os tribunais de contas não normatizaram a transição de governo, como por exemplo, o caso da região Norte, em que apenas o Estado do Amapá não contém tais normas. Ainda nesse contexto, verificamos que na região Nordeste, apenas os Estados da Bahia e Maranhão não possuem normatização da transição de governo. Nota-se, destarte, que os valores democráticos são afrontados pelo poder político e econômico.<sup>6</sup>

Do mesmo modo, os Estados das regiões Sul e Sudeste os Tribunais de Contas não emanaram instruções que normatizam a transição governamental, restringindo-se em alguns casos, em elaboração de cartilhas e manuais, bem como, realização de seminários e palestras.

Nos últimos tempos, a resistência em instituir a equipe de transição de governo e negar dados e informações ao político eleito tem sido combatida no Poder Judiciário. Por exemplo no Município de Mesquita no Estado do Rio de Janeiro, o juízo da Segunda Vara Cível proferiu a seguinte decisão:<sup>7</sup>

Trata-se de demanda em que o autor alegou que, para possibilitar a realização da transição de governo, com o objetivo de atender os princípios da continuidade da administração pública, legalidade, eficiência, publicidade e transparência, bem como, em atenção ao inciso XXXIII do art. 5º, art. 37 e parágrafo 2º do art. 216, todos da Constituição da República Federativa do Brasil, Lei 10609, de 20 de dezembro de 2012, Deliberação 248 do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro e artigos 17 e 104 da Lei Orgânica do Município e Decreto Municipal 1200/2012, protocolou requerimento com a indicação de sua equipe de transição com o intuito de obter informações e atender o interesse público e não obteve qualquer resposta do réu (fls. 22/23). Efetivamente, como a adequação do ato de transição de governo atende, de forma primordial, o interesse dos administrados, e considerada a normativa toda acima referida, suficiente, defiro a formação da equipe de transição, na forma requerida, bem como o fornecimento dos seguintes dados essenciais [...]. Intime-se, por fim, a parte ré pessoalmente para cumprimento da ordem liminar - com prazo de 72 horas para cumprimento- sob pena de busca e apreensão das informações.

Extrai-se, portanto, que os fundamentos para constituição obrigatória da equipe de transição consistem em atender os princípios da continuidade da administração pública, legalidade, eficiência, publicidade e transparência, bem como, cumprimento ao inciso

<sup>6</sup> É de conhecimento geral que há concentração do poder político e econômico da família Sarney no Maranhão e no Amapá.

<sup>7</sup> Processo nº 0023136-08.2016.8.19.0213, que tramita na Segunda Vara Cível da comarca de Mesquita do Estado do Rio de Janeiro.

XXXIII do art. 5º, art. 37 e parágrafo 2º do art. 216, todos da Constituição da República Federativa do Brasil.

Esse arcabouço jurídico serve como instrumento de controle quando ocorre a recusa de instituição da transição de governo. Indubitavelmente, quando ocorre resistência na sua instauração, certamente acarretará prejuízos à coletividade e afetação ao Estado democrático de Direito. A conduta do político em exercício, nessas hipóteses, caracteriza uma relação de inimigos entre os gestores públicos. Tal conduta deve ser repudiada, como se verá adiante.

## **2 A relação de inimigo e adversário em Chantal Mouffe**

Conforme explicado acima, a instituição do processo de transição de governo é recusada quando o político eleito é opositor ao que está em exercício. Tal não é a postura mais democrática!

Nas hipóteses de término e início de mandato político, a teoria de Chantal Mouffe orienta que os políticos deverão optar pela conduta agonística e não uma conduta antagônica, com o desiderato de preservar o bem comum, afastando-se das mazelas que circundam o pleito eleitoral, como a vingança e a concorrência desmedida.

Mouffe faz uma crítica ao atual momento *Zeigeist* “pós-político”, distinguindo a “política” do “o político”. Estando a primeira no plano da investigação dos fatos de gestão ou representação, enquanto que “o político” se encontra no plano das ações do agente político. O presente estudo extrairá o conceito de “o político para demonstrar que o ato de negar o processo de transição de governo não se enquadra no Estado democrático contemporâneo.

Mouffe defende a sobrevivência do dissenso e do conflito nas deliberações, porém não descarta o bem comum central. Ela defende, ainda, a distinção entre inimigo e adversário, admitindo que esse detém algo em comum com seu opositor, enquanto o outro, não.

Em prosseguimento, a citada autora se aproxima da realidade quando inclui na matriz democrática radical o elemento passional, paixão. São raras as vezes que os políticos atuam no plano apenas da razão e do interesse público após uma guerra eleitoral, tendo em vista que naquele período, foram inúmeras acusações e ofensas recíprocas proferidas. Portanto, o elemento passional advindo da derrota é um dos elementos que consubstanciam a recusa de se realizar o processo de transição de governo.

No entanto, o político que será sucedido, motivado pela paixão, sem observar o interesse geral de manutenção da democracia, afeta a despersonalização do poder, a finalidade do Estado, e ainda, o entendimento que o povo é soberano. Neste cenário, ao negar ou

dificultar a plena e salutar continuidade da administração pública, não há dúvidas que tal conduta não é democrática.

A realidade e a verdade, de acordo com os pragmáticos, são maleáveis e se moldam de acordo com o agir do homem. No caso das transições de governo é inerente da guerra eleitoral que a realidade não se opera de acordo com o senso comum. Portanto, mesmo para aqueles que defendem a existência de um mundo livre, cujo o consenso é alcançado pelo diálogo, na realidade ainda há conflitos entre os inimigos ou adversários.

Em verdade, engana-se aquele que imagina que o antagonismo não está presente no cotidiano. Não acreditamos que a democracia possa ser balizada apenas na sociabilidade humana, pois a animosidade e divergências sempre estarão presentes nos debates políticos. O consenso democrático deve ser sopesado com os fatos reais. A recusa de viabilizar acesso às informações ao seu opositor na realidade é uma relação de dissenso.<sup>8</sup>

Mouffe (2015, p. 5) corrobora com o entendimento que o dissenso e o uso de elementos passionais ainda persistem no dia a dia:

O erro do racionalismo liberal é ignorar a dimensão afetiva que as identificações coletivas mobilizam e imaginar que essas supostas “paixões” arcaicas irão certamente desaparecer com o crescimento do individualismo e o avanço da racionalidade

Levando em conta que há conflito e dissenso na transferência de poder entre opositores políticos, impõe-se distinguir o político antagônico do agonístico.

O político antagônico não reconhece a legitimidade de seu opositor, tratando-o como um inimigo que deve ser erradicado. Enquanto o político agonístico, ao contrário, reconhece seu opositor como legítimo e compreende possuir algo em comum, logo, são adversários, não inimigos. (MOUFFE, 2015, p. 19)

No caso da transição de governo, o político antagônico ao negá-la, não reconhece a derrota e, movido pela vingança, acaba afetando a coletividade. Enquanto que aquele que institui a transição de governo e reconhece seu oponente como adversário consegue alcançar o bem comum, qual seja a continuidade da administração pública e a manutenção da democracia.

Ainda que saibamos que há distanciamento dos membros da sociedade nas deliberações políticas, mediante a conformação consensual imposta pelo pluralismo político. Na política sempre haverá uma dimensão partidária, em que as pessoas escolhem as

---

<sup>8</sup> Mouffe (2015, p. 5) corrobora com o entendimento que o dissenso e o uso de elementos passionais ainda persistem no dia a dia: “O erro do racionalismo liberal é ignorar a dimensão afetiva que as identificações coletivas mobilizam e imaginar que essas supostas “paixões” arcaicas irão certamente desaparecer com o crescimento do individualismo e o avanço da racionalidade.”

alternativas reais. Não se defende o fim do conflito ou do debate, ao revés, é salutar que existam gestores públicos opositores, mas o reconhecimento da legitimidade de seu adversário é importante para manutenção da democracia. O político derrotado nas urnas não pode ser um absoluto antagonista, ao passo de ser inimigo de seu opositor e de toda a sociedade.

Destarte, no mundo contemporâneo, não há dúvidas, que os ideais políticos buscam a convivência democrática, todavia, há enorme distância entre o ideal e a realidade, conforme Mouffe (2015, p. 31):

Se considerarmos “liberdade e igualdade para todos” como os princípios “ético-políticos” da democracia liberal (o que Montesquieu definiu como “as paixões que movem o regime”), fica claro que os problemas de nossas sociedades não são os ideais que elas proclamam, mas o fato que esses ideais não são postos em prática. Portanto, a tarefa da esquerda não é rejeitá-los, com o argumento que se trata de um engodo e de um pretexto para a dominação capitalista, mas lutar pela sua implementação.

Por tais razões, impõe-se ao político derrotado nas eleições o dever de reconhecer a legitimidade de seu adversário, bem como, contribuir para que os ideais da sociedade sejam colocados em prática.

Neste contexto, o político, ao negar a transição de governo, age como inimigo da sociedade, pois de forma inequívoca prejudica a continuidade da administração pública, ultimando o enfraquecimento da democracia, pois afinal de contas o povo, por sufrágio, escolheu seu opositor para substituí-lo.

Na prática, na transição de governo, se identifica que a relação entre os gestores públicos não é consensual porque a realidade das adversidades se sobrepõem ao ideal democrático, posto que os sentimentos passionais de inimizade e vingança oriundos da guerra eleitoral estão presentes nas decisões que negam fornecer dados e informações na transferência de poder.

### **Considerações finais**

O presente ensaio se propôs analisar, de forma não exaustiva, a relação entre o político derrotado e o político eleito, e quando são opositores, passa a ser uma relação entre inimigos, bem como a decisão que nega a realização do instituto da transição de governo é eivada por sentimentos passionais.

Amparado na literatura de Chantal Mouffe, entende-se que a relação acima descrita não deve ser de inimizade, podendo ser de adversariedade, em que pessoas possuam



pensamentos distintos, mas que se reconheça a legitimidade do opositor e se preservem os ideais da vida em sociedade, sobretudo, o da preservação da democracia.

Portanto, as críticas ao político que será sucedido quando ele nega a realização do processo de transição de governo são proferidas em razão do prejuízo que tal medida poderá ocasionar na continuidade da administração pública, principalmente, no início da nova administração.

No plano normativo, restou demonstrando que há previsão legal suficiente para que a transição de governo não seja objeto de discricionariedade do gestor público. Mesmo nos entes federativos em que as Cortes de Contas não deliberam ou instruem seus administrados a realizar o processo de transição, a lei de acesso a informações já promove amparo legal para obrigar o gestor público em exercício fornecer os dados e informações necessários para o prefeito eleito.

Destacamos algumas considerações que enfatizam a realidade dos processos de transição de governo nos municípios em que o político eleito é opositor do político em exercício:

*(i)* O fornecimento de dados e informações é imperioso, consoante o que dispõe a lei de acesso as informações e o princípio da continuidade da administração pública. *(ii)* Que o político derrotado nas urnas nega o fornecimento de dados e informações, talvez movido por um sentimento passional de ódio ou vingança, advinda da guerra eleitoral. Não obstante, ele possua os mesmos ideais de preservação da democracia, ao agir ele inseriu em sua conduta um terceiro elemento na conduta liberal, enfim, a ação de negar é desencadeada pela paixão. *(iii)* Que ao negar a transição de governo o político derrotado afeta a democracia ao despersonalizar o poder e enfraquecer a soberania popular, que no processo eleitoral escolheu seu opositor para substituí-lo. *(iv)* Em virtude dos valores democráticos, os políticos devem ser adversários e não inimigos, para tanto, impõe-se na transferência de poder o dever de reconhecer a legitimidade de seu opositor vencedor, bem como, conjugar o núcleo comum, qual seja: o interesse e finalidade da sociedade.

Encerrando, é obrigatória a transição de governo, com o fornecimento de dados e informações suficientes ao político eleito para que suas ações de início de gestão sejam eficientes e seguras. A relação conflituosa e de dissenso deve se basear na política agonística, isto é, tratar seu oponente como adversário, nunca como inimigo, reconhecendo sua legitimidade e os elementos comuns dos lados distintos que, notadamente, é o bem comum.

## Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

\_\_\_\_\_. Poder Executivo. Lei nº 10.609, de 20 de dezembro de 2002. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 dez. 2002.

\_\_\_\_\_. Poder Executivo. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. Poder Executivo. Decreto nº 4.298, de 11 de julho de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 jul. 2002.

DURKHEIN, Emile. Tradução Aldo Litaiff. **Pragmatismo e Sociologia**. Florianópolis: Editora da UFSC. 2004.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Poder Legislativo. Deliberação nº 248 de 29 de abril de 2008. **Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro (RJ), 06 mai. 2008.

\_\_\_\_\_. Poder Judiciário. Processo 023136-08.2016.8.19.0213. Diário de Justiça. Rio de Janeiro (RJ).

MOUFFE, Chantal. Tradução Fernando Santos. **Sobre o Político**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2015.

# BRASIL, PÁTRIA DAS LIBRAS: O DIREITO FUNDAMENTAL À CULTURA DOS SURDOS

Vivianne Rodrigues de Melo\*

**Resumo:** O trabalho busca avaliar se o direito fundamental à cultura é factível aos portadores de surdez no Brasil. Estuda o reconhecimento das libras enquanto primeira língua oficial de comunicação dos surdos no Brasil e legislações advenientes que envolvem a temática da acessibilidade. Trata-se de pesquisa qualitativa, realizada mediante consulta a doutrina e à fontes legislativas. Registra exemplos pontuais de experiências em acessibilidade cultural aos surdos no Brasil. Conclui que no Brasil os surdos não são totalmente alijados do exercício dos direitos culturais, mas há muito que se evoluir, ao se ter em conta o princípio da universalidade e a dignidade da pessoa humana, enquanto vetor axiológico máximo da ordem constitucional.

**Abstract:** This study aims to evaluate if the fundamental right to culture is feasible to those with deafness in Brazil. It assesses the recognition of Libras as the first official language of communication for the deaf in Brazil and the related legislation that involves the accessibility issue. It is a qualitative research, done through consultation of doctrine and legislative sources. It records specific examples of experiences in cultural accessibility for the deaf in Brazil. It concludes that in Brazil the deaf are not totally deprived of the exercise of cultural rights, but there is a great deal of room for improvement, taking into account the principle of universality and the dignity of the human person, as the maximum axiological vector of the constitutional order.

**Palavras chave:** Surdos. Direito fundamental. Cultura.

**Keywords:** Deaf people. Fundamental right. Culture.

## 1. INTRODUÇÃO

Ser surdo no Brasil há longo tempo é condição discriminatória diante da “ouvintização”, a medida em que a sociedade “absolutiza a divisão surdo/ouvinte, levando os surdos à miragem dos ouvintes como um paraíso perdido<sup>1</sup>”.

---

\* Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. Mestre e Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa (Portugal).

<sup>1</sup> WITKOSKI, Sílvia Andreais. Surdez e preconceito: a norma da fala e o mito da leitura da palavra falada. **Revista Brasileira da Educação**. 2009, p. 568.

A presente pesquisa, levada a efeito a partir do método dedutivo, com base em investigação bibliográfica e legislativa, tem por objetivo avaliar se as políticas públicas para a garantia do direito fundamental à cultura aos surdos são eficientes no Brasil.

## 2. A “LÍNGUA DA SURDEZ” NO BRASIL

A surdez ou a hipoacúsia é perda ou a diminuição considerável da audição como sentido humano relacionado à percepção dos sons. As dificuldades auditivas são classificadas em: "Surdez Leve: perda auditiva entre 25 dB e 40 dB, Surdez Média: perda auditiva entre 41 dB e 70 dB, Surdez Severa: perda auditiva entre 71 dB e 90 dB, Surdez Profunda: perda auditiva acima de 90 dB<sup>2</sup>".

Segundo registros da Organização Mundial da Saúde (OMS), divulgados no ano de 2015, estima-se que 28 milhões de pessoas no Brasil são acometidas de surdez, o que, à época, equivalia a 14% da população<sup>3</sup>. Obviamente tais dados constituem estimativas que poderiam variar para mais ou para menos, o que não desconstitui os altos índices de perda auditiva e sua caracterização como interesse de saúde pública.

A surdez pode representar um fator de dificuldades acirradas ao indivíduo que vive em uma sociedade despreparada para acolher as necessidades da população surda. Nas palavras de Rui Nunes: "A pessoa surda – recém-nascido, criança, jovem ou adulto – vai deparar-se com novos desafios no futuro. Desafios estes colocados pela sociedade ao confrontar-se com o enorme impacto da deficiência auditiva e com o modo de a minorar num contexto de alguma intolerância cultural<sup>4</sup>".

Com o passar do tempo, o conhecimento de mundo acompanha a evolução da própria humanidade. Santana e Bergamo identificam pontual mudança da percepção cultural de estatuto da surdez: "de patologia para fenômeno social, vem acompanhada também de uma mudança de nomenclatura, não só terminológica, mas conceitual: de deficiente auditivo para surdo, ou ainda Surdo<sup>5</sup>".

---

<sup>2</sup> RIBAS, Armando Cardoso. **Diretrizes para desenvolvimento de ícones digitais acessíveis ao público surdo**. 2018, p. 38.

<sup>3</sup> CREVILARI, Vinicius. Quase 30 milhões de brasileiros sofrem de surdez. Aumento da expectativa de vida e uso de aparelhos sonoros com volume elevado contribuem para crescimento de casos. 2019. [Em linha].

<sup>4</sup> NUNES, Rui. Seleção de doentes para o implante de ouvido médio. 2000, p. 94.

<sup>5</sup> SANTANA, Ana Paula; BERGAMO, Alexandre. Cultura e identidade surdas: encruzilhada de lutas sociais e teóricas. **Educ. Soc.** 2005.

A lei federal nº. 10.436, de 24 de abril de 2002 oficializa a Língua Brasileira de Sinais (Libras) como "meio legal de comunicação e expressão" de essencial importância para as comunidades surdas do Brasil<sup>6</sup> (art. 1º). Tal lei foi regulamentada pelo decreto nº. 5.625, de 22 de dezembro de 2005, que caracteriza a pessoa portadora de surdez como "aquela que, por ter perda auditiva, compreende e interage com o mundo por meio de experiências visuais, manifestando sua cultura principalmente pelo uso da Língua Brasileira de Sinais - Libras (art. 2º)<sup>7</sup>".

A "língua da surdez" no Brasil tem nome: Libras. A Língua Portuguesa não deixa de perder importância: passa a ser considerada língua de instrução na modalidade escrita. Na via comunicacional dos surdos, todavia, as libras são precípuas e representam a abertura para uma nova perspectiva de cultura e exercício de direitos.

No Brasil a égide da Política Nacional de Educação Especial aos surdos foi definida pela lei nº. 10.436/2002, que introduziu a educação inclusiva. Trata-se de modalidade de ensino voltada para o atendimento educacional especializado, dotado de orientação docente e discente, com direcionamento para turmas do ensino regular<sup>8</sup>.

### 3. A CULTURA NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A cultura é um direito fundamental que recebe especial atenção no texto da Constituição da República Federativa do Brasil. Nos termos do art. 215, *caput* da Constituição Federal de 1988 (CF-88), ao Estado cabe "garantir a democratização da cultura, o exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, bem como o apoio e o incentivo à valorização e à difusão das manifestações culturais<sup>9</sup>".

Dentre as frentes constitucionalmente previstas no Plano Nacional de Cultura destaca-se: produção, promoção e difusão de bens culturais (art. 215, inciso II, CF-88), formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões (art. 215, inciso III, CF-88) e democratização do acesso aos bens de cultura (art. 215, inciso IV, CF-88).

---

<sup>6</sup> BRASIL. Lei nº. 10.436, de 24 de abril de 2002. Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras e dá outras providências. [Em linha].

<sup>7</sup> BRASIL. Decreto nº. 5.626, de 22 de dezembro de 2005. **Regulamenta a Lei nº. 10.436, de, 24 de abril de 2002, que dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras, e o art. 18 da Lei nº. 10.098, de 19 de dezembro de 2000.** [Em linha].

<sup>8</sup> CASSIANO, Paulo Victor. O surdo e seus direitos: os dispositivos da Lei 10436 e do Decreto 5.626. Centro Virtual de Cultura Surda. 2017, p. 13.

<sup>9</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. [Em linha].

Segundo Letícia Borges o legislador constituinte de 1988 adotou uma visão de cultura semiótica e antropológica, vez que a cultura consiste na " manifestação de valores do povo em seus diferentes contextos sociais, geográficos, religiosos e econômicos, por meio do conjunto de fazeres e saberes acumulados ao longo do tempo<sup>10</sup>".

O Sistema Nacional de Cultura no Brasil é estruturado de forma colaborativa, descentralizada e mediante gestão participativa de políticas públicas partilhadas entre entes federativos e sociedade (art. 216-A, *caput*, CF-88). Identifica-se no art. 216-A da CF-88 um rol de princípios que atuam como pilares estruturais do Sistema Nacional de Cultura:

I - diversidade das expressões culturais; II - universalização do acesso aos bens e serviços culturais; III - fomento à produção, difusão e circulação de conhecimento e bens culturais; IV - cooperação entre os entes federados, os agentes públicos e privados atuantes na área cultural; V - integração e interação na execução das políticas, programas, projetos e ações desenvolvidas; VI - complementaridade nos papéis dos agentes culturais; VII - transversalidade das políticas culturais; VIII - autonomia dos entes federados e das instituições da sociedade civil; IX - transparência e compartilhamento das informações; X - democratização dos processos decisórios com participação e controle social; XI - descentralização articulada e pactuada da gestão, dos recursos e das ações; XII - ampliação progressiva dos recursos contidos nos orçamentos públicos para a cultura.

José Afonso da Silva assinala que os direitos culturais na ordem constitucional brasileira são regidos pelo princípio da universalidade, visto se tratar de "direitos garantidos a todos<sup>11</sup>". Com base na universalidade, "o Estado possui papel determinante no financiamento direto das atividades artísticas e culturais, devendo regular o mercado e sanar desigualdades econômicas e sociais, quer de estados da federação, quer de minorias étnicas e culturais<sup>12</sup>".

#### **4. DIREITO FUNDAMENTAL À CULTURA AOS SURDOS: CAMINHOS PARA A ACESSIBILIDADE**

Ferreira e Mango caracterizam a natureza dos direitos culturais como direitos fundamentais, "tendo em vista que são essenciais para o exercício da plena cidadania e de

---

<sup>10</sup> BORGES, Letícia Menegassi. A tutela constitucional da cultura no Brasil. 2016, p. 244.

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 2004, p. 313.

<sup>12</sup> NATARELLI, Talita. A cultura do povo e para o povo: direito fundamental erradicado. 2012, p. 12.

uma vida digna, em consonância com os demais princípios e garantias fundamentais instituídos constitucionalmente, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, e os demais<sup>13</sup>”.

A partir desse ponto, cumpre investigar se no Brasil o acesso dos surdos à cultura é um direito fundamental exequível. A lei brasileira nº. 10.098, de 19 de dezembro de 2000<sup>14</sup>, é a normativa que estabelece questões gerais para a promoção da acessibilidade a pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida. Ao versar sobre a acessibilidade nos sistemas de comunicação e sinalização, o art. 17, *caput*, da versada lei federal atribui ao Poder Público a condução de políticas voltadas para a eliminação de barreiras comunicacionais e a estruturação de mecanismos e alternativas técnicas que proporcionem acessibilidade da comunicação e sinalização, em benefício dos portadores de deficiência sensorial e com dificuldade de comunicação, "para garantir-lhes o direito de acesso à informação, à comunicação, ao trabalho, à educação, ao transporte, à cultura, ao esporte e ao lazer".

Perlin e Strobel propõem o estudo da história cultural direcionada aos surdos enquanto um desafio pós-contemporâneo de fortalecimento da cultura surda sob os signos da afirmação e da reinvenção de valores, ao invés da vetusta significação do colonizado, vitimado ou marginalizado: "muitos espaços que possibilitam novos signos e significados que nos motivam, estando presentes em nosso cotidiano e que nos trazem algo mais desejado - encarnar essas possibilidades como pessoas completamente diferentes<sup>15</sup>".

Fato é que os surdos vivem em um mundo amplamente voltado para não surdos. "Ouvintes e surdos vivem juntos como sujeitos 'multiculturais' ou 'interculturais', em meio à falta de comunicação por questões linguísticas, mesmo vivendo em um mesmo país<sup>16</sup>". Apesar de a arte também ter uma linguagem própria, que utiliza as cores, a imaginação, a plástica, a expressão corporal, os sons, em regra, são elementos essenciais a diversas manifestações artísticas, a exemplo de um espetáculo teatral. Em outras palavras, em regra, as experiências culturais passam pelo som.

Nesse panorama multicultural do Brasil, como tem sido a participação dos surdos, sob o ponto de vista do acesso à cultura?

---

<sup>13</sup> FERREIRA, Gustavo Assed; MANGO, Andrei Rossi. Cultura como direito fundamental: regras e princípios culturais. 2017, p. 95-96.

<sup>14</sup> BRASIL. Lei nº. 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. [Em linha].

<sup>15</sup> PERLIN, Gladis; STROBEL, Karin. História cultural dos surdos: desafio contemporâneo. 2014, p. 20.

<sup>16</sup> SILVA, João Paulo Ferreira da; ROJAS, Angelina Acetta, TEIXERA, Gerlinde Agate Platais Brasil. Acessibilidade comunicacional aos surdos em ambientes culturais. 2015, p. 106.

Janaí Pereira enfatiza que apesar da regulamentação introduzida pela lei nº. 10.436/02 e decreto nº. 5.626/05, "percebe-se um silenciamento de artistas surdos pela história da arte, bem como o registro de metodologias de ensino de artes para discentes surdos<sup>17</sup>".

A respeito da inclusão dos surdos nas exposições cinematográficas, Juliana Melo<sup>18</sup> ressalta que mesmo os filmes estrangeiros legendados nos cinemas podem oferecer dificuldades aos surdos, vez que diversos sons não são representados na escrita, como os sons de tiros ou sirenes.

Trazemos à colação o projeto de lei federal (PL) nº. 1078, de 15 de maio de 2007<sup>19</sup>, que disciplina a adoção de legenda em filmes nacionais e em exposições de peças teatrais. Segundo o art. 1º, *caput*, produtos cinematográficos devem ser legendados e peças teatrais devem ser interpretadas em linguagem compreensível aos surdos. Observa-se que o texto do projeto de lei utiliza a expressão "portadores de deficiência auditiva".

Os cinemas cuja infraestrutura tiver mais de uma sala de exposição, quando oferecerem o mesmo filme em duas salas, poderão limitar a exposição da versão legendada em apenas uma delas (art. 1º, §2º). Já o teatro deverá investir em equipamento próprio para a exposição de legenda ou recurso que garanta linguagem de expressão acessível aos surdos (art. 3º, *caput*).

Quanto à acessibilidade cultural nos museus brasileiros a pesquisa de Chalhub et al, empreendida, por exemplo, junto à coletânea de cadernos museológicos Instituto Brasileiro de Museus (IBRAM) e ao guia de visitação do Museu Nacional (que teve o acervo de mais de 20 milhões de peças incendiado, em 03/09/2018), revela que alguns museus "já deram os primeiros passos nesta direção, na medida em que já se utilizam de tecnologias como QR code, vídeos com legendas (MN) e vídeos em LIBRAS (MPEG), como também Áudio Guias, réplicas tácteis e desenhos além de profissionais capacitados para guiar a visita de surdos em seus espaços (MN)<sup>20</sup>".

Há no mínimo quatro anos a cidade de São Paulo é referência na acessibilidade em espetáculos culturais. Em 2015 a Casa de espetáculos HSBC adotou o sistema de libras e de audiodescrição em diversos eventos do calendário cultural anual o Itaú Cultural manteve em cartaz comédias com tradução interativa de libras no palco<sup>21</sup>. Outras capitais também já

---

<sup>17</sup> PEREIRA, Janaí de Abreu. Narrativas visuais: o silenciamento do ensino de arte para surdos. 2017, p. 2663.

<sup>18</sup> MELO, Juliana Valeria. **Percepção do surdo sobre acessibilidade no cinema.** 2015, p. 25.

<sup>19</sup> BRASIL. Projeto de Lei nº 1078, de 15 de maio de 2007. Dispõe sobre a adoção de legenda em filmes Nacionais e em exposições de peças teatrais. Proposto pelo Deputado. [Em linha].

<sup>20</sup> CHALHUB, Tania; BENCHIMOL, Alegria; ROCHA, Luisa Maria Gomes. Acessibilidade e inclusão: informação em museus para surdos. 2015, p. 17

<sup>21</sup> BARSANELLI, Maria Luisa. Tradução para cegos e surdos se espalha por espetáculos em São Paulo. 2015 [Em linha]



produziram algumas modalidades culturais com tradução simultânea de Libras, a exemplo de Brasília, Rio de Janeiro e Belo Horizonte.

## 5. CONCLUSÃO

Em breves notas conclusivas, registramos que:

5.1. A cultura é um direito fundamental consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil. A universalidade da cultura envolve a sua democratização, que inclui a acessibilidade aos surdos enquanto pessoas diferenciadas que necessitam de linguagem especial para a comunicação. As libras representam uma grande conquista para os portadores de surdez.

5.2 No Brasil não há uma plataforma coesa de acessibilidade dos surdos aos direitos culturais. Destaca-se a importância da aprovação do PL n.º. 1078/2007, como baliza legal para normatizar a adoção de legenda em filmes nacionais e de tradução aos surdos em exposições de peças teatrais. Registra-se, todavia, iniciativas e tratamentos especiais empreendidas por cineastas e produtores culturais, para oportunizar aos surdos no Brasil o exercício dos direitos culturais.

5.3. O exercício do direito fundamental à cultura pelos surdos demanda a mão forte do Estado, enquanto agenda maior do Sistema Nacional de Cultura. Mas além de políticas públicas estatais a cultura também envolve iniciativas sociais, bem como uma cultura inclusiva. Concordamos com o ponto de vista expresso por Álvaro Cruz<sup>22</sup>, ao frisar que a sociedade deve considerar as necessidades da pessoa deficiente: [...] claro que o ‘problema’ não é o do surdo, que não entende o que está sendo dito na TV, e, sim, da emissora que não colocou a legenda (sistema closed-caption) [...]’.

5.4. O encontro dos surdos com o direito fundamental à cultura tem como instrumental as libras, verdadeira conquista praticada no Brasil. Releva considerar que o exercício da democracia cultural deve partir da educação, da conscientização social pela respeitabilidade (com os diferentes) e pela oportunidade de integração social para aqueles que trabalham com os sentidos. “O surdo precisa conhecer artistas surdos e ter contato com a arte surda através de fotos, pinturas, esculturas, teatro. Deve-se levar em consideração que os olhos, mãos, expressão corporal e facial são sinais de referência para os surdos<sup>23</sup>”.

---

<sup>22</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O direito à diferença. 2003, p. 132-133.

<sup>23</sup> FERREIRA, Carla Rodrigues; ZINGANO, Ester Miriane. A arte com deficientes auditivos. 2013, p. 53.

5.5. Proporcionar cultura aos surdos no Brasil depende sobremaneira de programas ativos de exercício à cultura. Nessa pesquisa não conseguimos registrar iniciativas de acesso à cultura, em linguagem inteligível aos surdos, em algumas capitais e tampouco no interior do país. Dessa forma, salvo melhor juízo, podemos concluir que no Brasil há muito que se evoluir, em termos de acessibilidade e democratização cultural aos surdos, ao se ter em conta o princípio da universalidade e a dignidade da pessoa humana, enquanto vetor axiológico máximo da ordem constitucional.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARSANELLI, Maria Luisa. Tradução para cegos e surdos se espalha por espetáculos em São Paulo. **TV Folha**. [Em linha]. Publicado em 05, jun. 2015. [Consult. 11 mai. 2019]. Disponível em <URL: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2015/06/1637854-traducao-para-cegos-e-surdos-se-espalha-por-espetaculos-em-sao-paulo.shtml>>.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. [Em linha]. [Consult. 11 mai. 2019]. Disponível em <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

BRASIL. Lei n.º. 10.098, de 19 de dezembro de 2000. **Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências**. [Em linha]. Disponível em <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/110098.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/110098.htm)>.

BRASIL. Lei n.º. 10.436, de 24 de abril de 2002. **Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras e dá outras providências**. [Em linha]. [Consult. 09 mai. 2019]. Disponível em <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110436.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110436.htm)>.

BRASIL. Decreto n.º. 5.626, de 22 de dezembro de 2005. **Regulamenta a Lei n.º. 10.436, de, 24 de abril de 2002, que dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras, e o art. 18 da Lei n.º. 10.098, de 19 de dezembro de 2000**. [Em linha]. [Consult. 09 mai. 2019]. Disponível em <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/decreto/d5626.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5626.htm)>.

BRASIL. Projeto de Lei n.º 1078, de 15 de maio de 2007. **Dispõe sobre a adoção de legenda em filmes Nacionais e em exposições de peças teatrais**. [Em linha]. [Consult. 10 mai. 2019]. Disponível em <URL: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=B1D9CD90C505C686A8256DFB645AB4A7C.proposicoesWebExterno2?codteor=460132&filename=Tramitacao-PL+1078/2007](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B1D9CD90C505C686A8256DFB645AB4A7C.proposicoesWebExterno2?codteor=460132&filename=Tramitacao-PL+1078/2007)>.

BORGES, Leticia Menegassi. A tutela constitucional da cultura no Brasil. [Em linha]. **Revista Brasileira de História do Direito Jurídica**. [Em linha]. Brasília, v. 2, n.º. 1, jan.-jun. (2016), p. 241-260. [Consult. 11 mai. 2019]. Disponível em <URL: <https://indexlaw.org/index.php/historiadireito/article/view/728>>. ISSN: 2526-009x.

CASSIANO, Paulo Victor. O surdo e seus direitos: os dispositivos da Lei 10436 e do Decreto 5.626. Centro Virtual de Cultura Surda. [Em linha]. **Revista Virtual de Cultura Surda**, ed. n.º. 21, mai. (2017). [Consult. 07 mai. 2019]. Disponível <URL: [http://editora-arara-azul.com.br/site/revista\\_edicoes](http://editora-arara-azul.com.br/site/revista_edicoes)>. ISSN 1982-6842.

CHALHUB, Tania; BENCHIMOL, Alegria; ROCHA, Luisa Maria Gomes. Acessibilidade e inclusão: informação em museus para surdos. **XVI Encontro Nacional de Pesquisa em Ciência da Informação (XVI ENANCIB)**. Museu, Patrimônio e Informação Comunicação Oral. GT 9. Out. 2015. [Em linha]. [Consult. 08 mai. 2019]. ISSN 2177-3688. Disponível em <URL: <http://www.ufpb.br/evento/index.php/enancib2015/enancib2015/paper/viewFile/2863/1207>>.

CREVILARI, Vinicius. Quase 30 milhões de brasileiros sofrem de surdez. Aumento da expectativa de vida e uso de aparelhos sonoros com volume elevado contribuem para crescimento de casos. [Em linha]. **Jornal da USP**. São Paulo, 19 set. 2019. [Consult. 10, mai. 2019]. Disponível em <URL: <https://jornal.usp.br/atualidades/quase-30-milhoes-de-brasileiros-sofrem-de-surdez/>>.

CRUZ, Álvaro Ricardo. **O direito à diferença**. Belo Horizonte: Editora Del Rei, 2003.

FERREIRA, Gustavo Assed; MANGO, Andrei Rossi. Cultura como direito fundamental: regras e princípios culturais. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**. [Em linha]. Brasília, v. 3, n.º. 1, jan/jun (2017), p. 80-98. Disponível em <URL:

[https://www.researchgate.net/publication/322587182\\_CULTURA\\_COMO\\_DIREITO\\_FUNDAMENTAL\\_REGRAS\\_E\\_PRINCIPIOS\\_CULTURAIS](https://www.researchgate.net/publication/322587182_CULTURA_COMO_DIREITO_FUNDAMENTAL_REGRAS_E_PRINCIPIOS_CULTURAIS)>. ISSN: 2526-0111.

FERREIRA, Carla Rodrigues; ZINGANO, Ester Miriane. A arte com deficientes auditivos. **Artes Visuais. Maiêutica**. [Em linha]. ano 1, n.º. 1, jan. (2013), p. 51-54. ISSN 2525-8648. Disponível em < [https://publicacao.uniasselvi.com.br/index.php/ART\\_EaD/article/download/320/62](https://publicacao.uniasselvi.com.br/index.php/ART_EaD/article/download/320/62) >.

MELO, Juliana Valeria. **Percepção do surdo sobre acessibilidade no cinema**. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 2015, 94f., Dissertação de Mestrado em Ciências Médicas.

NATARELLI, Talita. A cultura do povo e para o povo: direito fundamental erradicado. **Cadernos de Campo: Revista de Ciências Sociais**. [Em linha], n.º. 16 (2012), p. 49-64. [Consult. 11 mai. 2019]. ISSN 1415-0689. Disponível em <URL: <https://periodicos.fclar.unesp.br/cadernos/article/view/7316>>.

NUNES, Rui. Seleção de doentes para o implante de ouvido médio. (p. 81-97). In: **Perspectivas na integração da pessoa surda**. Serviço de Bioética e Ética Médica. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2000.

PEREIRA, Janaí de Abreu. Narrativas visuais: o silenciamento do ensino de arte para surdos. (p. 2662-2678). Encontro da Associação Nacional de Pesquisadores em Artes Plásticas. Campinas: **Anais do 26º Encontro da Anpap**. Pontifícia Universidade Católica de Campinas, 2017.

PERLIN, Gladis; STROBEL, Karin. História cultural dos surdos: desafio contemporâneo. **Educar em Revista**. [Em linha]. n.º. 2 (2014). [Consult. 12 mai. 2019]. ISSN 0104-4060. DOI: 10.1590/0104-4060.37011.

RIBAS, Armando Cardoso. **Diretrizes para desenvolvimento de ícones digitais acessíveis ao público surdo**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2018. 215f. Tese de Doutorado em Engenharia e Gestão do Conhecimento.

SANTANA, Ana Paula; BERGAMO, Alexandre. Cultura e identidade surdas: encruzilhada de lutas sociais e teóricas. **Educ. Soc.** [Em linha], n.º. 91, v. 26, ago. (2005), p. 565-582. [Consult. 07 mai. 2019]. Disponível em <URL: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-73302005000200013&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302005000200013&lng=en&nrm=iso)>.

SILVA, João Paulo Ferreira da; ROJAS, Angelina Acetta, TEIXERA, Gerlinde Agate  
Platais Brasil. Acessibilidade comunicacional aos surdos em ambientes culturais.  
**Conhecimento & Diversidade**. [Em linha]. Niterói, n.º. 13, jan.-jun. (2015), p. 103-115.  
Disponível em <URL:  
[https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/conhecimento\\_diversidade/article/viewFile/1787/1427](https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/conhecimento_diversidade/article/viewFile/1787/1427) >. ISSN 2237-8049.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª. São Paulo:  
Malheiros Editores, 2004.

WITKOSKI, Sílvia Andreais. Surdez e preconceito: a norma da fala e o mito da  
leitura da palavra falada. **Revista Brasileira da Educação**. [Em linha]. n.º. 42, v. 14, n.º. 42,  
set/dez (2009), p. 565-606. [Consult. 11 mai. 2019]. Disponível em <URL:  
<http://www.scielo.br/pdf/rbedu/v14n42/v14n42a12.pdf> >. ISSN 1413-2478.

**A NECESSIDADE DE SUSTENTABILIDADE NA ATUAL SOCIEDADE DO  
RISCO EM RAZÃO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO: A ORIENTAÇÃO DOS  
PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA  
SOLIDARIEDADE INTERGERACIONAL**

Gabriela Soldano Garcez<sup>1</sup>

**RESUMO:** Diante da necessidade de proteção do meio ambiente para as futuras gerações, é imprescindível a conscientização das presentes gerações (realizada, prioritariamente, por meio de uma efetiva e adequada educação ambiental da população, disponibilizada por parte do Poder Público) e comprometimento com a responsabilização da manutenção dos níveis ambientais adequados, para que aqueles que ainda virão possam desfrutar de uma vida digna com qualidade ambiental, ou seja, que tenham acesso ao direito humano e fundamental conhecido como “meio ambiente ecologicamente equilibrado”, conforme dispõe o artigo 225, da Constituição Federal do Brasil, de 1988, ao afirmar que é dever tanto do Poder Público, quanto da população, defender e proteger o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, além de alçar o meio ambiente a condição e status de direito humano e fundamental. Portanto, deve-se implementar instrumentos efetivos para evitar o retrocesso ambiental, na atual Sociedade do Risco, que podem ser sugeridos e iniciados através da educação ambiental mencionada. Nessa linha de raciocínio, o presente artigo visa, primeiramente, abordar a significado da Sociedade do Risco hoje vivenciada, para, em seguida, apontar a educação ambiental como mecanismo de implementação do princípio da vedação ao retrocesso ambiental, possibilitando a manutenção do direito humano e fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Por fim, procura relacionar tal sistemática com os princípios da dignidade da pessoa humana (no seu enfoque ecológico) e solidariedade intergeracional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Desenvolvimento Sustentável; Sociedade do Risco; Retrocesso; Dignidade da pessoa humana; Educação.

**ABSTRACT:** Given the need to protect the environment for future generations, it is essential to raise awareness on the present generations (carried out, primarily, by means of an effective and adequate environmental education of the society, made available by the Public Power) and commitment to the accountability of the maintenance of the appropriate environmental levels, so that those who will still come maybe be able to enjoy a dignified life with environmental quality, i.e., have access to the human and fundamental right, known as "ecologically balanced environment", according to article 225, of the Constitution Federal of Brazil, of 1988, affirming that it is the duty of both the Government and the population to defend and protect the environment for present and future generations, in addition to raising the environment to the condition and status of human and fundamental right. Therefore, effective instruments must be implemented to avoid environmental regression, in the current

---

<sup>1</sup>Advogada. Professora da Universidade Católica de Santos. Mestre em Direito Ambiental e Doutora em Direito Ambiental Internacional, ambas com bolsa CAPES, pela Universidade Católica de Santos. Conciliadora e mediadora habilitada pela escola Paulista de Magistratura. Professora de cursos preparatórios para exame de OAB e concursos. E-mail: gabrielasoldano@unisantos.br

Risk Society, which can be suggested and initiated through the aforementioned environmental education. In this line of reasoning, this article aims, at first, to address the meaning of the Risk Society now experienced, and, then, to point to environmental education as a mechanism to implement the principle of the prohibition of environmental retrogression, making possible the maintenance of the human right of ecologically balanced environment. Finally, it relates such systematics to the principles of human dignity (in its ecological approach) and intergenerational solidarity.

**KEYWORDS:** Sustainable development; Risk Society; Retrocession prohibition; Dignity of human person; Education.

## INTRODUÇÃO

É nítida e cristalina a importância do meio ambiente para a vida humana não somente das presentes gerações, como também para aquelas que ainda virão. Por essa razão, ressalta-se a importância do comprometimento e da responsabilidade na manutenção dos níveis ambientais adequados pelas presentes gerações (tendo em vista a Sociedade do Risco atual) para que as futuras possam desfrutar de uma qualidade de vida digna.

Neste sentido, é necessária uma política legislativa efetiva e protetiva ao meio ambiente, bem como a manutenção dos níveis já consagrados de proteção, para que não haja qualquer retrocesso, o que está de acordo com o princípio da vedação ao retrocesso socioambiental, que, para sua total implementação, necessita da conscientização da sociedade a respeito das normas ambientais, a ser realizada por meio da Educação Ambiental, que possui por objetivo ensinar as presentes gerações a necessidade de preservação e defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nessa linha de raciocínio, o presente artigo visa analisar a atual Sociedade do Risco. Em seguida, aponta a educação ambiental como instrumento de implementação e viabilização do princípio da vedação ao retrocesso socioambiental, na medida em que permite a conscientização dos cidadãos acerca do meio ambiente, não permitindo empobrecimento na legislação protetiva.

Posteriormente, avalia o princípio da solidariedade intergeracional em relação à manutenção da qualidade ambiental, com a educação e a vedação ao retrocesso como mecanismos de manutenção da qualidade de vida das futuras gerações. Por fim, relaciona o princípio da dignidade da pessoa humana, demonstrando seu enfoque ecológico, correlacionando os princípios anteriormente mencionados.

## 1. BREVE ANÁLISE SOBRE A SOCIEDADE DO RISCO

Em razão dos problemas enfrentados globalmente, está na ordem do dia a sociedade pregada por Ulrich Beck como “Sociedade do Risco”<sup>2</sup>, uma “sociedade de produção industrial que, na sua evolução, dá lugar a uma sociedade de sequelas industriais reflexo dela mesma”<sup>3</sup>, que produzem riscos inerentes, capazes de comprometer a continuidade da própria sociedade em si.

Estes riscos são provocados pelas decisões humanas, que colocam em perigo a sobrevivência e o prolongamento da vida, afetando presentes e futuras gerações. Isso ocorre, porque, os efeitos das ações degradantes não são delimitados no tempo e espaço, o que no dizer de Beck representa um efeito “boomerang”<sup>4</sup>, pois a ação se reflete em seu próprio autor.

Esta realidade é intensificada atualmente em razão dos processos de globalização, que encolhe as distâncias e aproxima as pessoas (possibilitando maior fluxo de pessoas e informações, resultantes dos avanços tecnológicos), que integra todo o globo e dá origem à chamada “aldeia global”<sup>5</sup>, onde as fronteiras e barreiras geográficas sofreram um processo grave de encolhimento, aproximando e entrelaçando-se, o que, por consequência, resulta numa intensificação das consequências socioambientais significativas dos riscos. “Em outras palavras, a globalização representa uma mudança significativa no alcance espacial da ação e da organização sociais, que passa para uma escala inter-regional ou intercontinental”<sup>6</sup>.

A “aldeia global” permite, portanto, que os riscos sejam transfronteiriços, abrangendo longas regiões do globo e, por vezes, transcendendo gerações. Neste sentido, a clara exemplificação da abrangência dos riscos encontra-se nos desastres ambientais, que, via de regra, não conhecem fronteiras e alcançam qualquer comunidade, devendo ser geridos por toda a sociedade, sem distinção de fronteiras ou nacionalidade, na medida em que os efeitos se fazem sentir sobre todos.

---

<sup>2</sup> BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

<sup>3</sup> BECK, Ulrich. *La democracia y sus Enemigos: Textos Escogidos*. Buenos Aires: Paidós, 2000, p. 14.

<sup>4</sup> BECK, Ulrich. *D’une théorie critique de la société vers la théorie d’une autocritique sociale*. In *Déviance et Société*. Volume 18, n.º. 03. Suíça: Médecine&Hygiène, 1994, p. 333. Disponível em: <[http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ds\\_0378-7931\\_1994\\_num\\_18\\_3\\_1352](http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ds_0378-7931_1994_num_18_3_1352)>.

Acesso em 05 de janeiro de 2019.

<sup>5</sup> MCLUHAN, Marshall. *The Gutenberg Galaxy*. Canada: University of Toronto Press, 1962.

<sup>6</sup> HELD, David; MCGREW, Anthony. *Prós e Contras da Globalização*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 13.

Por esta razão, o impacto dos riscos ambientais deve ser trazido à consciência das pessoas para que possam praticar ações adequadas a não produzi-los, ou, ainda, a não se omitirem nas ações destinadas a evitá-los, efetivando, assim, a preocupação socioambiental acerca da sustentabilidade para as presentes e futuras gerações.

Para tanto, a melhor forma de conscientização da atual sociedade trata-se da educação ambiental.

## **2. DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO: INSTRUMENTALIZAÇÃO ATRAVÉS DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL**

A evolução do pensamento ecológico diante de diversas crises e desastres ambientais, oriundos de uma Sociedade do Risco atuante (que impulsionou, via de regra, de modo desenfreado a exploração dos bens ambientais), delineou as bases de proteção do Direito Ambiental, inclusive o brasileiro, elevando-o a condição e status constitucional.

A Constituição Federal de 1988 constitui uma inovação ao direito constitucional brasileiro, e, ao mesmo tempo, um grande avanço na proteção jurídica ao meio ambiente, na medida em que dispõe um capítulo inteiro para a tutela e defesa deste direito indisponível, na medida em que o classifica como um “bem de uso comum do povo” e “essencial à sadia qualidade de vida” (conforme artigo 225), erguendo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a condição de direito fundamental.

Ademais, o artigo 225 coloca para o Poder Público (ao lado da coletividade) o dever de proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado, de forma a preservá-lo para as presentes e futuras gerações. De acordo com este entendimento, o Estado deve atuar de forma progressiva, ou seja, ampliando a legislação existente ou, ao menos, mantendo os níveis de proteção.

Essa perspectiva progressiva de proteção encontra-se descrita no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (de 1966), ao impor a progressão da implementação dos direitos consagrados; na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (de 1969, ao dispor sobre “Desenvolvimento Progressivo”, no artigo 26), bem como no Protocolo de San Salvador, que traz a “proibição de retrocesso social”. Verifica-se, ainda, em vários princípios contidos nos tratados e convenções de caráter ambiental, como a Declaração de Estocolmo (de 1972) e a Declaração do Rio de Janeiro (de 1992), entre outros documentos internacionais de relevante importância.



## A Necessidade de Sustentabilidade na Atual Sociedade do Risco em Razão da Vedação ao Retrocesso: A Orientação dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Solidariedade Intergeracional

Não é tolerável, portanto, o recuo da proteção ambiental a níveis inferiores aos já consagrados, uma vez que esta possui caráter irretroativo, pois objetiva a consolidação dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Ou seja, estabelecido um patamar mínimo de proteção ambiental, as ações legislativas futuras de tutela, defesa e proteção ao meio ambiente devem rumar para a sua ampliação, sob pena de prejuízo e grave dano a direitos fundamentais já reconhecidos aos cidadãos (como sadia qualidade de vida, saúde, trabalho, alimentação, moradia digna em locais que não configurem danos ao meio ambiente etc., todos derivados, em determinado grau, de um meio ambiente hígido e não poluído, pois permitem a dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento psicossocial dos indivíduos).

Pode-se afirmar, portanto, que a vedação ao retrocesso tem por objetivo preservar as normas do ordenamento jurídico que garantem a fruição de direitos fundamentais, de maneira a impedir (ou até mesmo a garantir o controle de constitucionalidade) de eventuais outros dispositivos que tenham a intenção de provocar supressão ou restrição nos níveis já estabelecidos de efetividade vigente de tais direitos fundamentais.

Esse entendimento constitucional (aliado ao fato de ser signatário de diversos tratados e convenções internacionais para alargamento da proteção ambiental) permite afirmar que o Brasil adota o princípio da vedação ao retrocesso socioambiental.

Tal adoção, mesmo que feita de forma implícita, decorre do sistema jurídico constitucional vigente, pois, “entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido”<sup>7</sup>, sob pena de afronta à segurança jurídica, vez que medidas normativas que configurem menor proteção ambiental do que a já existente afetam posições e/ou situações jurídicas já consolidadas.

A proibição do retrocesso, de acordo com o entendimento consolidado na doutrina, consiste em um princípio constitucional implícito, tendo como fundamento constitucional, entre outros, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, o princípio da segurança jurídica e seus desdobramentos, o dever de progressividade dos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais, apenas para citar os mais relevantes fundamentos jurídico-constitucionais invocados<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> BARROSO, L. R. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158.

<sup>8</sup> SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 197.

## A Necessidade de Sustentabilidade na Atual Sociedade do Risco em Razão da Vedação ao Retrocesso: A Orientação dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Solidariedade Intergeracional

Como direito fundamental e constitucional, a proteção do meio ambiente não pode sofrer medidas retroativas, seja por emenda constitucional (tendo em vista a condição de cláusula pétrea: artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição), seja por legislação infraconstitucional.

Assim, caso haja uma ameaça a ensejar o recuo da proteção do Direito Ambiental já consolidada (seja tal ameaça política, tendo em vista a vontade de simplificar a matéria ambiental; seja econômica, ao discursar sobre uma obrigação protetiva como “freio” ao desenvolvimento tecnológico; seja psicológica, em razão da dificuldade de compreensão da maioria das normas ambientais<sup>9</sup>; ou, ainda, legislativa, em razão da aprovação de normas infraconstitucionais que significariam redução à proteção), a opinião pública deve manifestar-se no sentido de não admitir tal recessão, o que implicaria ameaça à saúde e dignidade humana.

Entretanto, os cidadãos somente têm condições de participar deste debate, influenciando nos seus resultados, desde que estejam informados e formados para tanto, o que se perfaz, primordialmente, através da implementação eficaz da Educação Ambiental. Neste sentido, a Constituição impõe uma série de medidas a serem implementadas pelo Estado (artigo 225, parágrafo 1º), na condição de um dever geral do Poder Público, objetivando a proteção ambiental, figurando entre elas a educação ambiental, em todos os níveis de ensino, como forma de conscientização pública para a preservação do meio ambiente (inciso VI).

A Educação Ambiental torna-se, nesta medida, um dos instrumentos de eficácia e efetividade da vedação ao retrocesso, posto que objetiva a conscientização dos cidadãos, além de proporcionar a implementação de princípios que inspiram a legislação ambiental protetiva brasileira, como, por exemplo, o desenvolvimento sustentável (a partir da prática de técnicas que busquem suavizar os impactos ambientais ocasionados pela atual sociedade do risco), vez que provoca a percepção que permite a criação de uma nova relação das pessoas com o meio ambiente que as cerca, uma vez que a questão ambiental é fruto da forma com que a sociedade interage com o meio em que vive.

Esta nova percepção é essencial para a atual Sociedade do Risco, onde cada vez mais aumenta o número de ameaças reais ao meio ambiente. A educação e o princípio da vedação

---

<sup>9</sup> PRIEUR, Michel. O princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. In COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE, DEFESA DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE. Princípio da Proibição de retrocesso Ambiental. Brasília: Senado Federal, 2013, p. 13. Disponível em: <<http://www.mpma.mp.br/arquivos/CAUMA/Proibicao%20de%20Retrocesso.pdf>>. Acesso em 02 de janeiro de 2019.

ao retrocesso visam, portanto, a sustentabilidade dos recursos existentes para a manutenção da qualidade ambiental para as futuras gerações.

## **2.1. Solidariedade intergeracional: Manutenção da qualidade de vida das futuras gerações**

“A Terra e seus recursos são um fundo, passado para nós pelos nossos ancestrais, para ser apreciado e passado para nossos descendentes”<sup>10</sup>. Diante desse recorte, coloca-se a teoria da equidade entre gerações, de que a solidariedade intergeracional deriva e é seu desdobramento.

A teoria em referência estabelece que nós, espécie humana, dividimos o meio ambiente natural do nosso planeta com todos os membros de nossa espécie, a saber, as gerações passadas, atuais e também as futuras, uma vez que, enquanto membros da geração atual, nós somos depositários para as gerações futuras e, simultaneamente, beneficiários com direito de usar. Dessa forma, a parceria (por assim dizer) entre as gerações é o corolário da igualdade.

A teoria da equidade intergeracional tem uma base profunda no Direito Internacional. A Carta das Nações Unidas, o Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, a Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, a Declaração sobre os Direitos da Criança e muitos outros documentos sobre Direitos Humanos revelam uma crença fundamental na dignidade de todos os membros da sociedade e na igualdade de direitos que se estende pelo tempo, assim como pelo espaço.

Segundo Edith Brown Weiss, três princípios (indissociáveis e complementares) formam a base da equidade entre gerações. O primeiro, denominado conservação de opções, sustenta que cada geração deveria ter de conservar a diversidade da base de recursos para não limitar exageradamente as opções disponíveis para as gerações futuras resolverem seus problemas e satisfazerem seus próprios valores, compreendendo também o dever de ter o direito à diversidade comparada com aquela que gerações anteriores tiveram. O segundo, por sua vez, chamado de conservação de qualidade, aponta para o dever de cada geração consistente em manter a qualidade do planeta para que ele seja passado numa condição não

---

<sup>10</sup> WEISS, Edith Brown. *Environmental change and international Law: New challenges and dimensions*. Tokyo: United Nation University Press, 1992, p. 395.

pior do que foi recebido, incluindo também o direito à qualidade planetária comparável com aquela que gerações anteriores tiveram. Em terceiro lugar, tem-se o princípio da conservação do acesso, segundo o qual cada geração deveria dar aos seus membros direitos iguais de acesso ao legado das gerações passadas, devendo conservar esse acesso para as gerações futuras<sup>11</sup>.

Dessa forma, na temática das sociedades do risco, a implantação da equidade intergeracional requer um *ethos* que seja planetário na sua abrangência e que incorpore todas as gerações, donde a educação assume papel extraordinário enquanto instrumento para proibir o retrocesso socioambiental, tendo em vista a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana.

## 2.2. Da dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana está consagrada no artigo 1º, inciso III, da Constituição, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, cabendo ao Estado respeitá-la, promovê-la e protegê-la, impondo a criação de condições necessárias para uma vida com dignidade.

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

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

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

---

<sup>11</sup> WEISS, Edith Brown. Op. cit., p. 401/402.

que a dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental, é um valor que foi edificado ao longo da evolução histórica da humanidade.<sup>12</sup>

Assim, atualmente, pode ser atribuída à dignidade da pessoa humana uma dimensão ecológica, tendo em vista a qualidade ambiental em que a vida humana está inserida e se desenvolve. Afinal, sem o meio ambiente não há o que se falar em saúde, educação, alimentação, assistência, lazer, entre outros itens indispensáveis e caracterizadores da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que o equilíbrio ambiental propicia o bem-estar individual e coletivo.

Tal dimensão visa ampliar o conteúdo da dignidade para incluir os direitos de solidariedade, característicos de terceira dimensão, como o padrão de qualidade e segurança alimentar. Percebe-se, portanto, que o Direito Ambiental é pautado pelo princípio da solidariedade intergeracional, contido no caput do artigo 225, da Constituição, que prescreve que o dever de preservação do meio ambiente deve ser realizado tendo em mente tanto as presentes, quanto as futuras gerações.

### **2.3. Da solidariedade de gerações frente ao princípio da dignidade da pessoa humana**

Nesse sentido, o princípio da solidariedade intergeracional traduz-se num princípio de ética entre as gerações, vez que os recursos atualmente existentes devem ser utilizados de forma a garantir um padrão de qualidade compatível para a dignidade da pessoa humana das futuras gerações.

O Direito Ambiental apresenta, assim, características transgeracionais, uma vez que extrapola os direitos subjetivos das presentes gerações para alcançar aquelas que ainda virão. O dever de proteção ambiental cria, portanto, um elo de solidariedade das presentes gerações para com as futuras.

Nesse contexto, é responsabilidade das atuais gerações a dignidade das futuras, pois a dignidade está intrinsecamente ligada à qualidade ambiental, vez que este princípio abarca uma dimensão ecológica.

Dessa forma, como a qualidade ambiental é elemento fundamental para um completo bem-estar, caracterizador de uma vida digna e saudável, as futuras gerações são dependentes da atuação das atuais quanto à utilização dos recursos, devendo as mesmas respeitar o

---

<sup>12</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 61.

## A Necessidade de Sustentabilidade na Atual Sociedade do Risco em Razão da Vedação ao Retrocesso: A Orientação dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Solidariedade Intergeracional

princípio da vedação ao retrocesso, vez que não possuem (ainda) voz ativa (ou representação processual). Dependem, portanto, da conscientização das presentes gerações, para que possam desfrutar de condições mínimas ensejadoras de uma vida digna.

### CONCLUSÃO

O presente trabalho busca apresentar a necessidade de se instrumentalizar as pessoas com a formação de uma consciência ecológica crítica para que participem na tomada de decisões das questões relativas à sustentabilidade, sopesando o sentido de equilíbrio entre a preservação deste bem ambiental e a sua utilização econômica.

Para este despertar e atuar, requer-se sensibilização ambiental, de sorte a alcançar uma visão sistêmica em relação a educação ambiental, voltada para a proteção da sustentabilidade para as futuras gerações; responsabilidade ambiental, por meio da conscientização de que incumbe às pessoas determinar e salvaguardar a equidade intergeracional para as gerações; bem como cidadania ambiental, fomentada pela participação ativa alicerçada na proposta de resgatar o direito à sadia qualidade de vida e promover uma nova ética, que materialize a dignidade da pessoa humana.

Por esta razão, a questão da educação voltada à sustentabilidade intergeracional e a vedação ao princípio do retrocesso devem se refletir numa releitura do mundo, que representa uma alternativa política e social para construir a cidadania e salvaguardar a dignidade, a partir de uma visão holística que aponte para as transformações da sociedade em direção a novos paradigmas de qualidade ambiental das presentes e futuras gerações.

Para a salvaguarda da saudável sustentabilidade intergeracional, exige-se, portanto, uma releitura da educação, que deve estar voltada para a cidadania. Educar para a cidadania é construir a possibilidade da ação política, no sentido de contribuir para formar uma coletividade que é responsável pelo mundo em que habita.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, L. R. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BECK, Ulrich. D'une théorie critique de la société vers la théorie d'une autocritique sociale. In *Déviance et Société*. Volume 18, nº. 03. Suíça: Médecine & Hygiène, 1994. Disponível em:

A Necessidade de Sustentabilidade na Atual Sociedade do Risco em Razão da Vedação ao Retrocesso: A Orientação dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Solidariedade Intergeracional

<[http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ds\\_0378-7931\\_1994\\_num\\_18\\_3\\_1352](http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ds_0378-7931_1994_num_18_3_1352)>. Acesso em 05 de janeiro de 2019.

\_\_\_\_\_. La democracia y sus Enemigos: Textos Escogidos. Buenos Aires: Paidós, 2000.

\_\_\_\_\_. La Sociedad del Riesgo: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998.

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

HELD, David; MCGREW, Anthony. Prós e Contras da Globalização. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

MCLUHAN, Marshal. The Gutenberg Galaxy. Canada: University of Toronto Press, 1962.

PRIEUR, Michel. O princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. In COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE, DEFESA DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE. Princípio da Proibição de retrocesso Ambiental. Brasília: Senado Federal, 2013. Disponível em:

<<http://www.mpma.mp.br/arquivos/CAUMA/Proibicao%20de%20Retrocesso.pdf>>.

Acesso em 02 de janeiro de 2019.

SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WEISS, Edith Brown. Environmental change and international Law: New challenges and dimensions. Tokyo: United Nation University Press, 1992.

## ILAÇÕES ACERCA DA DIGNIDADE HUMANA EM IMANNUEL KANT E SUA REFLEXIVIDADE HODIERNA

Ludmilla Elyseu Rocha\*

**RESUMO:** Trata o presente trabalho de uma breve reflexão acerca da obra do filósofo prussiano do século XVII, Immanuel Kant, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, voltada à justificação do hodierno Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Tem como referencial teórico, além da mencionada obra de Kant, Luís Roberto Barroso, o qual trata assunto similar em seu artigo *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. São feitas breves ilações em torno do entendimento de dignidade humana no sentido de evidenciar como o ser humano deve agir para que suas ações sejam boas diante do conceito de dignidade humana utilizado na sociedade em que se insere. Quanto à apresentação, este estudo se divide em duas partes. Na primeira, são desenvolvidas breves inferências do que seria para Kant a dignidade humana e, na segunda parte, tendo como referencial teórico o já especificado artigo de Luis Roberto Barroso, discorre-se sobre o princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, fundamental a todo Estado Democrático de Direito, na atualidade no mundo, como consequência do Pós-guerra, para por fim, concluir que o conceito de Dignidade Humana não é uma construção política e sim filosófica.

**Palavras-chave:** Dignidade; Pessoa; Dignidade da Pessoa Humana; Immanuel Kant.

**ABSTRACT:** The present work deals with a brief reflection on the work of the 17th century Prussian philosopher, Immanuel Kant, *Rationale of the Metaphysics of Customs*, focused on the justification of the present Principle of the Dignity of the Human Person. It has as theoretical reference, in addition to the mentioned work of Kant, Luís Roberto Barroso, which treats similar subject in his article *The Dignity of the Human Person in Contemporary Constitutional Law: legal nature, minimum contents and application criteria*. There are brief lessons about the understanding of human dignity in order to highlight how the human being should act so that his actions are good in the face of the concept of human dignity used in the society in which it is inserted. Regarding the presentation, this study is divided into two parts. In the first part, brief inferences are made on what would be human dignity for Kant, and in the second part, having as theoretical reference the already mentioned article of Luis Roberto Barroso, it is based on the constitutional principle of the Dignity of the Human Person, fundamental to all Democratic State of Law, nowadays in the world, as a consequence of the postwar period, to conclude that the concept of Human Dignity is not a political construction, but a philosophical one.

**Keywords:** Dignity; Person; Dignity of human person; Immanuel Kant.

---

\* Doutora em Educação, Mestre em Direito, Licenciada em Filosofia, Professora Associada na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios (UFRRJ/ITR), Vice Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da UFRRJ/ITR. E-mail: ludmilla.elyseurocha@gmail.com.



## INTRODUÇÃO

A obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, do filósofo Immanuel Kant, trouxe pela primeira vez, uma sistematização do que ele denomina problema da moralidade humana.

Apesar de voltar-se para o agir moral, Kant observou que a razão é o que diferencia, especificamente, o ser humano dos demais seres vivos. Concluiu, com isso, que a razão deveria ser o fundamento para o homem ser considerado como indivíduo com um fim em si mesmo, o que enseja a consequência de o ser humano não poder ser utilizado como meio à consecução de objetivos alheios ao seu eu por ser dotado de dignidade. Assim, a vontade deve ser uma reguladora universal das ações humanas no que diz respeito às consequências produzidas pelos atos praticados no sentido da observância da dignidade do ser racional que a manifesta já que este sujeita-se às normas/leis que ele mesmo produz. Com isso, fica claro que a dignidade para Kant, constitui-se fruto da finalidade do homem que é o fim em si mesmo.

Sob inspiração de *A Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, serão feitas breves ilações em torno do entendimento de dignidade humana no sentido de evidenciar quando o filósofo questiona como o ser humano deve agir para que esta ação seja boa diante do conceito de dignidade humana utilizado. *Prima facie*, há que se entender a dignidade humana para Kant, para, em seguida, pensar o princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana na atualidade.

## DIGNIDADE HUMANA NA FUNDAMENTAÇÃO DA METAFÍSICA DOS COSTUMES

Immanuel Kant faz parte do rol dos mais importantes filósofos da Modernidade pelo fato de ter alterado totalmente a forma de pensar da sociedade do século XVII e perpetuar-se até os dias atuais. Dentre suas obras, a *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* é voltada para o estudo da moral e da ética. Na Segunda Seção da obra, Kant preleciona o que é dignidade, ou seja,

a vontade [sendo] concebida como a faculdade de se determinar a si mesmo a agir em conformidade com a representação de certas leis. Ora, aquilo que serve à vontade de princípio objetivo de sua autodeterminação é o fim (zweck), e este, se é dado pela só razão tem que ser válido para todos os seres racionais.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup>KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 67.

Com a finalidade apenas de ilustrar a contribuição do filósofo em comento à sociedade contemporânea no que diz respeito à absorção do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, esta parte volta-se apenas a tecer breves reflexões do que é a ‘pedra de toque’ daquele que é o princípio dos princípios.

## DIGNIDADE HUMANA PARA IMMANUEL KANT

Para Kant, somente o ser humano racional pode ter capacidade de atuar conforme a determinação de regras de conduta devido a princípios por ele desenvolvidos. A esta vontade de atuar de acordo com as leis, Kant denomina razão prática, pelo fato de implicar em uma faculdade de escolha do indivíduo que somente a racionalidade produz no sentido de ser necessário e bom. O que determina a manifestação da vontade é a obrigação de seguir o mandamento da razão como princípio objetivo. O que é bom é o que determina a manifestação da vontade por meio da razão e por princípios válidos, sendo o interesse prático da ação a subsunção da vontade aos princípios da razão em si mesma. A vontade boa é àquela que se submete às normas/leis objetivas.

Tudo é regido por normas/leis, mas somente o ser humano, por meio da razão, age por princípios que guiarão a vontade pela necessidade e universalidade. Somente por meio da efetividade das normas/leis se terá a razão pura e prática direcionando e determinando o atuar humano.

Na sua obra *Fundamentação da Metafísica dos costumes*, pode-se entender que para Kant a pessoa humana, em hipótese nenhuma, poderá ser tratada como um meio de seus próprios fins, mas como um fim em si mesma, devido ao respeito que se deve ter por sua dignidade - principal direito fundamental do ser humano, ensejando o imperativo da moralidade, pois se deve “[agir] só segundo a máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne universal”.<sup>2</sup>

Para Kant,

(...) supondo que haja alguma coisa cuja existência em si mesma tenha um valor absoluto e que, como fim em si mesma, possa ser o fundamento de determinadas leis, nessa coisa, e somente nela, é que estará o fundamento de um possível imperativo categórico, quer dizer, de uma lei prática. Agora eu afirmo: o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para uso arbitrário desta ou daquela

---

<sup>2</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 1.

vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim.<sup>3</sup>

Pode-se concluir este primeiro momento com a conceituação de dignidade do filósofo em comento em que acentua o fato de esta não ter valor a ser majorado justamente por ser um atributo do ser humano. A saber:

no reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. (...) o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade. Ora, a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador do reino dos fins. Por isso, a moralidade e a humanidade enquanto capaz de moralidade são as únicas coisas providas de dignidade.<sup>4</sup>

## A DIGNIDADE HUMANA E A CONTEMPORANEIDADE

A Dignidade Humana aqui, é analisada sob a ótica da individualidade e não como um atributo amorfo e informe, um número ou classificação que somente poderá existir a partir do exercício da cidadania em uma vida política plena que acompanha o indivíduo desde o momento em que nasce com vida. É o reconhecimento de uma premissa axiológica que leva a efetivação do verdadeiro Estado Democrático de Direito.

O processo de asserção dos direitos humanos enquanto invenção para convivência coletiva exige um espaço público. Este é kantianamente uma dimensão transcendental que fixa as bases e traça os limites da interação política. A este espaço, só se tem acesso pleno por meio da cidadania. É por essa razão que, para ela, o primeiro direito humano do qual derivam todos os demais, é o direito a ter direitos, direitos que a experiência totalitária mostrou que só podem ser exigidos através do acesso pleno à ordem jurídica que apenas a cidadania oferece.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> *Id. Ibidem*

<sup>4</sup> *Id. Ibidem*

<sup>5</sup> ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa fé no código civil**. Rio de Janeiro: Saraiva., 2005, p. 5.

Diante deste contexto não é de se admirar que fora na própria Alemanha do pós-guerra surgisse o axioma da Dignidade da Pessoa, inspirada em Immanuel Kant e na Lei Fundamental de Bonn<sup>6</sup>, que em seu artigo 1º, §1º, determina que “a dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais”. No mesmo diapasão, segue a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que emitida pela Organização das Nações Unidas, também assevera que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

Em que pese politicamente sua concretização ser fruto dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, nunca é demais lembrar que o berço da dignidade, como já ficou demonstrado, é filosófico.

Constitui, assim, em primeiro lugar, um *valor*, que é conceito axiológico, ligado à ideia de bom, justo, virtuoso. Nessa condição, ela se situa ao lado de outros valores centrais para o Direito, como justiça, segurança e solidariedade. É esse plano ético que a dignidade se torna, para muitos autores, a justificação moral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.<sup>7</sup> A Dignidade Humana faz uso do positivismo para harmonizar-se com o Direito e a ética para, ao se realizar uma exegese, interpretar os *cases* consubstanciando-os na sua efetividade. Formalizada em documentos internacionais e nacionais, a Dignidade Humana preconiza sua judicização como um valor fundamental e princípio constitucional a ser seguido e observado.

### Dignidade Humana é

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> A Lei Fundamental de Bonn, hodiernamente, não tem natureza de uma Constituição propriamente dita, pois foi imposta pelos aliados após a Segunda Guerra Mundial.

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.** 2010, p. 10. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>. Acesso em: 02 jan. 2018.

<sup>8</sup> SARLET, Ingo *Wolfgang*. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

Definindo a Dignidade da Pessoa Humana, importa ressaltar que ela

*(...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.”<sup>9</sup>*

A Dignidade da Pessoa Humana é instituto de natureza transdisciplinar por envolver as Ciências Humanas e Sociais em um todo harmônico voltado para as relações tanto de Direito Público como de Direito Privado.<sup>10</sup> Destaque-se que há de serem observados elementos intrínsecos ao princípio em comento, aptos a dar-lhe a natureza mencionada que são: valor intrínseco, autonomia e valor social da pessoa humana.<sup>11</sup>

Em primeiro lugar, o valor intrínseco da pessoa humana é ontológico<sup>12</sup> sendo validado por diversos autores e por inúmeras regras, normas e leis nacionais e internacionais.

Do valor intrínseco da pessoa humana decorre um postulado anti-utilitarista e outro anti-autoritário. O primeiro se manifesta no imperativo categórico kantiano do homem como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou de projetos sociais de outros; o segundo, na ideia de que é o Estado que existe para o indivíduo, e não o contrário. É por ter o valor intrínseco da pessoa humana como conteúdo essencial que a dignidade não depende de concessão, não pode ser retirada e não é perdida mesmo diante da conduta individual indigna do seu titular.

---

<sup>9</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 54.

<sup>10</sup> Segundo Washington dos Santos, em Dicionário jurídico brasileiro, Direito Público é a parte do Direito que compreende os princípios que regulamentam a política do Estado, que regulam as relações entre os seus órgãos e entre estes e o indivíduo, dividido em: Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Penal, Direito Judiciário e Direito Internacional Público e outros; e Direito Privado – aquele que compreende a regulamentação e respectivas instituições, que dizem respeito às relações com e entre os particulares, dividido em: Direito Civil, Direito Comercial, Direito Internacional Privado e outros. Disponível em: <<http://www.ceap.br/artigos/ART12082010105651.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2018, p. 82.

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. 2010, p. 21. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>. Acesso em: 02 jan. 2018.

<sup>12</sup> Segundo Ferrater Mora, em Dicionário de Filosofia, entende-se a ontologia de maneiras diferentes: por um lado, concebe-se como ciência do ser em si, do ser último ou irreduzível, de um primeiro ente em que todos os demais consistem, isto é, do qual dependem todos os entes. Neste caso, a ontologia é verdadeiramente metafísica. Por outro lado, a ontologia parece ter como missão a determinação daquilo em que os entes consistem e ainda daquilo em que consiste o ser em si. Nesse caso é uma ciência das essências e não das existências. Alguns autores assinalaram que esta divisão entre a ontologia enquanto metafísica e a ontologia enquanto ontologia pura é extremamente útil na filosofia e que o único inconveniente que apresenta é de carácter terminológico. Com efeito, argumentam esses críticos, convém usar o vocábulo ontologia só para designar a ontologia como ciência de puras formalidades e abandoná-lo inteiramente quando se trata da metafísica. MORA, Ferrater. Dicionário de filosofia. P. 204. Disponível em: <<http://www.portalconservador.com/livros/Jose-Ferrater-Mora-Dicionario-de-Filosofia.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2018.

Ela independe até mesmo da própria razão, estando presente em bebês recém-nascidos e em pessoas senis ou com qualquer grau de incapacidade mental.<sup>13</sup>

A seguir, a autonomia da vontade como o segundo elemento da Dignidade da Pessoa Humana, tem sua origem jurídica com o fim dos Estados Absolutistas no século XIX. Tendo natureza de princípio jurídico, a autonomia da vontade nasce como sendo uma efetivação dos ideais preconizados pela Revolução Francesa, que defendia o direito de manifestação livre sem cerceamento de quem quer que seja.

A Autonomia está ligada à ética e à razão.

A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de *autodeterminação*, o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade. Significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas. (...) Por trás da ideia de autonomia está a de *pessoa*, de um ser moral consciente, dotado de vontade, livre e responsável. Ademais, a autodeterminação pressupõe determinadas *condições* pessoais e sociais para o seu exercício, para a adequada representação da realidade, que incluem informação e ausência de privações essenciais.<sup>14</sup>

O último e terceiro elemento da Dignidade da Pessoa Humana é o valor comunitário que envolve o social, isto é, o ser humano em relação à sociedade. Representa valores de ideais de vida digna para todos em detrimento do indivíduo propriamente dito. “(...) a dignidade, por essa vertente, não tem na liberdade seu componente central, mas, ao revés, é a dignidade que molda o conteúdo e o limite da liberdade”.<sup>15</sup> Sua efetividade encontra-se na proteção do ser humano em si mesmo; na proteção a terceiros; e como corolário e proteção dos diversos valores sociais.<sup>16</sup> “A imposição coercitiva de valores sociais, em nome dessa dimensão comunitária da dignidade, nunca será uma providência banal, exigindo fundamentação racional consistente”.<sup>17</sup>

## O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO MUNDO

---

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:** natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. 2010, p. 22/23. Disponível em: <[http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>. Acesso em: 02 jan. 2018.

<sup>14</sup> *Id. Ibidem*, p. 28.

<sup>15</sup> *Id. Ibidem*, p. 24.

<sup>16</sup> *Id. Ibidem*, p. 28.

<sup>17</sup> *Id. Ibidem*, p. 30.

Em que pese sua importância hodiernamente, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana somente passou a ser positivado e, com isso, reconhecido por normas jurídicas nacionais e internacionais a partir de meados do século XX nas constituições do México de 1917 e da Alemanha de Weimar de 1919. Anteriormente, foi apenas mencionado no projeto de constituição francesa de 1940 e por Franco, na constituição da Espanha.

Foi com a Segunda Guerra Mundial que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana foi elevado à égide de princípio humanista pela Organização das Nações Unidas – ONU, na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Mais recentemente, no ano 2000, a Carta Europeia de Direitos Fundamentais e o projeto de Constituição Europeia de 2004 também o reconhecem.

Já nas constituições propriamente ditas,

tocou à Constituição alemã (Lei Fundamental de Bonn, 1949), que previu, em seu art. 1º, a inviolabilidade da dignidade humana, dando lugar a uma ampla jurisprudência, desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal, que a alçou ao *status* de valor fundamental e centro axiológico de todo o sistema constitucional. (...) outras Constituições contêm referência expressa à dignidade em seu texto – Japão, Itália, Portugal, Espanha, África do Sul, Brasil, Israel, Hungria e Suécia, em meio a muitas outras – ou em seu preâmbulo, como a do Canadá. E mesmo em países nos quais não há qualquer menção expressa à dignidade na Constituição, como Estados Unidos<sup>8</sup> e França<sup>9</sup>, a jurisprudência tem invocado sua força jurídica e argumentativa, em decisões importantes. A partir daí, as cortes constitucionais de diferentes países iniciaram um diálogo transnacional, pelo qual se valem de precedentes e argumentos utilizados pelas outras cortes, compartilhando um sentido comum para a dignidade.<sup>18</sup>

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana deixou de ser metafísico para ser metajurídico<sup>19</sup> fundamentando, justificando e concretizando os Direitos Humanos, ou seja, “a dignidade da pessoa humana é uma norma jurídica de caráter principiológico”.<sup>20</sup>

Com isso, o ser humano passa a ser observado em sua integralidade além de ter a sua dignidade protegida contra todo o sistema de regras positivadas no ordenamento jurídico

---

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:** natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. 2010, p. 5. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>. Acesso em: 02 jan. 2018.

<sup>19</sup> Que não se consegue analisar por maneiras convencionais da forma como seria analisado pelos princípios da jurisprudência; diz-se do estado jurídico. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/metajuridico/>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

<sup>20</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 111.

que venham de encontro aos direitos fundamentais ressaltando-se, sempre, uma interpretação pluralista da constituição como preleciona Peter Häberle ao defender que é necessário

uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade, onde todos aqueles que vissem sob a normatividade constitucional seriam considerados seus legítimos interpretes. Tal fato permitiria uma mediação entre o Estado e a sociedade, uma vez que a Constituição existiria não apenas como uma norma, mas essencialmente como norma interpretada a partir de uma perspectiva pluralista. Assim com essa abertura constitucional, haveria um alargamento do círculo dos interpretes constitucionais.<sup>21</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve por escopo demonstrar que a Dignidade da Pessoa Humana não é um mero princípio atual já que tem em Immanuel Kant um dos seus precursores. Como ele preleciona, tem a Dignidade da Pessoa Humana natureza de valor moral e fundamental a todo Estado Democrático de Direito e abarca a autonomia da vontade como um dos conteúdos mínimos a ser observado, sendo o

*valor intrínseco* o elemento ontológico da dignidade, traço distintivo da condição humana, do qual decorre que todas as pessoas são um fim em si mesmas, e não meios para a realização de metas coletivas ou propósitos de terceiros. A inteligência, a sensibilidade e a capacidade de comunicação são atributos únicos que servem de justificação para essa condição singular. Do valor intrínseco decorrem direitos fundamentais como o direito à vida, à igualdade e à integridade física e psíquica. A autonomia da vontade é o elemento ético da dignidade humana, associado à capacidade de autodeterminação do indivíduo, ao seu direito de fazer escolhas existenciais básicas. Ínsita na autonomia está a capacidade de fazer valorações morais e de cada um pautar sua conduta por normas que possam ser universalizadas. A autonomia tem uma dimensão privada, subjacente aos direitos e liberdades individuais, e uma dimensão pública, sobre a qual se apóiam os direitos políticos, isto é, o direito de participar do processo eleitoral e do debate público. Condição do exercício adequado da autonomia pública e privada é o mínimo existencial, isto é, a satisfação das necessidades vitais básicas.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> HÄBERLE *apud* MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana – princípio constitucional fundamental**. 6ª ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 89.

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. 2010, p. 28. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>. Acesso em: 02 jan. 2018.



Por fim, em consonância com o pensamento de Kant, entende-se que o dever inerente à raça humana é àquele voltado ao respeito à lei universal que é aquela que preleciona que “devo proceder sempre de maneira que eu possa querer também que a minha máxima se torne uma lei universal”.<sup>23</sup>

## BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad. de Ivone Castilho Benedetti. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Disponível em: <<http://charlezine.com.br/wp-content/uploads/2011/11/Dicionario-de-Filosofia-Nicola-ABBAGNANO.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. 2010. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>. Acesso em: 02 jan. 2018.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela**. Lisboa: Almedina, 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005.

\_\_\_\_\_. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. 6ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV, 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

MORA, Ferrater. **Dicionário de filosofia**. Disponível em: <<http://www.portalconservador.com/livros/Jose-Ferrater-Mora-Dicionario-de-Filosofia.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa fé no código civil**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2005.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. Disponível em: <<http://www.ceap.br/artigos/ART12082010105651.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio (Org). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

---

<sup>23</sup> Id. *Ibidem*, p. 33.

# MEDIAÇÃO INTERCULTURAL: INSTRUMENTO DE ACESSO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS - PROJETO DE MEDIADORES MUNICIPAIS E INTERCULTURAIS

Rômulo Barreto Jr<sup>1</sup>

**Resumo:** O artigo pretende apresentar ensaio sobre o tema da mediação intercultural, por meio de um olhar jurídico social, com a exposição dos atuais diplomas do ordenamento jurídico português que fundamentam a sua aplicação. Procurando definir conceitos e objetivos; e fazendo emergir as suas especificidades que a elevam a um patamar diferenciado de outras práticas conservadoras de resolução de litígio.

Com a pretensão de destacar o interesse da organização administrativa portuguesa, sobre os desafios que se colocam no exercício da implementação de políticas de mediação intercultural de forma a tornar-se uma ferramenta eficaz no exercício de cidadania, capaz de garantir o princípio do empowerment<sup>23</sup> de uma comunidade na resolução de conflitos sem depender *ab initio* do auxílio do Poder Judiciário.

Em seguida, com destaque em alto relevo à área de atuação e ao material humano envolvido compondo fragmentos de um tecido social dotado de poderes capazes de decidir e solucionar seus próprios conflitos. Para tanto, será apresentado o exemplo prático da Equipe de Mediadores Municipais e Interculturais da cidade de Braga, de como a Mediação Intercultural para a coesão social e a convivência intercultural, mediante uma gestão positiva e mais cidadã.

Do exposto, a estrutura metodológica, parte do enquadramento normativo da mediação intercultural, apresentação de conceitos e boas práticas, e ao final opinar quanto sua relevância como ferramenta de acesso à justiça no espaço local e seu contributo no avanço no que se refere às políticas de imigração, sendo utilizado como método de pesquisa o bibliográfico e expositivo.

**Palavras-chave:** Mediação; Interculturalidade; Integração social; Acesso à justiça;

## 1. Enquadramento Normativo

No âmbito da União Europeia, com a publicação da Diretiva 2008/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2008 e respetiva transposição para o ordenamento jurídico português, num primeiro momento parcial através da Lei n.º 29/2009, de 29 de Junho, simbolizou a confirmação do desencadeamento de uma política pública europeia que busca novas e melhores formas de acesso à justiça.

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Administrativo pela Universidade de Santiago de Compostela, Espanha, Mestre em Direito Administrativo pela Universidade do Minho, Portugal, Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas, Brasil, Advogado e Mediador Municipal e Intercultural. E-mail: romulobarretojr@hotmail.com

<sup>2</sup> Ver MORAIS CARVALHO, Jorge, «A Consagração Legal da Mediação em Portugal» in Julgar, n.º 15, 2011, p. 278

<sup>3</sup> Conforme Almeida, 2012, pp 954 apud COSTA, Catarina, «A Mediação Comunitária como Mecanismo de Inclusão de Refugiados», Tese de mestrado, Instituto Universitário de Lisboa, 2017, p.7.

Enquanto que a Constituição da República Portuguesa consagra expressamente no Artigo 202.º, n.os 3 e 4 a possibilidade de os tribunais serem coadjuvados por outras autoridades no exercício da função jurisdicional, nomeadamente por via da institucionalização de outros instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos (COSTA & BARRETO Jr).

Do mesmo modo determina, de acordo com a alínea p) do n.º 1 do Artigo 165.º da C.R.P., que é da exclusiva competência da Assembleia da República, salvo autorização ao Governo, legislar sobre a organização e competência dos tribunais e do Ministério Público e estatuto dos respetivos magistrados, bem como das entidades não jurisdicionais de composição de conflitos.

Nesse linha, outras medidas foram tomadas pela União Europeia para estimular a utilização de mecanismos alternativos de resolução de conflitos de que são exemplo a Diretiva 2013/11/EU do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, a respeito da resolução alternativa de conflitos de consumo, e o Regulamento 524/2013 que dispõe sobre a resolução de conflitos de consumo on-line.

Nessa sequência, a Lei n.º 29/2013, de 19 de abril<sup>4</sup> permite que em Portugal sejam criados sistemas públicos de mediação que visam fornecer aos cidadãos formas céleres de resolução alternativa de litígios através de serviços de mediação criados e geridos por entidade públicas.

## **2. Mediação e sua vertente Intercultural**

A literatura especializada enquadra a mediação como um procedimento que privilegia a cooperação e a participação dos mediados na procura de uma solução para os seus conflitos ou problemas, mutuamente satisfatória e potencialmente duradoura (SILVA, 2016).

A prática da mediação é estimulada em diversos países como um procedimento extrajudicial de gestão positiva e pacífica de conflitos e como um modo de regulação social, com uma dupla função: ‘regular conflitos’ e ‘fazer sociedade’ (Briant & Palau, 1999). Assim, a mediação é responsável por restituir laços sociais através da comunicação, tendo como condição o reconhecimento do outro (Corbo Zabatel, 2007).

---

<sup>4</sup> Somos da opinião de que a Assembleia da República efetuou um errado exercício de interpretação dos pressupostos constitucionais na elaboração da Lei n.º 29/2013 de 19 de abril ao utilizar a alínea c) do Artigo 161.º da C.R.P. – norma geral ou válvula de escape na ausência de norma especial – em detrimento da alínea p) do n.º 1 do Artigo 165.º da C.R.P. que prevê em específico a competência partilhada do exercício da função legislativa em matéria de organização e competência das entidades não jurisdicionais de composição de conflitos.

Os especialistas sobre a mediação consideram-na como um procedimento que estimula a participação e a cooperação dos mediados na construção voluntária de uma solução reciprocamente satisfatória e potencialmente duradoura dos conflitos em que sejam os protagonistas.

A Mediação bem trabalhada, desenvolve a construção dos laços sociais e a coesão social, elementos característicos de comunidade e sentimento de pertença.

Amparada nestes pressupostos, a mediação intercultural é extraída do conceito de mediação de Giménez (1997), pois segundo o autor, trata-se de uma modalidade de intervenção de terceiras partes, em e sobre situações sociais de multiculturalidade significativa, orientada para a consecução do reconhecimento do Outro e da aproximação das partes, a comunicação e a compreensão mútua, a aprendizagem e o desenvolvimento da convivência, a regulação de conflitos e adequação institucional, entre atores sociais ou institucionais etnoculturalmente diferenciados.

Com o latente processo migratório, situações jurídicas como obtenção de Visto para entrada regular no país, obrigatoriedade de possuir autorização de residência para permanência legal em território europeu, acesso ao trabalho, aos serviços públicos de saúde e educação, somados ao excesso de burocracia, morosidade e ausência de informações oficiais claras, suficientes e precisas sobre os procedimentos de regularização a serem adotados, exigem das Autoridades Públicas um grande esforço na aplicação das normas.

As soluções não jurisdicionais de conflitos passaram a ser tratadas como meio alternativos de pacificação social, decorrente, inclusive da percepção de que o Estado tem falhado na sua missão pacificadora mediante o exercício da jurisdição.

Nesse sentido, o Estado sensível a esta transformação buscou aceitar e absorver a mediação intercultural como via alternativa de resolução de conflito no processo judicial ou à margem deste, tendo em vista que o mais relevante é o alcance da paz social eficiente e duradoura, de modo que torna-se menos importante se a pacificação ocorre por obra do Estado ou por outros meios.

### **3. A Interculturalidade e o Poder Público Local**

No contexto migratório, de um lado encontram-se a comunidade fragilizada composta por imigrantes e refugiados e de outro lado o Poder Público tendo que exercer seu papel de adotar boas práticas visando o bem coletivo, ou seja, tendo o dever de exercer suas funções com eficiência. Entretanto, com problemas de escassez de agentes públicos, ausência

de regulamentação e sistematização da lei, por vezes torna-se conturbada a relação entre o imigrante/refugiado e o Poder Público local.

Como meio de mitigar esta relação Imigrante/Refugiado e Autoridades Locais, ressalta-se que, no plano da União Europeia, a aplicação da Mediação Intercultural é cada vez mais utilizada como ferramenta de apoio na gestão de conflitos relacionados à imigração visando garantir o acesso aos direitos fundamentais previstos no Tratado da União Europeia.

Do ponto de vista institucional, a questão migratória em Portugal está sob a responsabilidade de um Alto Comissariado. Desde a sua criação 2002, a denominação e as funções deste órgão sofreram alterações ao longo dos últimos 17 anos. Quando surgiu, em 2002, era denominado Alto Comissariado para a Imigração e Minorias Étnicas – ACIME (Portugal,2002). Após sua unificação com outros órgãos voltados para questões migratórias e de minorias étnicas, passou a ser chamado de Alto Comissariado para as Migrações e Diálogo Intercultural – ACIDI (Portugal, 2007). Em 2014, ganhou a denominação atual, Alto Comissariado para as Migrações<sup>5</sup> – ACM (Portugal, 2014).

Em todas suas versões, o órgão máximo do Estado português voltado a questões migratórias responde diretamente ao Conselho de Ministros, ou seja, não está subordinado a um ministério em específico. Desse modo, possui uma inserção transversal em todo o aparato político-administrativo do Estado português.

#### **4. O Projeto de Equipe de Mediadores Municipais e Interculturais**

No que diz respeito às políticas e ações de integração de imigrantes, Portugal é apoiado financeiramente pelo Fundo Europeu de Integração de Nacionais de Países Terceiros (FEINPT) para desenvolver programas, projetos e ações voltadas à integração de imigrantes como meio de densificação territorial.

Nessa linha, uma parcela dos projetos relacionados aos imigrantes e refugiados estão sendo subsidiados pelo FEINPT, dentre estes destacam-se os projetos cujo o pano de fundo é a Mediação Intercultural como ferramenta de acesso à justiça e preenchimento de vazios demográficos

Em Portugal, o Programa Operacional Inclusão Social e Emprego (POISE) tem a missão de apoiar ações que promovam maior inclusão social e melhor emprego em Portugal, tendo como agente executivo o Alto Comissariado para as Migrações (ACM) cuja

---

<sup>5</sup> O Alto Comissariado para a Imigração e Diálogo Intercultural resultou da fusão do Alto Comissariado para a Imigração e Minorias Étnicas, da estrutura de apoio técnico à coordenação do Programa Escolhas, da Estrutura de Missão para o Diálogo com as Religiões e do Secretariado Entreculturais (Portugal, 2007).

natureza jurídica trata-se de instituto público que intervém na execução das políticas públicas em matéria de migrações.

Portanto, inserido no Programa Operacional Inclusão Social e Emprego (POISE) em Portugal o ACM, através do Aviso N° POISE 33-2018-06<sup>6</sup>, reafirma o emprego da mediação intercultural com a introdução do Projeto de Mediadores Municipais e Interculturais. Este Aviso destinou-se à criação de Equipes de Mediação Municipal e Intercultural facilitadoras da integração das Comunidades Migrantes e das Comunidades Ciganas, nas regiões do Norte, Centro e Alentejo. As autarquias locais assumiram-se, nesta área, como líderes de Parceria da tipologia de operações. Neste contexto a Câmara Municipal de Braga aderiu ao projeto, submetendo projeto de candidatura que posteriormente foi aprovado.

Em Braga, o Projeto de Mediadores Municipais e Interculturais (PMMI) surgiu da preocupação decorrente de uma efetiva inclusão das comunidades residentes imigrantes e cigana, através do desenho de um projeto que potenciase o sentido de identidade e de pertença, permitindo a mediação “com” e não apenas “para” as comunidades.

Centrados na existência de várias comunidades imigrantes e cigana e preocupados em oferecer respostas que integrassem todos de uma forma equitativa e justa. O Poder Público Local de Braga tendo em conta o número de projetos, intervenções e ações destinadas à comunidade cigana de uma forma concertada e em rede com várias instituições da cidade, e a fim de garantir igualdade nas oportunidades a todas as comunidades imigrantes que também fonte de preocupação na sua integração, visou acolher na candidatura todas as comunidades das populações mais vulneráveis.

De acordo com informações disponíveis no sítio eletrónico oficial da Câmara de Braga<sup>7</sup>, a execução de projetos sociais com o emprego de mediação junto às comunidades ciganas alcançou resultados positivos quanto o nível de conflitualidade com números apenas residuais. Após o levantamento das associações e grupos de representantes das várias comunidades imigrantes e pelo número populacional de cada um destes diferentes grupos, os agentes públicos decidiram atribuir um mediador a cada uma das diferentes comunidades já organizadas e em Braga sediadas, responsabilizando-os, no entanto, por abarcar um continente.

---

<sup>6</sup>[https://www.acm.gov.pt/documents/10181/167771/AVISO+POISE\\_3+09\\_Mediadores+Municipais+Interculturais.pdf/fd62b58c-0dad-4276-8c86-745059ae9e18](https://www.acm.gov.pt/documents/10181/167771/AVISO+POISE_3+09_Mediadores+Municipais+Interculturais.pdf/fd62b58c-0dad-4276-8c86-745059ae9e18)

<sup>7</sup>Conforme: <https://www.cm-braga.pt/pt>

Com a aprovação da candidatura, o percurso até agora realizado assentou em fevereiro de 2019 na contratação de 4 Mediadores que representam as 4 comunidades mais representativas no concelho de Braga, mas com ampliação a todas as pessoas oriundas do mesmo continente: mediador ucraniano com responsabilidade europeia; mediadora senegalesa com responsabilidade africana, mediador brasileiro com responsabilidade americana e mediador cigano. Esta premissa, sempre presente desde o início do desenho da candidatura está fundamentada também em termos populacionais e nas associações que os suportam, uma vez que são associações bracarenses e já com trabalho desenvolvido junto das suas comunidades.

Somado ao fato da cidade de Braga ser signatária da Carta para a Diversidade e fazer parte da Rede Portuguesa e Europeia das Cidades Interculturais. As atividades e ações PMMI estão também alinhadas com as premissas destas entidades, o que torna possível delinear o que está para além do trabalho direto de mediação, assumindo também o município as questões relacionadas com o aprofundamento do diálogo intercultural entre as várias comunidades e a comunidade bracarense.

Atualmente, os mediadores municipais e interculturais de Braga desenvolvem o trabalho de execução das atividades propostas no projeto de candidatura, tendo como objetivos desenvolver ações de inclusão social ativa, sustentáveis, para lá do tempo de duração do projeto, enraizados na identidade e cultura de cada comunidade, dignificando o património cultural existente, combativos na redução da pobreza, na exclusão social e no desemprego.

Para além do trabalho individual, de atendimento personalizado e direcionado na resposta às necessidades apresentadas pelo imigrante, refugiado ou cigano, todo o projeto delineado corresponde também várias ações a serem integralmente cumpridas pelos mediadores interculturais “com” as diferentes comunidades, e sempre de uma forma inclusiva.

Conforme aprovação do PMMI, a equipe de mediadores municipais e interculturais de Braga é responsável, por desenvolver ao longo de 36 meses, prazo de duração do Projeto, ações de Mediação Intercultural, dentre as quais se destacam: i) inclusão escolar e académica de nacionais de países terceiros e/ou de etnia cigana utilizando a metodologia de educação não formal; ii) partilha de experiências com encontros de imigrantes e comunidade cigana, e a comunidade local; iii) inserção no mercado de trabalho através de estímulo à capacitação profissional; iv) apresentação dos direitos e deveres, fomentando o acesso aos serviços públicos mais requisitados.

A relevância jurídica deste projeto concentra-se na aplicação preventiva da mediação no seu modelo intercultural, como meio de reduzir as barreiras de comunicação e/ou facilitar o acesso à informação oficial. Deste modo, tornando menos traumático o processo de integração na comunidade local e mais fácil o acesso à justiça, muitas vezes sem necessidade de recorrer ao judiciário em busca da satisfação da pretensão exigida.

Por fim, integrado com os Gabinetes de Apoio ao Emigrante Imigrante e Apoio Social da Câmara de Braga, o PMMI desenvolve um trabalho em rede, procurando promover a diversidade como uma vantagem e atributo do pluralismo cultural, proporcionando com que a comunidade através da mediação seja capaz de gerir boa parte de seus conflitos sem a necessidade de judicializar a causa.

### **Considerações finais**

Em síntese, importa ter presente quando se fala de mediação intercultural e o exemplo de boas práticas o seguinte:

A mediação intercultural assenta nas ideias fundantes de voluntariedade; confiança; ajuda às partes; neutralidade/equidistância/imparcialidade; coprotagonismo das partes; ganho de todos; legitimação e dos princípios gerais de direito da boa-fé e proporcionalidade, tendo em vista a regulação do exercício de relações privadas, atividades sociais e jurídico-públicas em prol de uma maior igualdade real e econômica entre os cidadãos.

O Estado português por meio de transposição de Diretiva da União Europeia, tem estimulado o Poder Público Local em utilizar a mediação como resolução e gestão de conflitos com o propósito de evitar e ou reduzir a judicialização de demandas, que podem muito bem serem geridas pela própria comunidade.

Como exemplo de boas práticas, apresentou-se o projeto EMMI de Braga responsável por executar um plano de ação constituído por atividades voltadas aos imigrantes, refugiados e etnia cigana, que dentre as quais alinha-se a este projeto a atividade de proteção dos direitos e deveres, fomentando o acesso aos serviços públicos mais requisitados, garantindo assim o respeito aos direitos fundamentais.

Por fim, a mediação intercultural instrumento social com aplicação jurídica e extrajudicial, capaz de modo transversal contribuir para prevenção, transformação, reabilitação, autonomização, no desenvolvimento da personalidade, do espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade. Relevante para o progresso social e para a participação democrática na vida coletiva com vista a uma



melhor convivência, e não, apenas, numa simples resolução pontual de conflito. Pela sua relevância, incentiva-se cada vez mais sua propagação.

## Referências

ALMEIDA, 2012, pp 954 apud COSTA, Catarina, «A Mediação Comunitária como Mecanismo de Inclusão de Refugiados», Tese de mestrado, Instituto Universitário de Lisboa, 2017, p.7.

BRIANT, V. & PALAU, Y (1999). «*La mediation: definition, pratiques et perspectives.*» Paris: Nathan Université.

COSTA, Jorge Meira & BARRETO Jr, Rômulo (2019). «Mediação comunitária: contributos e reflexões paa a sua sistematização.» In A Mediação Administrativa: contributos sobre as (im)possibilidades, Isabel Celeste Monteiro Fonseca (coord.), Coimbra, Almedina, 2019, p. 363.

CORBO ZABATEL, E. (2007). «Breve ensayo sobre lo posible. » In R. B. FRIGERIO & G. DIKER (eds). Las formas de lo escolar. Buenos Aires: Del Estante Editorial.

GIMÉNEZ , C. (1997). «La naturaleza de la mediación intercultural.» In Revista de Migraciones 2, 125-159.

GIMÈNEZ, C. (2001). «Modelos de mediación y su aplicación en mediación intercultural» in revista Migraciones, nº 10. Madrid: Edita Universidad Pontificia de Comillas.

GIMÈNEZ, C. (2010). «Interculturalidade e Mediação.» Lisboa: ACIDI,IP.

MORAIS CARVALHO, Jorge, «*A Consagração Legal da Mediação em Portugal*» in Julgar, n.º 15, 2011, p. 278

SILVA, A. M. C. (2016). «Formação, investigação e práticas de Mediação para a Inclusão Social (MIS) em Portugal». In A. M. C. SILVA; M. L. CARVALHO & L. R.

SILVA, A.M.C (2016). «Entre iguais e diferentes: A Mediação Intercultural» in Atas das I Jornandasda Rede de Ensino Superior para a mediação intercultural, Alto Comissariado paras as Imigrações,I.P. (coord.),2016, p. 09-25.

## A EMERGÊNCIA DE UMA CIDADANIA GLOBAL EM TEMPOS DE POPULISMO

Renata Naomi Tranjan<sup>1</sup>

**RESUMO:** As democracias ocidentais vivenciam um tipo específico de populismo, relacionado com o retorno de uma racionalidade pré-moderna e, por isso, uma racionalidade absoluta. Esse populismo é entendido como um *backlash* hiper-masculino, fundado num contexto de “pós-verdade” e de “medo líquido”. Partindo dessa perspectiva, foi analisada a vitória do candidato Jair Bolsonaro, nas eleições ocorridas no Brasil em 2018, uma vez que o político angariou sua vitória por meio de estratégias não-ortodoxas, as quais o separaram do *establishment* e o lançaram como figura capaz de resgatar os valores fundantes da sociedade brasileira. Aliado a um discurso pautado na normatividade neoliberal e neoconservadora, o populismo do século XXI se baseia na hipervalorização da autossuficiência do sujeito e da responsabilidade individual. Nesse sentido, conclui-se pela emergência de uma cidadania global, capaz de ultrapassar o asfixiante ambiente originado pelo retorno de governos populistas. Para isso, defende-se a teoria elaborada por Judith Butler, a qual trabalha, por meio da analogia das fotografias de guerra, com a ideia de laços de solidariedade que emergem através do tempo e do espaço, bem como com o conceito de “reivindicação ética”.

**PALAVRAS-CHAVE:** Brasil; Estado pós-democrático; Jair Bolsonaro; Masculinidade; Populismo; Pós-verdade.

**ABSTRACT:** Western democracies experience a specific type of populism, related to the return of a premodern rationality and, therefore, an absolute rationality. This populism is understood as a hyper-masculine backlash, founded in a context of "post-truth" and "liquid fear." Based on this perspective, was analyzed the victory of candidate Jair Bolsonaro in the elections held in Brazil in 2018, since the politician raised his victory through non-orthodox strategies, which separated him from the establishment and launched him as a figure capable of to rescue the founding values of Brazilian society. In addition to a discourse based on neoliberal and neoconservative normativity, 21st century populism is based on the hypervaluation of self-sufficiency of the subject and individual responsibility. In this sense, it concludes by the need of a global citizenship, capable of overcoming the suffocating environment caused by the return of populist governments. For this, the theory elaborated by Judith Butler is defended, which works, through the analogy of the photographs of war, with the idea of bonds of solidarity that emerge through time and space, as well as with the concept of "ethic revindication".

**KEYWORDS:** Brazil; Post-democratic state; Jair Bolsonaro; Masculinity; Populism; Post truth.

---

<sup>1</sup> Bacharelada em Direito pela Universidade Federal do Paraná. E-mail: [retranjan12@hotmail.com](mailto:retranjan12@hotmail.com).

## 1. A FALÁCIA DO MUNDO MODERNO

O alvorecer deste século XXI apontara para a existência de uma cidadania global, fincada no cosmopolitismo, vez que, na cena presente, o diálogo para além das fronteiras aparecia como algo inevitável.<sup>2</sup> Melina Girardi Fachin afirma que o pressuposto desse diálogo global estava assentado na necessidade de, em qualquer comunidade, serem desenvolvidos hábitos de coexistência.<sup>3</sup> Deveras, essa quebra de paradigma, conforme Luís Roberto Barroso<sup>4</sup>, deu-se em virtude da reaproximação entre Ética e Direito. Não obstante, conjunto a esse novo cenário internacional, essas mudanças inspiraram, no plano interno dos Estados, a revisão da ideia tradicional de soberania.

Isso, pois, a noção de soberania, à luz da emergência do direito internacional dos direitos humanos, viu-se afetado por esse sistema global de proteção que passara a atuar, quando necessário, em oposição as ordens estatais soberanas, a fim de fazer valer os direitos humanos dos nacionais submetidos a jurisdição dos Estados.<sup>5</sup> Para Melina Fachin<sup>6</sup>, a concepção contemporânea de direitos humanos tem como marca a internacionalização da proteção da pessoa humana, fenômeno recente que remete ao Pós-Segunda Guerra, marcado por um discurso constitucional renovado, permeado por valores e princípios.

Neste viés, de grande importância para essa discussão são as contribuições de Habermas e Ferrajoli, eis que ambos os autores escreveram textos na virada do século XX para o século XXI os quais representam a mescla de otimismo e reticências que, à época, o fenômeno da “globalização” despertava nos estudiosos do direito. Ora, passados quase vinte anos que a sociedade mundial adentrou neste século e, diante da crise global que parece não ter sido superada desde 2008, válido se faz verificar o que restou comprovado dos diagnósticos de pensadores que procuraram antever as transformações deste novo milênio.

Para Habermas, enquanto a soberania interna pressupunha a capacidade de imposição da ordem jurídica estatal, a soberania externa dizia respeito a capacidade de autoafirmação desse Estado em meio à concorrência “anárquica” pelo poder entre os demais governos.<sup>7</sup> Surgiria justamente dessa situação o dilema existente entre a efetiva proteção dos

---

<sup>2</sup> FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos dos direitos humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 84-85.

<sup>3</sup> FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos dos direitos humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 85-86.

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 97-98.

<sup>5</sup> FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e desenvolvimento**, [s.l.: s.n], 2015. p. 36-37.

<sup>6</sup> FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e desenvolvimento**, [s.l.: s.n], 2015. p. 17-18.

<sup>7</sup> HABERMAS, Jurgen. **A inclusão do outro**. 1. Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 124-125.

direitos humanos por institutos internacionais e o poder de atuação dos intitulados “Estados soberanos”. Trata-se do que Ferrajoli<sup>8</sup> chamou de “dúplice oposição entre estado civil e estado de natureza”, e que, a partir da Revolução Francesa, teria desenvolvido duas histórias paralelas e opostas da soberania. Enquanto uma estaria voltada a uma progressiva limitação interna da soberania, no plano do direito estatal, a outra se voltaria a uma progressiva absolutização da soberania externa, no plano do direito internacional.

Esse paradigma da soberania externa, segundo Ferrajoli, atingiu seu máximo fulgor e, conseqüentemente, o início da sua decadência, na primeira metade do século XX. No plano internacional, seu fim foi sancionado pela Carta da ONU e também pela Declaração Universal dos Direitos do Homem.<sup>9</sup> Desse modo, a soberania externa do Estado deixara de ser uma liberdade absoluta e selvagem e se subordinara, juridicamente, a duas normas fundamentais: o imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos.<sup>10</sup>

Nessa conjuntura, o mundo passou a vivenciar, segundo Habermas, a crise do Estado Nacional, eis que “a globalização do trânsito e da comunicação, da produção econômica e de seu financiamento, da transferência de tecnologia e poderia bélico”<sup>11</sup> colocou a sociedade internacional em face de problemas que não mais poderiam ser resolvidos meramente no âmbito dos Estados Nacionais, nem pela via habitual de acordo entre Estados soberanos.<sup>12</sup> À vista disso, todas as “fichas” internacionais foram apostadas na construção de um mundo integralizado e “sem fronteiras”.

Ocorre que, paradoxalmente, Ferrajoli argumentou que seriam justamente a rapidez e a multiplicidade das comunicações que acentuariam o anseio de identidade dos povos, das etnias, das minorias e, ao mesmo tempo, o valor associado às diferenças, acendendo conflitos étnicos desagregadores dentro das fronteiras dos Estados e processos inversos de integração nacional fora delas.<sup>13</sup>

---

<sup>8</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**, 1. ed. [s.l.]: Martins Fontes, 2002. p. 34-36.

<sup>9</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**, 1. ed. [s.l.]: Martins Fontes, 2002. p. 38-39.

<sup>10</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**, 1. ed. [s.l.]: Martins Fontes, 2002. p. 39-40.

<sup>11</sup> HABERMAS, Jurgen. **A inclusão do outro**. 1. Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 123.

<sup>12</sup> HABERMAS, Jurgen. **A inclusão do outro**. 1. Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 123.

<sup>13</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**, 1. ed. [s.l.]: Martins Fontes, 2002. p. 49.

## 2. A CRISE PERMANENTE E A LÓGICA NEOLIBERAL

As questões propostas por Habermas e Ferrajoli, no início do século XXI, sintetizaram as preocupações com um mundo que adentrava ao que eles consideraram o irreversível caminho da globalização, sem, contudo, ter sido capaz de solucionar problemas intrínsecos que remontam a própria formação do mundo moderno. Quase duas décadas após essas considerações, este mundo parece enfrentar os reveses de uma “globalização inversa” e não faltam estudiosos que proclamam uma “crise mundial permanente”. Logo, pode-se dizer que grande parte das elocubrações destes autores se provaram factíveis.

Na concepção de Bauman, o “medo líquido” teria emergido justamente desta globalização negativa especializada em “quebrar fronteiras demasiado frágeis para aguentar a pressão e em cavar buracos numerosos, enormes e impossíveis de tampar, através das fronteiras que resistiram com sucesso às forças destinadas a rompê-las”.<sup>14</sup> Outros autores afirmam que não é possível datar especificamente o início dessa crise das democracias e, por conseguinte, das identidades e das fronteiras.

Em verdade, não obstante as discussões que procuram identificar o elemento central originário da crise, a doutrina majoritária parece estar em concordância com uma questão – qual seja a influência da lógica neoliberal. De fato, o brasileiro Rubens R. R. Casara<sup>15</sup> afirma que se vive, atualmente, *O Estado pós-democrático*, conforme termo elencado por ele. Logo, ao questionar a possibilidade de uma crise do Estado Democrático de Direito, Casara argumentou que somente se torna possível utilizar o termo “crise” quando se trata de dado cenário excepcional e temporário. A partir do momento em que um quadro de “crise” adquire ares de normalidade, constata-se que ela é, em verdade, inerente e funcional ao *status quo*.

De fato, Pierre Dardot e Christian Laval, ao escreverem *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*, em sua primeira edição, datada de 2009, defenderam veementemente que a “crise” hoje atravessada aparece como aquilo que efetivamente é: uma crise global do neoliberalismo como modo de governar as sociedades.<sup>16</sup> Nesse sentido, mesmo com a severa crise de 2008, o neoliberalismo, longe de ver suas políticas enfraquecidas, foi, em realidade, fortalecido na forma de planos de austeridade adotados por Estados cada vez mais ativos e

---

<sup>14</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro (RJ): Zahar, 2008. p. 126.

<sup>15</sup> CASARA, Rubens R. R. **Estado Pós-Democrático: Neo-Obscurantismo e Gestão dos Indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2018.

<sup>16</sup> DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A Nova Razão do Mundo: Ensaio Sobre a Sociedade Neoliberal**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2016. p. 27.

respaldados pela lógica da concorrência dos mercados financeiros.<sup>17</sup> Deveres, a pergunta lançada por Dardot e Laval, *como explicar essa corrida suicida para ver quem será o campeão da austeridade?*, é mais do que nunca necessária para entender a crise brasileira.

Isso, porque, o sistema neoliberal é responsável por construir uma nova subjetividade, a qual, nas palavras dos autores, “nada mais é do que a forma mais bem-acabada da subjetivação capitalista”, na medida em que produz uma relação do sujeito individual com ele tal como um “capital humano”, isto é, “um valor que deve valorizar-se cada vez mais”.<sup>18</sup> Em sentido semelhante, o sociológico Byung Chul Han já diagnosticou que a sociedade neoliberal é, antes de tudo, a “sociedade do cansaço”. Trata-se de uma norma que incitaria cada um à iniciativa pessoal – em que cada indivíduo se comprometeria a se tornar ele mesmo.<sup>19</sup> Reside justamente na pressão constante do imperativo de obediência a si próprio a violência sistêmica inerente à sociedade de desempenho.<sup>20</sup>

Nesse sentido, remete-se a conclusão chegada por Dardot e Laval: “a crise mostrou também que o Estado (...) era parte interessada nas novas formas de sujeição do assalariado (...) que caracteriza o funcionamento do capitalismo contemporâneo”.<sup>21</sup> Assim, o Estado neoliberal não pode ser considerado um “instrumento” utilizado indiferentemente, mas, sim, um “Estado-estrategista”, codificador dos investimentos e das normas, sendo, portanto, “uma peça da máquina que se deve combater”.<sup>22</sup>

### 3. O RETORNO DO POPULISMO?

Todos esses componentes corroboraram para a construção de um cenário de incertezas responsável pela emergência de uma forma específica de populismo, representado pela exaltação dos papéis tradicionais e fixos, enquanto uma reação ao avanço de pautas progressistas e as demais mudanças desse novo mundo. Deveras, entende-se o atual Presidente do Brasil, Jair Bolsonaro, como a arquétipo de tal movimento – essencialmente masculino e, por isso, marcado pelas características da *pós-verdade* e do *backlash*.

---

<sup>17</sup> DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A Nova Razão do Mundo: Ensaio Sobre a Sociedade Neoliberal**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2016. p. 14.

<sup>18</sup> DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A Nova Razão do Mundo: Ensaio Sobre a Sociedade Neoliberal**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2016. p. 31.

<sup>19</sup> HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Petrópolis: Vozes, 2018. p. 27.

<sup>20</sup> HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Petrópolis: Vozes, 2018. p. 27-28.

<sup>21</sup> DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A Nova Razão do Mundo: Ensaio Sobre a Sociedade Neoliberal**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2016. p. 31.

<sup>22</sup> DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A Nova Razão do Mundo: Ensaio Sobre a Sociedade Neoliberal**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2016. p. 31.

Este último, segundo as pesquisadoras Jane Mansbridge e Shauna Shames<sup>23</sup>, representa um processo de resistência dinâmica. Nesse sentido, o *backlash* pode ser entendido como uma reação à uma movimentação social, que aplica o poder coercitivo (não necessariamente violento) para constranger e atingir o objetivo de reinstaurar a situação de poder, ou parte dela. Isto é, a procura pela capacidade de impor as preferências e interesses de determinado grupo e obter resultados efetivos (*outcomes*).<sup>24</sup>

Ademais, esse populismo é, acima de tudo, fruto da era da pós-verdade, a qual, segundo o psicanalista Christian Dunker,<sup>25</sup> pode ser entendida como a recusa do outro ou ao menos uma cultura de indiferença que, quando se vê ameaçada, reage com ódio ou violência. De tal modo se dá isso que é “cada vez mais difícil escutar o outro, assumir a sua perspectiva, refletir e reposicionar-se e fazer convergir diferenças”.<sup>26</sup> Em que pese isso, o real problema se inicia quando, munido do narcisismo, tornamo-nos incapazes de exercer uma atitude reflexiva para com o outro, vez que, ao assumir o ponto de vista do outro, sentimos que nossas próprias identidades estão em perigo.<sup>27</sup>

Partindo-se do entendimento de que o elemento que marca o populismo é uma ação política irracional, Ernesto Laclau,<sup>28</sup> ao dissertar sobre essas questões, alegou que toda a ação populista necessita congrega uma multiplicidade de demandas sociais isoladas, que não possuem nada em sua essência que as conectem entre si, em torno de um denominador identitário comum, capaz de elevar aspirações heterogêneas à condição de objeto de desejo por meio da figura de um governante.<sup>29</sup> Essa universalidade, para Laclau, irá constituir um “nós” e também uma linha que divide o terreno dos “outros”.

Trata-se, em verdade, dos mais explícitos sintomas da não superação das considerações propostas por Habermas e Ferrajoli acerca da soberania estatal e da fantasmagórica figura do soberano. Nesse sentido, constata-se que a metáfora antropomórfica do Estado “pessoa” é, ainda hoje, dominante no imaginário das democracias ocidentais, vez que estas continuam a associar a soberania como essência e, concomitantemente, como poder absoluto.<sup>30</sup>

---

<sup>23</sup> MANSBRIDGE, Jane; SHAMES, Shauna. **Toward a Theory of Backlash: Dynamic Resistance and the Central Role of Power**. Politics and Gender 4, no. 4, 2008. p. 627.

<sup>24</sup> MANSBRIDGE, Jane; SHAMES, Shauna. **Toward a Theory of Backlash: Dynamic Resistance and the Central Role of Power**. Politics and Gender 4, no. 4, 2008. p. 627

<sup>25</sup> DUNKER, Christian *et al.* **Ética e Pós Verdade**. Porto Alegre: Dublinense, 2017.

<sup>26</sup> DUNKER, Christian *et al.* **Ética e Pós Verdade**. Porto Alegre: Dublinense, 2017. p. 27.

<sup>27</sup> DUNKER, Christian *et al.* **Ética e Pós Verdade**. Porto Alegre: Dublinense, 2017.p. 37.

<sup>28</sup> LACLAU, Ernesto. **On Populist Reason**. Londres: Verso Books, 2005.

<sup>29</sup> LACLAU, Ernesto. **On Populist Reason**. Londres: Verso Books, 2005. p.96

<sup>30</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. 1. ed. [s.l.]: Martins Fontes, 2002.p. 20.

Porém, não seria a Constituição brasileira de 1988, reconhecida como uma Carta que constitucionalizou diversas políticas públicas, em virtude, justamente, com a preocupação de garantir determinadas pautas sociais, um limite a isso? Em outras palavras, não seria ela suficiente para barrar esses intentos populistas, muitas vezes, anti-democráticos? Em que pese seja demasiado precoce para dar uma resposta absoluta a essa questão, há uma tendência doutrinária em sopesar para um pessimista – ou diria realista? – *não*.

Como forma de explorar esse raciocínio é de grande relevância as contribuições dos pesquisadores Roberto Gargarrella, Thiago Pádua e Jefferson Guedes.<sup>31</sup> Para estes autores, nos anos que remontam o fim do século XX e início do século XIX, os países da América-Latina adotaram Constituições socialmente mais robustas e desenvolveram uma interessante prática judicial de cumprimento dos direitos sociais. Contudo, alegam os autores que também parece claro que essas reformas foram, no melhor dos casos, limitadas em seu escopo e em suas conquistas.

Uma das principais razões que explica essa conclusão é o fato de que reformistas legais dedicaram a maior parte de seu trabalho para criar novos direitos, deixando a organização dos poderes, arranjada debaixo de um modelo do século XIX de concentração de autoridade, basicamente intocada.<sup>32</sup> Agindo dessa maneira, reformistas legais mantiveram fechadas as portas da chamada “sala de máquinas” da Constituição, uma vez que o núcleo da maquinaria democrática não foi modificado.<sup>33</sup> Isto é, assim organizadas, as novas Constituições tendem a apresentar um desenho contraditório: elas parecem social e democraticamente comprometidas nas suas seções de direitos, enquanto ao mesmo tempo elas parecem rejeitar esses mesmos ideais sócio-democráticos por meio de sua tradicional organização política vertical.<sup>34</sup>

Ou seja, as novas Constituição, ainda que extremamente comprometidas com a realidade social da América Latina, precisam primeiro, ao invés de meramente introduzir mudanças sociais, afetar a organização de poder que foi desenhada por velhas e elitistas sociedades do século XIX.<sup>35</sup> Resta claro, portanto, que tão somente a existência da Carta

---

<sup>31</sup>GARGARRELA, Roberto; PÁDUA, Thiago; GUEDES, Jefferson. **Constitucionalismo latino-americano: direitos sociais e a “sala de máquinas” da Constituição**. Universitas JUS, v. 27, n. 2, p. 33-41, 2016.

<sup>32</sup>GARGARRELA, Roberto; PÁDUA, Thiago; GUEDES, Jefferson. **Constitucionalismo latino-americano: direitos sociais e a “sala de máquinas” da Constituição**. Universitas JUS, v. 27, n. 2, p. 33-41, 2016. p. 38-39.

<sup>33</sup>GARGARRELA, Roberto; PÁDUA, Thiago; GUEDES, Jefferson. **Constitucionalismo latino-americano: direitos sociais e a “sala de máquinas” da Constituição**. Universitas JUS, v. 27, n. 2, p. 33-41, 2016. p. 39.

<sup>34</sup>GARGARRELA, Roberto; PÁDUA, Thiago; GUEDES, Jefferson. **Constitucionalismo latino-americano: direitos sociais e a “sala de máquinas” da Constituição**. Universitas JUS, v. 27, n. 2, p. 33-41, 2016. p. 39.

<sup>35</sup>GARGARRELA, Roberto; PÁDUA, Thiago; GUEDES, Jefferson. **Constitucionalismo latino-americano: direitos sociais e a “sala de máquinas” da Constituição**. Universitas JUS, v. 27, n. 2, p. 33-41, 2016. p. 40.



Magma brasileira de 1988 é insuficiente para atuar como barreira e limite ao renovado populismo do século XXI.

#### 4. A EMERGÊNCIA DE UMA “CIDADANIA GLOBAL”

Posto considerações acerca do constitucionalismo latino-americano e, diante do atual governo, conclui-se pela improbabilidade de que a política brasileira adentrará tão cedo na “sala de máquinas”, capaz de efetivar o poderio da Constituição de 1988. Nesta feita, é justamente a soma desses fatores que torna urgente a hipótese de uma integração mundial baseada no direito.

Melina Fachin aduz ao fato de que a doutrina mais atual dos direitos humanos corresponderia a uma categoria beneplácita da universalização de certos direitos, como o direito à democracia, ao desenvolvimento e ao progresso social – ou seja, direitos que seriam associados a uma ideia de um constitucionalismo global, de uma cidadania mundial.<sup>36</sup> De acordo com Maurício Andreiuolo Rodrigues<sup>37</sup>, a marca dessa cidadania timbrada de universalidade, que buscava proteger um conjunto mínimo de valores inerentes a qualquer pessoa, em qualquer lugar, pautar-se-ia na constatação de que há valores éticos gerais aceitos por todas as pessoas em qualquer lugar do planeta. Isto é, o reconhecimento de valores imanentes e comuns em qualquer sociedade legitimaria o reconhecimento de um espaço público universal.<sup>38</sup>

Discute-se, em verdade, a existência de uma ética global. Uma norma de conduta reconhecida por todas as pessoas, independentemente de nacionalidade. Para aqueles que reconhecem a ética universal, proclama Rodrigues, vale a máxima conforma a qual as culturas a interpenetram, uma vez que as culturas não têm fronteiras delimitadas e nem se constituem unidades homogêneas.<sup>39</sup>

Nesse viés, Judith Butler aperfeiçoa a noção de “ética global”, ao lhe aproximar da teoria filosófica crítica aos direitos humanos, vez que considera que é do sofrimento humano concreto que nasceram os direitos produtores de obrigações voltadas ao desenvolvimento

---

<sup>36</sup> FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos dos direitos humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 82.

<sup>37</sup> RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. **Poder Constituinte Supranacional: esse novo personagem**, 1 ed. [s.1]: Safe, 2000. p. 123.

<sup>38</sup> RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. **Poder Constituinte Supranacional: esse novo personagem**, 1 ed. [s.1]: Safe, 2000. p. 125.

<sup>39</sup> RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. **Poder Constituinte Supranacional: esse novo personagem**, 1 ed. [s.1]: Safe, 2000. p. 126.

da vida de cada sujeito ético da comunidade.<sup>40</sup> Assim, Butler trabalha, por meio do exemplo das imagens de guerra, a ideia de laços de solidariedade que emergem através do tempo e do espaço, bem como o conceito de “reivindicação ética”. Isto é, obrigações éticas que emergem dos sujeitos quando estes são confrontados, a despeito de suas vontades, com imagens de sofrimentos distantes.

Por meio do exemplo da fotografia de guerra, enquanto solicitação ética específica que nos sobrecarrega eticamente, Butler constata que nossa reação a essas imagens provém do caráter compulsório da convivência de todos os seres humanos na Terra. Assim, a necessidade de conviver na Terra é um princípio que deve guiar as ações e as políticas de todas as vizinhanças, comunidades e nações, no sentido de buscar formas políticas e econômicas que minimizem a precariedade e estabeleçam a igualdade entre os sujeitos,<sup>41</sup> equiparando-se, pois, a uma espécie de “ética global”.

Defende-se, portanto, tal como elencado por David Sanchez Rubio, que o derradeiro desafio proposto para o imaginário jurídico, na atualidade, é a incorporação consciente e explícita do multiculturalismo no mundo, sem incorrer em situações idílicas ou idealistas.<sup>42</sup> Assim, argumenta-se em prol da igualdade na diferença, uma vez que “temos o direito de sermos iguais quando a diferença nos inferiorizar e temos o direito de sermos diferentes quando a igualdade nos descaracterizar”.<sup>43</sup>

## CONCLUSÃO

Como dissertado, a soberania externa dos Estados sempre teve como sua principal justificativa a necessidade da defesa contra inimigos externos. Não é a toa que, hoje, com a diminuição dessa necessidade devido ao fim dos blocos contrapostos, produziu-se uma crise de legitimação desse sistema de soberanias desiguais e de relações cada vez mais assimétricas entre países ricos e países pobres. Esse contexto de incertezas levou ao surgimento de uma nova forma de populismo, marcado pela busca na restauração da “grandeza nacional”, mesmo que esta nunca tenha existido. Exemplo abordado neste artigo foi o atual Presidente do Brasil, Jair Bolsonaro. Nesta feita, concluiu-se pela necessidade do imaginário jurídico se

---

<sup>40</sup> FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e desenvolvimento**, [s.1.: s.n], 2015. p. 42.

<sup>41</sup> BUTLER, Judith. **Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria performativa de assembleia**, 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 111-136.

<sup>42</sup> SÁNCHEZ RUBIO, David. **Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 44.

<sup>43</sup> SÁNCHEZ RUBIO, David. **Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 47.

voltar para a construção dos meios que poderão permitir o nascimento de uma “cidadania global”, apta a servir como barreira a esse novo populismo.

## REFERÊNCIAS

- ANSBRIDGE, Jane; SHAMES, Shauna. **Toward a Theory of Backlash: Dynamic Resistance and the Central Role of Power**. *Politics and Gender* 4, no. 4, 2008. p. 627.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro (RJ): Zahar, 2008.
- BUTLER, Judith. **Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria performativa de assembleia**, 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 111-136.
- CASARA, Rubens R. R. **Estado Pós-Democrático: Neo-Obscurantismo e Gestão dos Indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira. 2018.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A Nova Razão do Mundo: Ensaio Sobre a Sociedade Neoliberal**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2016.
- DUNKER, Christian *et al.* **Ética e Pós Verdade**. Porto Alegre: Dublinense, 2017.
- FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e desenvolvimento**, [s.1.: s.n], 2015. p. 42.
- FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos dos direitos humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**, 1. ed. [s.l.]: Martins Fontes, 2002.
- GARGARRELA, Roberto; PÁDUA, Thiago; GUEDES, Jefferson. **Constitucionalismo latino-americano: direitos sociais e a “sala de máquinas” da Constituição**. *Universitas JUS*, v. 27, n. 2, p. 33-41, 2016.
- HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. 1. Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Petrópolis: Vozes, 2018.
- LACLAU, Ernesto. **On Populist Reason**. Londres: Verso Books, 2005.
- RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. **Poder Constituinte Supranacional: esse novo personagem**, 1 ed. [s.1]: Safe, 2000. p. 125.
- SÁNCHEZ RUBIO, David. **Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

## A INTERCULTURALIDADE COMO PERSPECTIVA PARA OS FLUXOS MIGRATÓRIOS DO SÉCULO XXI

Ricardo Cotrim Chaccur<sup>1</sup>

**Resumo:** O mundo alcançou recentemente a marca de mais de 7 bilhões de seres humanos que compartilham o mesmo planeta, com povos de múltiplas culturas e hábitos completamente diferentes que interagem cotidianamente por meio de contatos entre os povos. Segundo o Relatório de Migração Internacional de 2017, 258 milhões de pessoas vivem num país diferente do seu país de origem, o que corresponde a 3,4% da população mundial, um aumento de 49% se comparado com o ano 2000, sendo estimado que 68,5 milhões de pessoas são refugiados, números expressivos que desafiam a estabilidade de todos os países receptores desse contingente e que formam este mosaico cultural. Assim, no contexto de Globalização e da Sociedade da Informação, nota-se que a queda das barreiras econômicas resultou num aumento das assimetrias entre os países do hemisfério norte e sul, entre o ocidente e oriente, e as instabilidades políticas na maioria dos países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos e impulsionaram o fenômeno da migração por razões diferentes, decorrente de guerras ou conflitos armados, ou ainda, pela opção de migrar por melhores condições de vida. Esses fluxos migratórios têm desafiado os governos dos países mais desenvolvidos, exigindo de seus governantes, políticas públicas transnacionais e coordenadas para minimizar o impacto do acolhimento e inclusão desse contingente que neste século se apresenta como um problema de abrangência internacional. Assim diante do multiculturalismo irreversível do século XXI, o conceito de Interculturalidade surge como uma perspectiva para uma futura convivência pacífica entre as diversas culturas que compartilham os mesmos espaços.

**Palavras-chave:** Globalização; Multiculturalismo; Interculturalidade; Fluxos Migratórios; Direitos Humanos

**Abstract:** The world has recently reached the mark of more than 7 billion human beings who share the same planet, with people of multiple cultures and completely different habits that interact daily through contacts between peoples. According to the International Migration Report for 2017, 258 million people live in a country other than their country of origin, corresponding to 3.4% of the world's population, an increase of 49% compared to 2000, and it is estimated that 68.5 million people are refugees, expressive numbers that defy the stability of all the countries that receive this contingent and that form this cultural mosaic. Thus, in the context of Globalization and the Information Society, it is noted that the fall in economic barriers has resulted in an increase in asymmetries between the countries of the North and South, between the West and the East, and the political instability in most of the developing countries. development or underdeveloped and have driven the phenomenon of migration for different reasons, due to wars or armed conflicts, or the option to migrate for better living conditions. These migratory flows have challenged the governments of the most

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, professor de Direito Internacional, Direitos Fundamentais e Direitos Humanos e Ciência Política das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU e Líder do Grupo de Pesquisa de Direito Internacional e Direitos Humanos das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU.

developed countries, demanding from their governments, transnational and coordinated public policies to minimize the impact of the reception and inclusion of this contingent that in this century presents itself as a problem of international scope. Thus, in the face of the irreversible multiculturalism of the 21st century, the concept of Interculturality emerges as a perspective for a future peaceful coexistence between the different cultures that share the same spaces.

**Keywords:** Globalization; Multiculturalism; Interculturality; Migratory Flows; Human rights.

### **I - A contribuição da Globalização e da Sociedade da Informação na formação do Multiculturalismo**

Em relação à migração, Gianturco faz um breve resgate histórico sobre a migração ao descrever que o ser humano, desde o seu surgimento há 2,4 milhões de anos atrás, na África, começou o movimento de migração, se espalhando pela Eurásia, num primeiro momento, e depois pela Oceania e América, e continuam se deslocando e migrando até os dias atuais, cruzando fronteiras políticas, sendo que, atualmente, mais de 200 milhões de pessoas vivem longe de seus países de origem, sendo o século XXI considerada a “era da migração”.<sup>2</sup> Neste sentido, observa-se que o número de migrantes tem aumentado nos últimos anos, principalmente a partir do século XXI, em razão do próprio aumento da população mundial, tendo em 2017 alcançado o número de 258 milhões de pessoas vivendo em um país diferente do país de origem, dos quais 68,5 milhões são de refugiados.

Dentre as causas do fluxo migratório no século XXI, Gianturco relaciona como principais motivos: a pobreza do país de origem, conflitos e guerras civis, abertura de regimes fechados, melhorias na comunicação que resultam num aumento de contatos, redução dos custos de transporte e crescimento populacional; sendo peculiar em cada fluxo a razão que leva determinado grupo de pessoas a se deslocar de seu país de origem para outros.<sup>3</sup>

Ressalta-se, também, que, atualmente, assistimos a diversos fluxos migratórios em todos os continentes ocorrendo simultaneamente, mas por motivos distintos, como por exemplo, verifica-se que no continente americano, o êxodo de venezuelanos para diversos países da América Latina, fugindo da crise econômica deflagrada pelo regime político ditatorial do presidente Maduro; os fluxos migratórios originários dos países africanos e da Síria resultante das guerras civis de longa data; além dos fluxos migratórios que ocorrem dentro

---

<sup>2</sup> GIANTURCO, Adriano. A Ciência da Política: Uma Introdução. 2a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 465-467.

<sup>3</sup> GIANTURCO, Adriano. A Ciência da Política: Uma Introdução. 2a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 469.

do próprio continente africano e asiático, na qual tem como motivação a fuga decorrente de problemas climáticos e da fome.

Observa-se, ainda, que o fenômeno da globalização, como resultado do avanço do capitalismo no fim do século XX, juntamente com a transformação da sociedade industrial para uma sociedade da informação, exigiu a queda das fronteiras geográficas nacionais e influenciou diretamente no aumento dos fluxos migratórios, constituindo numa das principais engrenagens que impulsionam a migração internacional, neste século<sup>4</sup>, tendo, ainda, como um dos efeitos colaterais, o aumento das assimetrias e das desigualdades entre os países mais desenvolvidos economicamente dos menos desenvolvidos.

Ainda, em relação ao fenômeno da Globalização, Arrighi, tratando sobre o conceito de globalização, menciona os ensinamentos de Tilly que define o fenômeno da globalização como sendo:

um aumento na abrangência geográfica das interações sociais localmente relevantes, especialmente quando esse aumento estende uma proporção significativa de todas as interações entre as fronteiras internacionais e intercontinentais”.<sup>5</sup>

Tilly, ainda, explica que no último milênio ocorreram pelo menos três ondas de globalização política e econômica, a primeira onda ocorreu no século XIII, com a formação do Império Mongol e teve como resultado a criação de condições para o surgimento do sistema de comércio mundial afro-euroasiático; o segundo, ocorreu no século XVI, com a expansão comercial e militar europeia que resultou na ligação do Oceano Índico ao Caribe por meio de uma densa rede de trocas e de dominação, e por fim, a terceira onda, ocorrida no século XIX, resultado do impulso imperialista das Nações europeias que dominaram 4/5 dos territórios mundiais, impondo a colonização à países dos continentes americanos, africanos e asiáticos.<sup>6</sup>

Sobre a Globalização, Milton Santos aborda as consequências deixadas pela globalização econômica como expansão do capitalismo e destaca os períodos de exploração e descobertas, construindo um paralelo entre a colonização e a globalização, a partir do entendimento de que os dois fenômenos possuem como características comuns, apesar de ocorrerem em momentos distintos, a dominação, a expansão e exploração, bem como

---

<sup>4</sup> MASSEY, Douglas Steven. *Worlds in Motion: Understanding International Migration at the end of the Millennium*. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 277.

<sup>5</sup> ARRIGUI, Giovanni. Globalização e Macrossociologia Histórica In Revista de Sociologia e Política, nº 20: 13-23 JUN. 2003.

<sup>6</sup> ARRIGUI, Giovanni. Globalização e Macrossociologia Histórica In Revista de Sociologia e Política, nº 20: 13-23 JUN. 2003, p.16.

dividiram o mundo entre os dois hemisférios: norte e sul, e intensificaram as desigualdades entre eles.<sup>7</sup>

Assim, a partir do fenômeno da globalização, observa-se um aumento das assimetrias e a intensificação das desigualdades econômicas e sociais entre os países do hemisfério norte e sul e, principalmente, entre os países do ocidente e oriente, explicado pelo conceito do Orientalismo, na qual Abbagnano destaca que a diferença cultural, a partir da visão de mundo ocidental, universalizado, disseminou os valores ocidentais em detrimento dos orientais, uma vez que:

Na primeira, o oriente aparece com valor negativo, e o Ocidente com valor positivo. Para essa acepção (pensemos em autores como Hegel e Marx), o Oriente se configura como o 'ainda-não' do Ocidente e está para ele como o atrasado para o desenvolvido, o despótico para o livre, o comunitário para o societário, o religioso para o secularizado, o contemplativo para o ativo etc. na segunda, o Oriente aparece com valor positivo, e o Ocidente com valor negativo. Para essa acepção (pensemos na corrente de pensamento que vai de Schopenhauer a Hesse), o Oriente se configura como o lugar da espiritualidade, da sabedoria originária, da tradição etc., e o Ocidente como a terra do materialismo, do cientificismo, do pragmatismo tecnológico etc.<sup>8</sup>

Samuel Huntington ao dissertar sobre o termo orientalismo, explica que:

Durante a maior parte da existência da humanidade, os contatos entre as civilizações foram intermitentes ou inexistentes. Depois, com o começo da Idade Moderna, por volta de 1500 d.C., a política mundial assumiu duas dimensões. Durante mais de 400 anos, os Estados-nações do Ocidente – Grã-Bretanha, França, Espanha, Áustria, Prússia, Alemanha, Estados Unidos e outros – constituíram um sistema internacional multipolar dentro da civilização ocidental e interagiram, competiram e travaram guerras uns com os outros. Ao mesmo tempo, as nações ocidentais também se expandiram, conquistaram, colonizaram outras civilizações ou nelas influíram de forma decisiva.<sup>9</sup>

Bueno, narra que o Ocidente manteve contatos regulares com o Oriente desde a Antiguidade e se intensificaram com o período das grandes navegações e a colonização de territórios ultramarinos por parte dos Estados europeus, no século XVI, momento em que os europeus passaram a estabelecer um modo de convivência dedicado à exploração

---

<sup>7</sup> SANTOS, Milton. Por uma outra Globalização – do pensamento único à uma consciência universal. – 6ª edição. Rio de Janeiro e São Paulo: Editora Record, 2001.

<sup>8</sup> ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p.847.

<sup>9</sup> HUNTINGTON, Samuel P. O Choque das Civilizações e a Recomposição da Ordem Mundial / Samuel P. Huntington; tradução de M. H. C. Côrtes. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p.22-23.

comercial das civilizações orientais e, concomitantemente, à imposição cultural e às conversões religiosas.<sup>10</sup>

Por fim, as ponderações de Edward Said sobre o fenômeno do Orientalismo explica que o imperialismo imposto pelas nações francesa e inglesa aos países que hoje se localizam no Oriente Médio, na segunda fase do processo de globalização, no século XIX, propagou uma imagem selvagem e de um mundo atrasado e antigo, cujos valores deveriam ser desprezados em prol do avanço econômico e cultural determinado pelas nações imperialistas.<sup>11</sup> E, portanto, o orientalismo representaria uma invenção das grandes potências, que posteriormente, encontra nos Estados Unidos o maior idealizador do que representa os povos e os Estados do Oriente Médio para o resto do mundo.

Ainda, sobre a origem dos conflitos em regiões colonizadas pelos impérios europeus, Wanderley Messias da Costa, ao tratar sobre os problemas da geografia política contemporânea, utiliza os ensinamentos de Michel Foucher para observar que:

Um panorama inicial das fronteiras atuais demonstra, para Foucher, que as instabilidades políticas e, em alguns casos, geopolíticas de algumas regiões do Terceiro Mundo – especialmente da África e da Ásia – devem-se em grande parte às contradições entre traçados artificiais impostos de “fora para dentro” pelas antigas metrópoles coloniais, cujos contornos não coincidem com outros limites (étnicos, linguístico, históricos etc.). O que ocorre nesses casos (e aí, observa, pode-se incluir também a Europa Centro- Oriental sob certos aspectos) é que caberá ao investigador examinar não as “boas fronteiras”, isto é, aquelas estáveis e reconhecidas legalmente e na prática por todos, mas as contraditórias, aquelas que apresentam muito mais um “feixe de intersecção” entre vários “limites” em jogo, ou, em outras palavras, “uma combinação de tempos sociais distintos”. Afinal, ele entende que, em muitos lugares, as fronteiras romperam, provisória ou definitivamente, processos históricos que poderiam tender à unificação ou fragmentação”. Além disso, esse caráter exógeno presente na definição de boa parte das fronteiras do Terceiro Mundo (do total, 17,2% traçados pelos franceses e 21,5% pelos ingleses) estaria na raiz das muitas “crises geopolíticas” atuais.”<sup>12</sup>

Diante desse resgate histórico, resta evidente que os fluxos migratórios estão diretamente relacionados com o processo de globalização, e que as interações entre as

---

<sup>10</sup> BUENO, André da Silva O extremo oriente na antiguidade./André da Silva Bueno – Rio de Janeiro: Fundação CECIERJ, 2012, p.16.

<sup>11</sup> SAID, Edward W. Orientalismo: o Oriente como invenção do Ocidente /Edward W. Said; tradução Tomás Rosa Bueno. – São Paulo: Companhia das Letras, 1990, p.08.

<sup>12</sup> COSTA, Wanderley Messias da. Geografia Política e Geopolítica: Discursos sobre o Território e o Poder. 2ª edição. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008, p.283.



culturas ocidentais e orientais decorrentes desse contato, resultaram na ocupação e na convivência do mesmo espaço político, destino final dos fluxos migratórios, criando um espaço de convivência de pluralidade cultural, conhecido como Multiculturalismo, mas que tem originado conflitos discriminatórios decorrentes da maneira como foram construídas essas relações entre ocidente e oriente desde o início desses contatos, agravada pelo período de colonização, momento em que os valores ocidentais passaram a serem impostos ao oriente, como forma de desprezo total pela cultura oriental.

## II – Os problemas decorrentes do Multiculturalismo

A cultura a partir da linguística e da etimologia da palavra significa ocupar a terra e, portanto, o que se vai trabalhar ou o que se quer cultivar, não se restringindo esse significado ao cultivo em termos de agricultura, mas também de transmissão de valores e conhecimento para as próximas gerações.

Dessa forma, todas as culturas possuem uma estrutura própria, mudam ao longo do tempo, portanto, são dinâmicas, e interagem entre si, não permanecendo isoladas, tal fato é perceptível pela própria construção histórica da Europa, cuja cultura foi construída a partir de vários contatos entre povos com hábitos, valores e culturas diferentes, desde a antiguidade, bem como no continente americano, colonizado por vários povos diferentes que possibilitaram a construção de um multiculturalismo a partir da miscigenação decorrente de vários fluxos migratórios observados ao longo da idade contemporânea, como por exemplo no Brasil. Ainda como exemplos dessa miscigenação cultural, observa-se a construção social do Canadá e da Austrália.

É importante ressaltar que não há distinção entre as culturas quanto a existência de culturas mais “atrasadas”, uma vez que não é possível julgar as culturas mediante um parâmetro do que é uma cultura adiantada, sendo essa premissa muitas vezes utilizada de forma preconceituosa para tentar subjugar os valores e hábitos de um determinado povo.<sup>13</sup>

Assim, a partir dessa premissa de que não há culturas mais ou menos avançadas, é necessário a construção de uma tolerância entre as culturas dos vários povos, exigindo um respeito mútuo para o alcance de uma paz que não necessariamente signifique ausência de conflitos, mas sim a erradicação da violência como forma de acabar com as diferenças.

---

<sup>13</sup> SILVA, Kalina Vanderlei; SILVA, Maciel Henrique. Dicionário de Conceitos Históricos. – 3ª edição. São Paulo: Contexto, 2010, p.85-88.

Contudo, registra-se que o crescimento dos nacionalismos em vários países de destino dos fluxos migratórios do século XXI tem reascendido conflitos étnicos e religiosos e causado conflitos cotidianos nesses países, resultando em alguns casos mais extremos em atentados terroristas que ameaçam o desenvolvimento social e econômico desses países e que podem enfraquecer regimes políticos mais democráticos que têm como base de suas sociedades o direito fundamental da liberdade.

O Multiculturalismo, ou pluralismo cultural, é um termo que descreve a existência de muitas culturas numa região, numa cidade ou país, mesmo que em regra, haja uma cultura predominante. Observa-se, assim, que a política multiculturalista tem como proposta a convivência pacífica de várias culturas em um mesmo ambiente, isto é, a criação de um sentimento de respeito à diversidade cultural, sem discriminação de costumes, o que deveria convergir com o fenômeno da globalização e das sociedades pós-modernas, a partir do entendimento de que este fenômeno busca o contato entre povos, com a queda das barreiras nacionais.

Nesse sentido, destaca-se que as sociedades plurais se conectam numa dinâmica de atritos que provocam uma revisão das concepções modernas e dificultam o alcance de uma paz social decorrente das discriminações existentes.

Assim, o grande problema é que em contraposição ao Multiculturalismo, temos o Monoculturalismo, intimamente relacionado com o sentimento nacionalista que nega a cultura do outro, e cuja visão estereotipada imposta pela cultura dominante às minorias tendem a causar um complexo de inferioridade que resulta num estigma que distancia os indivíduos do respeito à diversidade cultural e que desencadeia uma luta diária e cíclica decorrente dessa segregação.

Dessa forma, para os defensores do nacionalismo, a diversidade cultural e étnica muitas vezes é vista como uma ameaça para a identidade da nação, provocando um sentimento de desprezo pela cultura alguns grupos minoritários, muitas vezes compostos de imigrantes.

Nesse sentido Touraine, explica que:

Nada mais distanciado do multiculturalismo que a fragmentação do mundo em espaços culturais, nacionais ou regionais, alheios uns aos outros, obcecados por um ideal de homogeneidade e de pureza que os asfixia e sobretudo substitui a unidade de uma cultura pela de um poder comunitário, as instituições por um mandamento, uma

tradição por um livrinho de uma cor ou de outra, mostrado e citado de forma imperativa a cada instante.<sup>14</sup>

O pesquisador Javier de Lucas, da Universidade de Valência, na Espanha, corrobora com esta linha de pensamento ao explicar, com base nos ensinamentos de Huntington que a principal origem dos conflitos, no século XXI, será de caráter cultural decorrente do choque de civilizações, uma fratura que dominará este período da história.<sup>15</sup>

### III – A Interculturalidade como perspectiva para o futuro dos fluxos migratórios

Com o objetivo de superar os problemas decorrentes do multiculturalismo, a Interculturalidade surge como uma perspectiva de alteração dessa realidade conflitante, a partir do entendimento de que a diversidade cultural pode ser uma contribuição valiosa para o desenvolvimento social e econômico dos países que formam este mosaico cultural.

Sobre o assunto, Habermas explica que:

Em geral, a discriminação não pode ser abolida pela independência nacional, mas apenas por meio de uma inclusão que tenha suficiente sensibilidade para a origem cultural das diferenças individuais e culturais específicas. O problema das minorias “inatas”, que pode surgir em todas as sociedades pluralistas, agudiza-se nas sociedades multiculturais. Mas quando estas estão organizadas como Estados Democráticos de Direito, apresentam-se, todavia, diversos caminhos para se chegar a uma inclusão “com sensibilidade para as diferenças”: a divisão federativa dos poderes, uma delegação ou descentralização funcional e específica das competências do Estado, mas acima de tudo, a concessão de autonomia cultural, os direitos grupais específicos, as políticas de equiparação e outros arranjos que levem a uma efetiva proteção das minorias.<sup>16</sup>

Assim, a diversidade cultural quando encarada como possibilidade de trocas e intercâmbios pode contribuir na construção de uma sociedade mais igualitária que, conseqüentemente, possibilite o desenvolvimento econômico e social, conforme ensina Solange Couceiro Lima:

O multiculturalismo é assim considerado positivo quando permite à sociedade refletir sua diversidade em todos os níveis e propicia a igualdade de oportunidades para todos os grupos que a compõem. É torna-se perigoso quando instrumentaliza as minorias como

---

<sup>14</sup> TOURAINE, Alain. ¿Que és una sociedad multicultural? Falsos e verdaderos problemas. In: Revista Claves de Razón Práctica. Madrid: Progreso, out\1995, n. 56, p.226.

<sup>15</sup> LUCAS, Javier de. Elogio de Babel? Sobre las dificultades del derecho frente al proyecto intercultural. Anales da Cátedras Francisco Suárez. no. 31 – 1994, p.26.

<sup>16</sup> HABERMAS, Jürgen. A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política. Trad. George Sperber. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p.166.

conhecimento de uma única cultura e um único código de tradições, tornando esses grupos despreparados para competir com os grupos dominantes da sociedade que detêm o conhecimento central exigido para a sobrevivência. Se o reconhecimento do outro em si mesmo, e de si próprio no outro, é o exercício que permite a aceitação do diferente, se o contato com o outro e o conhecimento desse outro permitem maior desprendimento e espírito crítico em relação à sociedade, então o multiculturalismo deve orientar-se para esse caminho e não pela via cega do preconceito e do racismo com sinais trocados.<sup>17</sup>

Nesse sentido, nota-se que o multiculturalismo pode ser um fator interessante na construção do desenvolvimento econômico de um país, pois segundo pesquisas realizadas recentemente demonstram de que o multiculturalismo adotado por empresas no recrutamento de seus funcionários tem gerado resultados positivos.

Para que o multiculturalismo seja alcançado, Charles Taylor assinala a importância da democracia e a necessidade de que os indivíduos não sejam categorizados<sup>18</sup>, bem como a necessidade de proteção das minorias étnicas existentes nessas democracias.

Ainda, sobre a importância dos contatos entre diferentes culturas, Fleuri explica que:

A perspectiva intercultural reconhece e assume a multiplicidade de práticas culturais, que se encontram e se confrontam na interação entre diferentes sujeitos. E isto coloca um problema de conhecimento: como entender logicamente esta relação de unidade e pluralidade? Cada sujeito constrói sua identidade a partir de histórias e de contextos culturais diferentes. A relação entre diferentes sujeitos constitui um novo contexto intercultural.<sup>19</sup>

Diante das considerações acima, é importante identificar como será possível preservar a identidade cultural de cada indivíduo, não se limitando a simples defesa das minorias, mas sim a construção de um respeito à diversidade cultural de maneira que possibilite o entendimento da cultura do outro, passando por uma nova concepção de direitos humanos que proporcione um ambiente para o multiculturalismo e a construção de uma paz duradoura.

Para isso, algumas medidas são apontadas e que podem contribuir para proporcionar o multiculturalismo por meio do ambiente acadêmico e laboral, como por exemplo: o intercâmbio de estudantes de culturas diferentes, sendo exigido pelas Universidades como

---

<sup>17</sup>LIMA, Solange Martins Couceiro. Multiculturalismo (1). In: COELHO, Teixeira. Dicionário Crítico de política cultural. São Paulo: Iluminuras, 1997, p.264.

<sup>18</sup> TAYLOR, C. La política del reconocimiento. In: TAYLOR, C. El multiculturalismo y la política del reconocimiento. Tradução de Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p.43.

<sup>19</sup> FLEURI, Reinaldo Matias. Intercultura: estudos emergentes. Ijuí. Ed. Unijuí-RS, 2001, p.142.

regras de formação e estágios; Congressos e Conferências internacionais que sejam realizadas com o objetivo de interação de profissionais de diversas culturas e países; Criação de grupos de trabalho multiculturais para promover a troca de soluções com base nos conhecimentos diversificados construídos a partir da experiência cultural de cada povo.

Assim, para que esta perspectiva trazida pela Interculturalidade seja viável, é necessária que Políticas Públicas e Medidas sejam implementadas, iniciadas, como por exemplo, pela formação e capacitação de funcionários públicos das áreas da educação, saúde e demais serviços públicos para atendimento da interculturalidade; a sensibilização da população para a diversidade cultural e incentivo ao desenvolvimento de iniciativas públicas e privadas de inclusão; a divulgação de material sobre a interculturalidade por meio de mídia e por meio de eventos culturais; a pesquisas, produções científicas realizadas em conjunto e que fomentem o debate e a importância (social e econômica) de uma sociedade intercultural.

Para fundamentar tais políticas públicas ou medidas inclusivas que objetivem a proteção cultural de todos os povos a fim de promover uma convivência harmônica, nota-se a existência de uma série de tratados internacionais que formam um arcabouço jurídico como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), na qual estabelece no artigo 14 que:

“Toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países.”, enquanto a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), nos seus artigos 3º e 33, respectivamente, prevê que: “Os Estados Contratantes aplicarão as disposições desta Convenção aos refugiados sem discriminação quanto à raça, religião ou país de origem.” (*Princípio da Não Discriminação*); “Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou repelirá um refugiado, seja de que maneira for, para as fronteiras dos territórios onde a sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçados em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas.” (*Princípio do Non-Refoulement – Não Devolução*).

No âmbito do Sistema de Proteção Interamericano de Direitos Humanos, a Declaração Americana dos Direitos Humanos, no artigo 22, VIII, também prescreve o Princípio do Non-refoulement, assim como faz o Estatuto do Refugiado no Brasil, Lei 9474/97.

Por fim, o recente Pacto Global Para Migração Segura, Ordenada e Regular de 2018 assinada por 164 Estados que se comprometeram a promover ações para absorver os fluxos migratórios presentes e futuros de forma a ordená-los e torna-los mais seguro e a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável que reconhece que a Paz é um elemento indispensável para o desenvolvimento sustentável e, conseqüentemente, o desenvolvimento

econômico depende do clima investidor e da confiança do consumidor e que dependem da segurança e da paz social.

### **Considerações Finais**

A Globalização e a Sociedade da Informação, datada do fim do século XX e início do século XXI exigiram a eliminação das fronteiras geográficas nacionais e resultou no aumento das assimetrias – desigualdades - entre os países do hemisfério norte e sul e ocidente e oriente; aumento dos fluxos migratórios decorrentes de guerras, perseguições políticas, problemas do meio ambiente e crises econômicas; e formação de Estados com um mosaico cultural, isto é, num Multiculturalismo decorrente das interação de várias culturas num mesmo espaço político.

O Multiculturalismo, considerado irreversível no século XXI, resultou, por sua vez num choque de civilizações com minorias religiosas, étnicas e linguísticas e, conseqüentemente, na formação de guetos e na exclusão social desses grupos; no ressurgimento dos nacionalismos no mundo, verificado pelo crescimento da direita e ultradireita nos governos; e nos conflitos cotidianos que ameaçam a paz, a ordem e segurança Públicas, e que podem resultar no retrocesso das liberdades e enfraquecimento das democracias.

Diante dos resultados originados pelo processo de globalização no mundo, a Interculturalidade traz uma nova perspectiva a partir da sua proposta de reconhecimento e respeito à cultura do outro; da preservação dos valores culturais das minorias e ao mesmo tempo da identidade cultural dos nacionais, com a convivência pacífica entre as diversas culturas, a partir da tolerância e harmonia entre os povos e os Estados, por meio de políticas públicas e medidas que sejam capazes de promover convivência pacífica entre as diversas culturas e observância dos direitos fundamentais, cuja essência seja a coexistência das diversas culturas de forma harmoniosa e tolerância entre cada povo, cada Estado.

A partir da proposta trazida pela interculturalidade, acredita-se que seja possível alcançar a paz, a segurança e ordem públicas e, conseqüentemente o desenvolvimento social e econômico por meio de políticas públicas e medidas inclusivas e que respeitem as minorias étnicas ao invés de menosprezá-las.

### **Referências Bibliográficas**

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

ARRIGUI, Giovanni. Globalização e Macrossociologia Histórica In Revista de Sociologia e Política, nº 20: 13-23 JUN. 2003.

BUENO, André da Silva O extremo oriente na antiguidade./André da Silva Bueno – Rio de Janeiro: Fundação CECIERJ, 2012.

COSTA, Wanderley Messias da. Geografia Política e Geopolítica: Discursos sobre o Território e o Poder. 2ª edição. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008.

FLEURI, Reinaldo Matias. Intercultura: estudos emergentes. Ijuí. Ed. Unijuí-RS, 2001.

GIANTURCO, Adriano. A Ciência da Política: Uma Introdução. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

HABERMAS, Jurgen. A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política. Trad. George Sperber. São Paulo: Edições Loyola, 2002;

HUNTINGTON, Samuel P. O Choque das Civilizações e a Recomposição da Ordem Mundial / Samuel P. Huntington; tradução de M. H. C. Côrtes. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

LIMA, Solange Martins Couceiro. Multiculturalismo (1). In: COELHO, Teixeira. Dicionário Crítico de política cultural. São Paulo: Iluminuras, 1997.

LUCAS, Javier de. Elogio de Babel? Sobre las dificultades del derecho frente al proyecto intercultural. Anales da Cátedras Francisco Suárez. no. 31 – 1994.

MASSEY, Douglas Steven. *Worlds in Motion: Understanding International Migration at the end of the Millennium*. Oxford: Clarendon Press, 1998.

SAID, Edward W. Orientalismo: o Oriente como invenção do Ocidente /Edward W. Said; tradução Tomás Rosa Bueno. – São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

SANTOS, Milton. Por uma outra Globalização – do pensamento único à uma consciência universal. – 6ª edição. Rio de Janeiro e São Paulo: Editora Record, 2001.

SAYAD, Abdelmalek. A Imigração ou os Paradoxos da Alteridade. Trad. Cristina Muracho. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998.

SILVA, Kalina Vanderlei; SILVA, Maciel Henrique. Dicionário de Conceitos Históricos. – 3ª edição. São Paulo: Contexto, 2010.

TAYLOR, C. La política del reconocimiento. In: TAYLOR, C. El multiculturalismo y la política del reconocimiento. Tradução de Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

TOURAINÉ, Alain. ¿Que és una sociedad multicultural? Falsos e verdaderos problemas. In: Revista Claves de Razón Práctica. Madrid: Progreso, out\1995, n. 56.

## MULHERES REFUGIADAS NA ERA DA PRECARIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: UM PROBLEMA DE DIREITOS HUMANOS

Valdênia Brito Monteiro<sup>1</sup>

**RESUMO:** O objetivo deste trabalho é aprofundar a situação das refugiadas e a precarização dos direitos sociais, tendo como marco a globalização neoliberal. Sabe-se que as mulheres passam pelas mais variadas formas de violência nas travessias para outros países. Muitas delas são as únicas responsáveis pelos filhos, sobrevivendo a situações mais precárias. Neste sentido, a problematização responderá ao seguinte questionamento: até que ponto as mulheres refugiadas estão condenadas a uma eterna precarização de seus direitos ou uma morte anunciada? O trabalho tem como fonte secundária, dados das Agências das Nações Unidas.

**PALAVRAS- CHAVE:** Refugiadas; Precarização dos Direitos Sociais; Violência de Gênero.

**ABSTRACT:** The objective of this work is to deepen the situation of women refugees and the precariousness of their social rights, based on neoliberal globalization. It is known that women go through the most varied forms of violence when crossings to other countries. Many of them are the only ones responsible for the children, surviving the most precarious situations. In this sense, the questioning will answer the following question: to what extent are refugee women condemned to an eternal precariousness of their rights or an announced death? The work has as secondary source, data from the United Nations Agencies.

**KEYWORDS:** Refugees; Precariousness of Social Rights; Gender Violence.

### Introdução

Um dos desafios enfrentados pelos direitos humanos tem sido a questão dos refugiados, pessoas obrigadas a deixar a região ou o país, tentando fugir de conflitos armados e guerras por perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade ou opinião política. Segundo a Organização das Nações Unidas-ONU, em 2017, o número de pessoas em situação de deslocamento foi de 68,5 milhões em todo o mundo. **Dados** (JORNAL

---

<sup>1</sup> Doutoranda pela Universidade Católica de Pernambuco-UNICAP e Universidade de Buenos Aires – UBA, Mestra em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, Professora da Universidade Católica de Pernambuco (Unicap) e Universidade Salgado de Oliveira (Universo), coordenadora do Curso de Especialização em Direitos Humanos (Unicap), colaboradora do Humanitas/Unicap e faz parte do Grupo de Pesquisa Estudos Latino-americanos em Direitos Humanos -EELAS/Unicap. [valdeniabrito@yahoo.com.br](mailto:valdeniabrito@yahoo.com.br).



## Mulheres Refugiadas na Era da Precarização dos Direitos Sociais: Um Problema de Direitos Humanos

MULIER, 2016) revelam que **mulheres e crianças representam 2/3 dos refugiados, o que lhes colocam no grupo mais vulnerável a violações de direitos humanos.**

Este trabalho tem como objetivo aprofundar a situação das refugiadas e a precarização dos direitos sociais, tendo como marco a globalização neoliberal. É evidente que a situação dos refugiados (homens e mulheres) representa um problema mundial de sofrimento, insegurança e incertezas frente às mais variadas violações de direitos humanos. No entanto, o recorte dá-se a partir de um olhar de gênero. Sabe-se que as mulheres passam pelas mais variadas formas de violência nas travessias para outros países. Muitas delas são as únicas responsáveis pelos filhos, sobrevivendo a situações mais precárias. Neste sentido, a problematização responderá ao seguinte questionamento: até que ponto as mulheres refugiadas estão condenadas a uma eterna precarização de seus direitos ou uma morte anunciada?

### **Crise do Capitalismo Neoliberal e a Precarização dos Direitos Sociais**

A partir dos anos 70, o mundo se vê frente à crise do capital e o modo de produção capitalista se organiza, pressionando o Estado para a redução da sua função de implementação de políticas públicas sociais. Essas transformações se iniciam nos anos 70, nos países centrais, Estados Unidos-EUA e Grã-Bretanha, marcando a passagem ideológico-econômica, e em 1980 nos países do sul. No âmbito penal, começa a colocar em prática teorias conservadoras, maquiadas de progressistas. Em tempos de crise, o controle formal é articulado com sua mão de ferro. O sistema penal não é algo isolado do sistema econômico. Toda mudança no controle da criminalidade é aliada ao sistema de produção e da legitimação da ordem social dominante. (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004)

É o período da chamada Terceira Revolução Industrial, em que o mundo das tecnologias da informação e comunicação (TICs) por redes de computadores abre caminho para o capitalismo mundial contemporâneo. O mundo torna-se cada vez mais globalizado, havendo a integração das economias e das sociedades nessa nova fase da economia mundial.

Nos anos 80, assiste-se a uma virada Mundial na construção da sociedade globalizada<sup>2</sup>, em que o mundo vive grandes contradições, como a queda do muro de Berlim, a abertura dos países comunistas, a desmistificação da polaridade da Guerra Fria, e crise do Estado de bem-estar social, que representa uma realidade que abala em grande escala o

---

<sup>2</sup> Também chamada de pós-modernidade (Lyotard), pós-modernidade ou modernidade líquida (Bauman), modernidade tardia (Giddens) ou modernidade reflexiva (Beck).

## Mulheres Refugiadas na Era da Precarização dos Direitos Sociais: Um Problema de Direitos Humanos

mundo do trabalho. Nessa contradição, a transformação tecnológica vai produzir grandes mudanças no mundo laboral.

Para Bobbio et al. (2007, p. 416), o Estado de Bem Estar Social<sup>3</sup> seria “aquele que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão, não como caridade mas como direito político”. É importante assinalar que este Estado Providência, entre as décadas de 1940 e 1960, foi um projeto que ficou conhecido como a “era dourada do capitalismo”, em que os países mais desenvolvidos e em expansão capitalista garantiam direitos sociais e empregos aos seus cidadãos. Um cenário de desenvolvimento econômico industrial em expansão e de implementação de políticas sociais.

Santos (2012) diz que o Estado Social é resultado de um compromisso histórico entre as classes trabalhadoras e os detentores do capital. Este compromisso foi a resposta a uma dolorosa história recente de guerras destrutivas, lutas sociais violentas e crises econômicas graves.

O Brasil, bem como os outros países da América Latina, não conseguiu estruturar um Estado de Bem-Estar com semelhante aos dos países de Primeiro Mundo. Tentou, a partir da Constituição de 1988, construir um aparato de bem-estar, no entanto foi tardio, ocorrendo exatamente no período da prevalência do ‘consenso de Washington’<sup>4</sup>, quando as políticas sociais vinham sendo retraídas.

O neoliberalismo, por sua vez, traz um discurso de imposição de uma economia com liberdade absoluta de mercado e de restrições à intervenção do Estado no âmbito social. Uma de suas características é a retração do Estado de bem-estar social<sup>5</sup> e adaptação de direitos trabalhistas aos interesses de empresários, privatização de empresas estatais e desregulação do mercado. Nesse período, foi construído um mito de que a classe trabalhadora estava em franca retração; de que a revolução tecnológica se expandiria deixando a classe trabalhadora em “estado terminal” (ANTUNES, 2018, p.27). É um período do colapso das ideias de certeza e de verdade, de questionamento das utopias antigas. O projeto utópico de sociedade é negado pela pós-modernidade.

---

<sup>3</sup> Também chamado de Estado-providência ou Estado social.

<sup>4</sup> Foi uma recomendação internacional em 1989, elaborada pelo economista norte-americano John Williamson que anunciava a conduta econômica neoliberal com a intenção de combater as crises e misérias dos países subdesenvolvidos, sobretudo os da América Latina. As principais propostas eram a reforma fiscal, alternado o sistema tributário (arrecadação de impostos), com o objetivo de diminuir os tributos para as grandes empresas para que elas aumentassem seus lucros; e abertura comercial no sentido de aumento das importações e das exportações através da redução das tarifas alfandegárias e políticas de privatizações.

<sup>5</sup> O denominado “Estado Neoliberal” surgiu nos anos 1960, tendo como marco a publicação do livro *Capitalism and Freedom* (Capitalismo e Liberdade), pelo economista Milton Friedman. Este foi um dos mais influentes teóricos do liberalismo econômico do século XX.

## Mulheres Refugiadas na Era da Precarização dos Direitos Sociais: Um Problema de Direitos Humanos

Bauman (2005) expressa que o grande desafio na pós-modernidade continua sendo a miséria humana. Diz que o Estado como força centrípeta é engolido por forças centrífugas do privado; o Estado é minimizado. E questiona: será que a Previdência Social continuará a ser um direito?

As consequências e implicações vão trazer, de forma dramática, para o mundo do trabalho, novos conceitos de empregabilidade no perfil do trabalhador, cujo fenômeno vai se manifestar no grande crescimento de desemprego de massa de longa duração nos países centrais. A nova globalização representa a flexibilização de muitos direitos. Em termos sociais, a gravidade do problema passa especialmente pelo trabalho assalariado, que, tal como caracterizado no século passado, foi considerado fator privilegiado de integração social de construção de identidades e condições de cidadania. Esta é de alguma forma reforçada com a constituição do Estado Providência, uma vez que os benefícios sociais que são garantidos aplicam-se aos que estão inseridos no mercado de trabalho.

Para Ziegler (2019), relator especial para alimentação da Organização das Nações Unidas-ONU, as empresas multinacionais privadas, no total de 500, detêm 52% do PIB do mundo (todos os setores reunidos, bancos, serviços e empresas). Elas monopolizam um poder econômico-financeiro, ideológico e político. Eles escapam de todos os controles de Estado, parlamentares, sindicais ou qualquer outro controle social. O capitalismo é o modo de produção que mais mostrou vitalidade nos avanços tecnológicos e de inovação e tem uma produtividade muito superior a qualquer outro do passado, incluindo o da escravidão. Ao mesmo tempo é um modelo que escapa de todo o controle político, sindical ou da ONU. A estratégia é única: maximização dos lucros, no tempo mais curto, não importando a qual preço. A consciência coletiva está sendo cimentada por uma ideologia neoliberal de que o homem não é mais o sujeito da história e que apenas pode se adaptar à situação e às forças do mercado, que obedecem às leis naturais.

Segundo o Relatório Antipobreza (2019) da Oxfan, os 26 indivíduos mais ricos do mundo concentram riqueza equivalente ao patrimônio dos 3,8 bilhões de pessoas que formam a camada mais pobre da população mundial, ou seja, 50% das pessoas em todo o planeta.

Antunes (1999) diz que a estrutura produtiva no mercado de trabalho incorporou e aumentou a exploração da força do trabalho da mulher. Pontua o autor:

A presença feminina no mundo do trabalho nos permite acrescentar que, se a consciência de classe é uma articulação complexa, comportando identidades e heterogeneidades, entre singularidades que vivem uma situação particular no processo produtivo e na vida

## Mulheres Refugiadas na Era da Precarização dos Direitos Sociais: Um Problema de Direitos Humanos

social, na esfera da materialidade e da subjetividade, tanto a contradição entre o indivíduo e sua classe, quanto aquela que advém da relação entre classe e gênero, tornaram-se ainda mais agudas na era da contemporaneidade. (ANTUNES, 1999. p.46)

A “globalização hegemônica”, assinalada por Santos (2002b), é entendida como um conjunto de relações que opera, alimentando a desigualdade entre países ricos e países pobres, acentuando a migração internacional em massa, reduzindo direitos etc. A desigualdade que destrói o Estado Social tem sido propícia para um discurso do “bode expiatório”. Na Europa grupos de extrema direita têm colocado a responsabilidade do caos nos imigrantes e refugiados.<sup>6</sup>

Castells (2017, p.17) diz que a globalização da economia solapou e desestruturou as economias nacionais e limitou a capacidade do Estado Nação de responder em seu âmbito a problemas que são globais, tais as crises financeiras e violação de direitos humanos.

É importante ressaltar, também, que a chamada globalização neoliberal tem seus paradoxos e atravessa as mais diversas áreas da vida social.

No pós-guerra havia a necessidade de repensar a paz no mundo e estabelecer novos paradigmas de ação dos Estados, a começar pela preocupação com a dignidade da pessoa humana. A segunda guerra mundial trouxe estragos imensuráveis, fazendo com que se pensasse na reestruturação do Estado a partir de novos paradigmas que levassem em consideração os direitos fundamentais.

É nesse período que é criada a Organização das Nações Unidas – ONU –, com o objetivo de cooperação em relação ao direito internacional, à segurança internacional, ao desenvolvimento econômico, ao progresso social, aos direitos humanos e à paz mundial.

Em 1948, a Declaração Universal de Direitos Humanos, anunciada como uma carta principiológica, veio para nortear os Estados-Nação sobre a importância da dignidade inerente a todos os membros da família e de seus direitos iguais e inalienáveis, fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

No âmbito do direito constitucional, este representou o renascimento do neo-constitucionalismo, na Europa continental, realizando uma crítica ao positivismo e à crença no progresso cego, ao afastamento da filosofia e de discursos como legitimidade e justiça. Foi um pensamento que dominou toda metade do século XX.

---

<sup>6</sup> Pesquisa realizada em 2016 do **Instituto Ipsos**, em 22 países, incluindo o Brasil, expõe que há uma **rejeição** generalizada das pessoas em relação a **imigrantes e refugiados**. A pesquisa revelou que os cidadãos em todas as nações avaliadas acham que a quantidade de pessoas imigrando para seus países está crescendo, e que isso gera impactos negativos nos países internamente.

## Mulheres Refugiadas na Era da Precarização dos Direitos Sociais: Um Problema de Direitos Humanos

As novas constituições trouxeram um catálogo de direitos fundamentais com o objetivo de ordenar uma nova realidade política e social, a partir dos preceitos nela contidos. Constituições mais garantistas com vocação transformadora. Uma das novidades é o catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais, inspirados no valor da igualdade, como atuação do Estado na realização de direitos-prestações com objetivos sociais; mostrando que o modelo dogmático tradicional era insuficiente e que haveria a necessidade de alterar os mecanismos habituais de produção jurídica, ou melhor, da necessidade de elaboração de normas capazes de proteger os princípios negados pelos Estados totalitários.

Para Ferrajoli (2008, p. 39), os direitos fundamentais sempre se consagram no momento em que a pressão dos excluídos torna-se irresistível para os que estão incluídos. Logo, não existe alternativa à guerra que não a universalização dos direitos, vinculando-os intimamente à paz enquanto objetivo global. Mas, logo veio a crise garantista da Constituição. Esta foi desafiada pela incapacidade do Estado de efetivar direitos, chocando-se com o imperativo econômico ou do capital. Campuzano (2009) diz que a crise do Estado-Nação vai além, manifestando diante da incapacidade de realizar políticas públicas; no deslocamento da soberania, na incapacidade de realizar respostas a problemas urgentes de cunho social.

O cientista político inglês, Colin Crouch (2004), pontua que o neoliberalismo tem levado para a construção do pós-democracia. Pela primeira vez fez uso do conceito de pós-democracia, expondo que apesar de existir o aparato institucional formal da democracia representativa com eleições, e os governos e os partidos políticos estarem atuando, seus poderes são diminuídos, operando como executores da política neoliberal debaixo da doutrina “não há alternativa”.

Para Casaro (2017), expressa que um Estado, para atender ao ultraliberalismo econômico, necessita assumir a feição de um Estado Penal. Fins que levam à exclusão social de grande parcela da sociedade, o aumento da violência, como também da violência estrutural, produzida pelo próprio funcionamento “normal” do Estado pós-democrático.

Conclui Santos (2016, p. 13) que a segunda década do milênio está dominada pelo monopólio de uma concepção de democracia de baixa intensidade que facilmente se confunde com a antidemocracia. Afirma o autor (2016): “sociedades politicamente democráticas e socialmente fascistas”, para da conta das novas formas de dominação e exploração nas sociedades contemporâneas; pela crise do contrato social (pela ideia de que noções como as de igualdade, justiça, solidariedade e de universalidade deixam de ter valor).

A ideia de fascismo social refere-se a relações sociais de poder de tal modo desiguais que, no contexto social e político em que ocorrem,

## Mulheres Refugiadas na Era da Precarização dos Direitos Sociais: Um Problema de Direitos Humanos

a parte (indivíduos ou grupos) mais poderosa exerce um direito de veto sobre aspectos essenciais da vida da parte menos poderosa. Está presente nas relações de trabalho à margem das leis laborais ou quem envolvem imigrantes, particularmente imigrantes indocumentados; as relações familiares dominadas pela violência doméstica em suas múltiplas formas; as relações de apartheid social, assentadas no racismo, que hoje continuam presentes nas sociabilidades e nas estruturas urbanas; as relações do capital financeiro com o país em que investe e desinveste sem outro motivo além do lucro especulativo; as comunidades camponesas sujeitas à violência de milícias privadas; a privatização de bens essenciais, como água, quando a empresa concessionária passa a ter direito de veto sobre a vida das pessoas: quem não paga a conta fica sem água. (SANTOS, 2016. P 131-132)

No Brasil foi a partir da Constituição de 1988 que veio à tona o novo constitucionalismo. A Constituição fez a travessia do Estado autoritário para Estado Democrático de Direito.

Na América Latina, pós-ditaduras militares, dá-se o processo de democratização e o papel dos movimentos sociais na construção de uma constituição cidadã que leva em consideração os direitos humanos, a partir dessa pauta importante que são os direitos sociais.

Nessa conjuntura, os movimentos contra-hegemônicos, diz Santos (2016), têm papel relevante na construção de uma agenda de discussões e propostas que deem conta de temas como exclusão social, pauperização, feminilização da pobreza, entre outros.

Com a transição para a democracia, os movimentos sociais e partidos acreditavam que o Estado brasileiro tinha chegado ao momento de reduzir as desigualdades sociais e a pobreza. Que a constituição cidadã era suficiente para consolidar valores mínimos de proteção social. Esqueceram que a história brasileira tem déficit de cidadania e democracia para exigir direitos, e que a constituição cidadã é aprovada em meio a uma pressão do capital para que o Estado seja mínimo. O processo de globalização produz um esvaziamento da própria ordem constitucional, aprisionando a partir da emergência de um paradigma jurídico global, formando o constitucionalismo mercantil global.

No mundo globalizado faz-se necessário a adaptação do ordenamento jurídico. O panorama jurídico, nos tempos atuais, vislumbra uma complexidade de instrumentos normativos, múltiplas instâncias administrativas. O Estado deixou de ser um *locus* privilegiado de solução de problemas; assim a globalização multiplicou os foros, instâncias internacionais, os quais os Estados-Nação participam direta ou indiretamente.

Para Campuzano (2009), aprofundando sobre o direito nos tempos atuais expõe:

**Não pode desconhecer a realidade da crescente implicação recíproca de múltiplas instâncias jurídica e que as normas operam como complexas redes normativas em que cruzam e entrecruzam preceitos de natureza diversa, conformando um emaranhado dificilmente corrigível, cuja vigência e âmbito transcende com frequência as próprias fronteiras estatais. (2009, p.78)**

No âmbito dos fluxos das grandes instâncias financeiras e comerciais que operam no mercado global, surgem consequências diretas sobre a capacidade do Estado de governança e de execução de seus programas políticos, devido ao retorno à ideologia do *laissez-faire*, de um capitalismo desterritorializado que representa uma ameaça à preservação do sistema de liberdades da sociedade, principalmente em países em desenvolvimento.

Vale pontuar que não é possível desconsiderar as diversas instâncias e as complexidades existentes no âmbito de uma sociedade globalizada, em que o Estado é compelido a submeter-se aos ditames da economia mundial, agravando ainda mais a crise do Estado Social no âmbito da efetivação dos direitos sociais. No entanto, diante dessa realidade, os tratados internacionais de direitos humanos são fundamentais na luta por direitos. Santos (2016, p.118) diz que “radicalizar a democracia significa intensificar sua tensão com o capitalismo” e, ao mesmo tempo, construir uma luta contra-hegemônica de direitos humanos, recuperando o potencial emancipatório, dando voz aos direitos coletivos dos grupos sociais, excluídos ou discriminados, e procedendo um diálogo com outras concepções da dignidade humana e outras práticas em sua defesa. (SANTOS, 2013)

São práticas descoloniais de direitos humanos, de valorização de um conhecimento de grupos excluídos, de potencial transformador frente ao domínio das forças produtivas. Flores (2003) diz que os direitos humanos necessitam de uma visão complexa, dessa racionalidade de resistência e dessas práticas interculturais, nômades e híbridas, para superar os resultados universalistas e particularistas.

Por isso, nessa luta contra-hegemônica e contraditória, os movimentos de direitos humanos têm como instrumento de luta a resistência, pelo mundo solidário, mesmo sabendo que o processo aponta para o individualismo global. Inserida nessa ótica, a questão dos refugiados é um dos pontos de discussão. As pessoas se deslocam para fugir das situações de sofrimento. No caso do tratado internacional, os países que ratificaram, comprometeram-se com o refúgio, colocando-se na perspectiva de oferecer proteção com a mesma igualdade dos seus cidadãos, apesar de muitas vezes a proteção representar muito mais uma retórica no âmbito das garantias sociais.

### Mulheres Refugiadas e os Direitos Humanos

Hoje se vive a maior crise humanitária do planeta, desde 1945, pós-guerra, informa a Organização das Nações Unidas. No ano de 2018, 141 milhões eram vítimas de crises humanitárias, na sua maioria da África e Oriente Médio. A questão dos refugiados é uma delas. Hoje se tem mais de 68,5 milhões de pessoas deslocadas, destes 25,4 milhões são refugiados (pessoas que buscam proteção em um outro país), mais de metade dos quais são menores de 18 anos e 40 milhões são deslocados internos (deixaram suas casas por algum motivo, mas se deslocaram dentro do país). Do total de refugiados, **dados** (JORNAL MULIER, 2016) revelam que **mulheres e crianças representam 2/3 dos refugiados, o que lhes colocam no grupo mais vulnerável a violações de direitos humanos.**

Apesar de este trabalho dá ênfase ao refugiado, faz-se necessário o conceito mais abrangente de migração trazida pela Organização Internacional para as Migrações (IOM), que define o fenômeno da migração humana como sendo o movimento de uma pessoa, ou um grupo de pessoas, por meio de fronteira internacional ou dentro do próprio Estado, abrangendo qualquer movimento da população, seja qual for sua extensão, sua composição e suas causas, incluindo-se a migração de refugiados, deslocados internos, migrantes econômicos, reunificação familiar e asilo, dentre outras finalidades (IOM, 2011, p. 62-63).

No caso da legislação sobre refugiado tem-se a [Declaração Universal dos Direitos Humanos](#), o [Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos](#), o [Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais](#). Assim como outros tratados internacionais e regionais importantes, eles reconhecem que todas as pessoas, incluindo migrantes e refugiados, possuem direitos humanos.

**A Convenção de 1951** sobre o **Estatuto dos Refugiados** e seu protocolo de 1967 não consideram aqueles que fogem da fome como refugiados. Pessoas que chegam aos destinos, sobretudo aos países chamados desenvolvidos, são qualificadas como “migrantes ilegais por razões econômicas”. Por não ter amparo legal que justifique sua migração, sofrem discriminação e perseguição por sua condição de “ilegal”. As vítimas da fome são convertidas em delinquentes.

Conceitualmente, Refugiados são definidos e protegidos no direito internacional como pessoas que estão fora de seus países de origem por temores de perseguição, conflito, violência ou outras circunstâncias que exigem salvaguardas adicionais, uma vez que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no seu artigo 14, afirma o direito de toda e qualquer pessoa procurar e se beneficiar de refúgio. O Alto Comissariado das Nações Unidas



## Mulheres Refugiadas na Era da Precarização dos Direitos Sociais: Um Problema de Direitos Humanos

para os Refugiados (ACNUR) é um órgão das Nações Unidas criado pela resolução nº 428, da Assembleia das Nações Unidas, em 14 de dezembro de 1950, que tem como missão dar apoio e proteção a refugiados de todo o mundo, bem como apoiar a supervisão e implementação.

O Brasil também assinou, em 1984, a declaração de Cartagena – marco para refugiados na América Latina – e, em julho de 1997, publicou sua lei nacional de refúgio ([lei nº 9.474/97](#)). A Convenção, no seu artigo 33, traz o princípio de *non-refoulement* (que significa ‘não devolução’). De acordo com este princípio, refugiados não podem ser expulsos ou devolvidos a situações onde suas vidas ou liberdade possam estar sob ameaça.

O termo “migrante” não existe em nível internacional, é compreendido como um processo voluntário de alguém que cruza uma fronteira em busca de melhores oportunidades econômicas, por desastres naturais, fome extrema. Os refugiados não podem retornar às suas casas com segurança e, conseqüentemente, têm direito a proteções específicas no escopo do direito internacional.

Um indivíduo é refugiado por conta da falta de proteção em seu país de origem. O status de refugiado independe da rota realizada na busca de proteção ou das oportunidades para reconstruir sua vida. Neste sentido eles têm os direitos econômicos e sociais garantidos, como direito à saúde, direito ao trabalho e à educação etc. Ao chegar ao país do refúgio, têm alguns direitos assegurados, a exemplo da carteira do trabalho, cadastro de pessoa física, e registro nacional de estrangeiro. Já a lei que define os direitos dos cidadãos imigrantes tem caráter restritivo. Vale pontuar que qualquer pessoa em deslocamento por crise humanitária vive dificuldades comuns.

A partir do contexto neoliberal, imigração e/ou refúgio significa discorrer sobre massas de pessoas provenientes de países periféricos e que se deslocam principalmente para os países centrais e que, muitas vezes, ocupam posição subalterna no mercado mundial. Os países periféricos eram considerados saudáveis para as economias dos países centrais como fonte de força de trabalho e instrumento para evitar o aumento de salários e obrigações sociais; já para os periféricos, meio de evitar o desemprego. Para Barroso (2005 p. 64), a mercantilização do trabalho é um elemento de desagregação da capacidade organizativa dos trabalhadores frente ao desemprego e aos empregos precários, derivados do incremento do poder empresarial.

Os países centrais, a partir da década de 1970, países com tradição de imigração como Inglaterra, França, Bélgica e Alemanha, que recrutavam pessoas de ex-colônias, começaram a aplicação de políticas restritivas. Hoje 85% dos refugiados estão em países em

## Mulheres Refugiadas na Era da Precarização dos Direitos Sociais: Um Problema de Direitos Humanos

desenvolvimento, tentando reconstruir suas vidas. O número de refugiados cresceu mais de 50% nos últimos dez anos, o que mostra uma “sociedade complexa, mais marcada pelos desequilíbrios socioeconômicos, pela violência e intolerância do que pelo respeito à igualdade e à dignidade humana” (MILESI e CARLET, 2012, p. 77).

As piores condições de trabalho passaram a ser disseminadas no trabalho de imigrantes e refugiadas como parte necessária do sistema produtivo, a exemplo da feminilização, a degradação do trabalho no regime flexível pós-fordista. Villen (2016, p.34) diz que o “resultado do desenho neoliberal e discricionário das políticas imigratórias já era bastante claro nos anos 1990”. São considerados os periféricos emergenciais, ou melhor, refugiados da periferia capitalista. “Nas sociedades economicamente menos desenvolvidas as políticas públicas se manifestam no sentido de manter a miséria em níveis suportáveis” (BARROSO, 2005, p.38).

O conceito de “feminilização da pobreza”, cunhado por Diane Pearce, em 1978, parte da ideia de que a pobreza está se tornando um problema feminino. O empobrecimento das mulheres tem a ver com o aumento na proporção de famílias pobres chefiadas por mulher. O Relatório do Desenvolvimento Humano (1995) do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD/ONU – trouxe, pela primeira vez, a discussão de que “a pobreza tem o rosto de uma mulher”. Por outro lado, a fome tem aumentado no mundo, segundo a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura – FAO (2018). Em nível mundial, quase 821 milhões de pessoas – cerca de uma em cada nove – foram vítimas da fome em 2017, um aumento de 17 milhões em relação ao ano anterior.

A [Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe – CEPAL](#) –, em seu relatório de 2017, expõe que os níveis de pobreza e de extrema pobreza na América Latina aumentaram como média regional entre 2015 e 2016; que atualmente mais da metade das mulheres latino-americanas ocupadas está em setores de baixa produtividade, e delas somente uma em cada cinco está afiliada ou contribui para a previdência social.

A Organização Internacional do Trabalho – OIT – expressa a tendência crescente de feminilização da migração laboral na América Latina e no Caribe. Quase 53% dos migrantes em idade ativa (entre 20 e 64 anos), identificados no continente americano, são mulheres. Também é notável a alta participação das mulheres migrantes na força de trabalho dos países de destino na região, que é de 55,7%, maior que a de mulheres que não são migrantes, que é de 54%. Crianças com menos de 18 anos de idade representam 52% da população refugiada no mundo. Elas podem ter testemunhado ou experimentado violência e, no exílio, estão em risco de abuso, negligência, violência, exploração, tráfico ou recrutamento militar.

## Mulheres Refugiadas na Era da Precarização dos Direitos Sociais: Um Problema de Direitos Humanos

É importante salientar que a participação das mulheres tem a ver com trabalhos de baixas remunerações e no setor da informalidade.

A crescente complexidade, imprevisibilidade e os indiscriminados padrões de violência, conflito e perseguição – e os igualmente complexos e diversos padrões de mobilidade de pessoas que são forçadas a se deslocarem – desafiam a eficácia das práticas e normas de proteção estabelecidas. Dentre outros fatores causadores de risco estão a pobreza e a baixa governança, que podem precipitar a migração involuntária. Geralmente é uma combinação de fatores que se apresentam no cerne desses deslocamentos. Assim, então, muitas pessoas deslocadas ficam fora das bem-estabelecidas categorias, padres e instrumentos porque as normas definem com muita precariedade o desafio das necessidades e da natureza da proteção (ZETTER, 2014, p. 12-13).

A redução da pobreza no mundo tem uma relação direta com políticas sociais universalizantes, mas o que se percebe é que as políticas públicas contemporâneas perderam sua amplitude devido ao poder do mercado. São solitários os lugares onde estão as mulheres vulneráveis, por serem *estrangeiras, imigrantes, refugiadas, indígenas, negras etc. Assim, muitas mulheres refugiadas, por sua condição, passam por múltiplas discriminações:*

- ✓ *Alvos do estupro como arma de guerra, de riscos de abusos sexuais;*
- ✓ *A jornada em busca de um recomeço, vive o preconceito por seu status como refugiada ou migrante;*
- ✓ *Impossibilidade de ter um emprego e, quando tem, ganham menos do que os homens e as mulheres nativas. Na sua maioria, o trabalho que conseguem é de doméstica;*
- ✓ *Como provedora da família, muitas chegam com filhos ou grávidas, sem conhecer ou confiar em ninguém, dificultando mais ainda a possibilidade de empregos informais e mal remunerados;*
- ✓ *Dificuldade de moradia, além de comprovar a renda. Assim, acabam tendo que sublocar quartos ou casas em condições precárias de terceiros, que cobram caro pelo “serviço”;*
- ✓ *Dificuldade de comunicação devido ao idioma;*
- ✓ *Acesso à educação, creches, serviço de saúde, que representam uma dificuldade para os nativos se transforma em um fardo para os refugiados;*
- ✓ *A tripla jornada, como mães e trabalhadoras, também pesa mais para essas mulheres.*

### Considerações finais

Até que ponto as mulheres refugiadas estão condenadas a uma eterna precarização de seus direitos ou uma morte anunciada? O debate leva a afirmar que SIM, para os desrespeitos aos direitos e a clara feminilização da pobreza e muitas vezes para a morte anunciada, a morte da subjetividade, do direito de sonhar “ que um novo mundo é possível”.

## Mulheres Refugiadas na Era da Precarização dos Direitos Sociais: Um Problema de Direitos Humanos

A discriminação contra as mulheres e meninas refugiadas é causa e consequência do deslocamento forçado. Mas a discriminação tem uma “cara” que é agravada pela origem étnica, deficiências, físicas, religião, orientação sexual etc. Essas mulheres, que são obrigadas a se deslocarem, sofrem muitos riscos, buscando sobreviver ou subsistir. O processo de expansão do capitalismo incrementa níveis de desigualdades e contradições sociais. A médio prazo não se percebe perspectivas, a não ser ações reativas, muito embora importantes, tomadas pelos órgãos internacionais de direitos humanos. É preciso desconstruir os falsos valores dominantes, assegurando uma sociedade de vida superior.

O desencanto com os direitos humanos não pode prevalecer em detrimento da emancipação e da dignificação dos seres humanos. Só a partir das lutas sociais contra-hegemônicas, da construção de novas formas de solidariedades e processos dinâmicos contra uma ordem mundial de dominação, será possível a plena realização da dignidade humana.

### Referências

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. 6.ed. São Paulo: Cortez; Campinas-SP: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 1999.

BARROSO, Fábio Túlio. **Novo contrato de trabalho por prazo determinado: flexibilização laboral e internacionalização das relações de trabalho**. 1ª. ed. (ano 2004), 2ª. tir. Curitiba: Juruá, 2005.

BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**, 2007. Brasília: Ed.UNB.

BAUMAN, Zygmunt. **Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

CASARO, Rubem. Do estado democrático de direito ao estado pós-democrático. Revista CULT. 2017. Disponível em: <<https://revistacult.uol.com.br/home>>. • **Colunistas** <<https://revistacult.uol.com.br/home/categoria/colunistas/>>. Acesso em 31.05.2019.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Tradução Joana Angélica d'Ávila Melo. 1ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

**[COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE- CEPAL.](#)**

**Relatório sobre a erradicação da pobreza.2017.Disponível em:**

<<https://www.cepal.org/es/comunicados/la-pobreza-aumento-2016-america-latina-alcanzo-al-307-su-poblacion-porcentaje-que-se>>. Acesso em : 01.06.2019.

CROUCH, C. **Post-Democracy**. Cambridge: Polity,2004.

**ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ALIMENTAÇÃO- E A AGRICULTURA –FAO (2018). FAO: Fome aumenta no mundo e na América Latina e no Caribe pelo terceiro ano consecutivo. Disponível em: <<http://www.fao.org/brasil/noticias/detail-events/pt/c/1152336/>>. Acesso em: 02.06.2019.**

## Mulheres Refugiadas na Era da Precarização dos Direitos Sociais: Um Problema de Direitos Humanos

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008.

FLORES, Joaquim Herrera. **Direitos Humanos interculturalidade e racionalidade da resistência**. 2003. Disponível em: <<http://smdh.org.br/wp-content/uploads/2017/08/ARTIGO-1-FLORES-Direitos-Humanos-e-Racionalidade-de-Resistencia.pdf>> Acesso em: 31.01.2017.

MILESI, R.; CARLET, F. Refugiados e políticas públicas. In: SILVA, C. A. S. (Org.). **Direitos humanos e refugiados**. Dourados: Ed. UFGD, 2012.

OIM – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DE MIGRAÇÃO. **Migrant well-being and development**. Genebra: OIM, 2013.

SANTOS, Boaventura Santos. Estado social, Estado providencia e de bem estar social. **Carta Maior**. 2012. Disponível em: <<https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Internacional/Estado-social-estado-providencia-e-de-bem-estar/6/26294>>. Acesso em 22 de maio de 2019.

\_\_\_\_\_. **Se Deus fosse um activista dos direitos humanos**. Coimbra: Ed. Almedina, 2013.

\_\_\_\_\_. **A difícil democracia: reinventar as esquerdas**. São Paulo: Boitempo, 2016.

\_\_\_\_\_. Introdução geral à coleção. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002b.

Patrimônio dos 26 mais ricos equivale ao dos 50% mais pobres do mundo. **UOL-Economia**. 21 .01.2019. Disponível em:

<<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/01/21/patrimonio-mais-ricos-relatorio-oxfam-pobreza.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em: 29.05.2019.

Pesquisa revela alta rejeição a refugiados e imigrantes no mundo. **Folha de São Paulo**. 11.08.2016. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2016/08/1801673-pesquisa-revela-alta-rejeicao-a-refugiados-e-imigrantes-no-mundo.shtml>>. Acesso em: 30.05.2019.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2004.

VILLEN, Patricia. Fronteiras porosas e a explosão da mobilidade indocumentada. **Argum**. Vitória, v. 8, n. 3, p. 29-39, set./dez. 2016 . Disponível em:< DOI: <http://dx.doi.org/10.18315/argumentum.v8i3.14711> > Acesso em: 31.05.2019.

ZETTER, R. **Protecting forced migrants: a state of the art of concepts, challenges and ways forward**. Berna, Suíça: Federal Commission on Migration FCM, 2014. 92 p.

ZIEGLER, Jean. A democracia representativa está esgotada. Entrevista concedida a Jamil Chade, publicada por **SWI** em 14 de maio de 2019. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/589310-a-democracia-representativa-esta-esgotada-entrevista-com-jean-ziegle>>. Acesso em 29 de maio de 2019.

## A MITIGAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: UMA DISCUSSÃO SOB O VIÉS CONSUMERISTA

Maria Eduarda Gropp<sup>1</sup>

**Resumo:** A sociedade da informação tem como marca fundamental a complexidade comportamental dos indivíduos e seus interesses. As relações sociais atuais revelam um elevado grau de participação do Mercado na vida cotidiana das pessoas, dada a sua insistente invasão em setores como saúde, segurança, educação e mídia, impactando nas relações familiares e sociais de modo geral. É possível se verificar como principais consequências desta intervenção mercadológica, a automação ou mecanização das ações humanas, a ânsia pela celeridade, efemeridade das relações, relativização e amortecimento dos laços que interligam as pessoas, fazendo com que as tecnologias interfiram de forma negativa nas relações familiares e interpessoais. Tais fatores modificam, por conseguinte, a forma como as pessoas consomem e até mesmo é possível se observar uma relativização dos direitos humanos, na medida em que estes somente serão observados de acordo com a conveniência dos atores, especialmente quando se tratar de relações de consumo. Mais ainda, o quadro se agrava na medida em que se observa uma descrença generalizada no Estado e nas pessoas entre si. As demandas hoje sustentadas pelo homem da ultra modernidade, sujeito da sociedade da informação, são compostas de uma base principiológica diversa de outrora, eis que a mitigação do prestígio à saúde, educação, dignidade, liberdade, vida, etc., muitas vezes se dá em prol de interesses econômicos. Desta forma, a solução das demandas do homem ultramoderno, exige análise e consideração das características destes personagens: o egoísmo, a falta de paciência e profundidade, ausência de empatia e solidariedade, marcas tão comuns dos indivíduos líquidos, nos trazem como consequência a relativização dos conceitos de direitos fundamentais clássicos. Por esta razão, as atuais relações sociais exigem uma nova abordagem dos instrumentos políticos-jurídicos a fim de atender de maneira efetiva os direitos e anseios sociais, contudo, sem que se perca o foco no respeito aos direitos humanos.

**Palavras-chave:** direitos humanos; sociedade da informação; mercado; comportamento.

**Abstract:** The information society has as fundamental mark the behavioral complexity of individuals and their interests. Current social relations reveal a high degree of market participation in people's daily lives, given their insistent invasion in sectors such as health, security, education and the media, impacting on family and social relations in general. It is possible to see as the main consequences of this market intervention, the automation or mechanization of human actions, the eagerness for speed, ephemerality of relations, relativization and cushioning of the ties that interconnect people, causing the technologies to interfere in a negative way in family relations and interpersonal. These factors therefore change the way people consume and it is even possible to observe a relativization of human rights, since these will only be observed according to the convenience of the actors, especially

---

<sup>1</sup>Mestranda bolsista 100% no Programa de Excelência do PPGD-UNINTER, na área de concentração Estado, Poder e Jurisdição. Membro do Grupo de Pesquisa Jurisdição, Processo e Direitos Fundamentais dos consumidores: avanços, retrocessos e perspectivas, junto ao Centro Universitário Internacional UNINTER, sob a coordenação da Professora Dra. Andreza Cristina Baggio. Professora da Faculdade Metropolitana de Blumenau- FAMEBLU. Advogada. E-mail: [meduarda.gropp@gmail.com](mailto:meduarda.gropp@gmail.com)

when dealing with consumer relations. Moreover, the situation is aggravated by the fact that there is widespread disbelief in the State and in people. Today, the demands of the man of the ultra modernity, subject of the information society, are composed of a different background of principles of the past, hence the mitigation of prestige to health, education, dignity, freedom, life, etc. Often it is for the sake of economic interests. In this way, the solution of the demands of ultramodern man requires analysis and consideration of the characteristics of these characters: selfishness, lack of patience and depth, lack of empathy and solidarity, marks so common of liquid individuals, bring us as a consequence relativization of the concepts of classical fundamental rights. For this reason, the current social relations require a new approach to political-legal instruments in order to effectively meet social rights and desires, yet without losing focus on respect for human rights.

**Keywords:** human rights; information society; marketplace; behavior.

## INTRODUÇÃO

A problemática ora proposta versa sobre o comportamento da sociedade de informação, na medida em que, historicamente, não se verifica precedentes dos comportamentos atuais, como o distanciamento entre as pessoas, sua ausência nos espaços públicos, enfraquecimentos dos laços e empatia, que enfraqueceram as estruturas familiares e sociais a ponto de não se valorizar o que as sociedades anteriores conquistaram de mais valioso: a proteção dos direitos humanos. Nesse sentido, importa a compreensão de como a sociedade dará respostas a estes dilemas, quer no âmbito judicial, legislativo e mesmo social, bem como analisar a alteração comportamental do consumo e seus reflexos negativos dada à relativização dos direitos humanos. Ao desenvolver o trabalho acredita-se que as conclusões a serem alcançadas terão relação com a ideia de relativização dos direitos humanos na sociedade da informação, de maneira bem evidente. Isto porque a definição de Direitos Humanos é ampla e perpassa por inúmeras classificações e conceitos, todavia, é possível se observar pontos convergentes e importantes em cada definição apresentada. Da mesma forma, o indivíduo do mundo ultramoderno igualmente possui grande fluidez em seu comportamento e passou a relativizar conceitos que, aparentemente se apresentavam estanques, como por exemplo, a privacidade. O contexto social atual, imerso na era digital faz com que a compreensão dos sentidos seja alterada, na medida em que as ferramentas utilizadas e colocadas à disposição do homem ultramoderno igualmente não são as mesmas existentes e colocadas à disposição das sociedades anteriores. De outro norte, quando se falam de conceitos como liberdade, ainda é possível se observar uma reação protetiva do sujeito ego-gregário – na terminologia de Dany-Robert Dufour – no sentido de tentar proteger sua “autonomia” de escolha, liberdade de comportamento, e tantos outros vieses possíveis dentro da expressão liberdade. Assim, se observar impacto nestas relativizações de

direitos fundamentais, especialmente no tocante às relações de consumo, através da publicidade, cláusulas contratuais abusivas e demais táticas, os fornecedores acabam por ter de interferir nas liberdades dos consumidores. Para tanto, a pesquisa será realizada através de referencial bibliográfico, explorando conceitos clássicos de direitos fundamentais, e comportamento humano, bem ainda as relações da sociedade da informação.

## 2. A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

No contexto da sociedade de massa ou sociedade da informação, podemos observar a superação da noção clássica de dignidade da pessoa humana desenvolvida por Kant, eis que os sujeitos da modernidade possuem características intrínsecas de hedonismo, egoísmo, fracos laços de relações interpessoais, empatia e solidariedade, o que fortalece o comportamento automático, compulsivo.

Por ser circundado de tecnologia e facilitação de ações, um grande desafio para a sociedade da informação é conseguir identificar suas ações automáticas, retraindo-as a ponto de se restabelecer um equilíbrio entre o desenvolvimento tecnológico, a dignidade da pessoa humana e a sustentabilidade.

Bauman<sup>2</sup> descreve a sociedade atual como líquida, tendo em vista sua fluidez e inconstância, composta por indivíduos ansiosos, acometidos pelo medo, individualismo, voláteis, cujas mentes estão alienadas, com fracos laços familiares, inseridos na obsolescência programada e na construção da vida para o consumo.

Em semelhante sentido Dufour<sup>3</sup> retrata a sociedade ego-gregária, na qual o sujeito se liberta das amarras psicológicas e busca a satisfação de seus desejos de forma desenfreada (consumo) e imediata. O sujeito ego-gregário é conformado em viver em rebanho, mas tem a falsa percepção de individualidade e vive para venerar o mercado.

A sociedade de risco é descrita por Beck<sup>4</sup> como uma sociedade caracterizada pela abstração, a intertemporalidade, imperceptividade dos sentidos humanos, desconexão entre institutos legais e os riscos atuais e reais e a globalidade.

O comportamento descrito pelos autores acima mencionados, por consectário, traz liberdade total à atuação do mercado, ocasionando consequências nefastas de ordem

---

<sup>2</sup>BAUMAN, Zygmunt. **Vida Líquida**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. - Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

<sup>3</sup>DUFOUR, Dany-Robert. **O Divino Mercado: a revolução cultural liberal**. Tradução Procópio Abreu. Rio de Janeiro: Companhia Freud, 2008.

<sup>4</sup>BECK, Ulrich. **Risk Society: Towards a New Modernity**. Theory, Culture & Society Series. London: sage Publications, 1998.



econômica, ambiental e ainda, por considerar o consumidor como mero instrumento e este assim se comportar sem contestar – *sujeito ego-gregário* - podemos verificar que o conceito clássico de dignidade, sustentado por Kant, na sociedade da informação encontra-se alterado.

É neste panorama, ante a ausência de freios e a promoção ao livre mercado que surgem desafios quanto a proteção das liberdades dos indivíduos, porquanto os sujeitos, conectados por alguns “cliks”, efêmeros e céleres não mais se apercebem da auto aniquilação que vêm desencadeando, na medida em que os próprios direitos humanos passam a não ter mais tanta importância.

### 3. DIREITOS HUMANOS

A liberdade dos indivíduos é direito fundamental, cujo desdobramento se verifica em inúmeros setores da vida humana, em especial, no tocante a sua dignidade.

A ideia de liberdade trazida por Amartya Sen<sup>5</sup>, comporta a compreensão de que o indivíduo somente tem dignidade na medida em que é livre para fazer suas escolhas, e nesse sentido, a lógica do mercado, com a promoção do consumismo e da automação dos sujeitos, nos faz questionar até que ponto os sujeitos, na sociedade da informação são livres para realizar suas escolhas?

A sociedade vive tempos em que não se raciocina mais a necessidade dos bens e produtos, mas tão somente se cede a impulsos para atender a necessidade de pertencimento ao grupo.<sup>6</sup> Daí a compreensão de que o sujeito é “programado” pelo mercado, não ponderando ou raciocinando de fato sobre suas escolhas, e assim, o homem da ultramodernidade tem sua liberdade mitigada.

É neste momento que também deve ser observada a atuação do Estado como controlador do *laissez faire* mercadológico. Ao longo da história, ao Estado foi atribuída a tarefa de limitar a atuação dos particulares e iluminar os assuntos dos homens, devendo atuar positivamente a fim de proteger o interesse da coletividade, entretanto, conforme explanado por Bauman<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup>SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. Tradução: Bernardo Ajzenberg, Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Cia das Letras, 2010.

<sup>6</sup>DUFOUR, Dany-Robert. **O Divino Mercado: a revolução cultural liberal**. Tradução Procópio Abreu. Rio de Janeiro: Companhia Freud, 2008.

<sup>7</sup>BAUMAN, Zygmunt. **Vida Líquida**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. - Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

Seguindo a ideia de liberdade como consectário da dignidade, importa ressaltar que a concepção filosófica de Kant utilizada como base indissociável do direito, a dignidade da pessoa humana, ou seja, o homem se encontra em um prisma finalista, como a própria causa da dignidade.

Diversas crises vêm sendo observadas na sociedade da informação, notadamente o Estado vem enfrentado crises interconectadas, classificadas por Schneider<sup>8</sup> como: conceitual, estrutural, constitucional/institucional, funcional e política.

No exercício da jurisdição, por exemplo, Silva<sup>9</sup> afirma que o risco de politização do Poder Judiciário, revela compromissos do Direito com a Política, ocasionando circunstâncias em que as Cortes de Justiça, se transformam num: “... indesejável Poder Legislativo, promovendo as reformas que os demais Poderes da República não fizeram”<sup>10</sup>.

Tal politização por vezes altera a compreensão das normas protetivas emanadas pelo Legislativo, em privilégio interpretativo aos interesses do mercado, havendo, na triangulação Direito, Poder e Justiça, uma maior conexão entre os dois primeiros, o que não deveria prevalecer.

O Estado Social apresenta, dentre outras características, o intervencionismo, a promoção de prestações públicas e o caráter finalístico no sentido de cumprimento de sua função social, com o objetivo de proteger o cidadão a fim de efetivar os direitos sociais fundamentais.<sup>11</sup>

Ademais, para além dos déficits Estatais, a própria sociedade, conforme alhures mencionado, vem se arrebanhando e deixando de raciocinar sua liberdade de escolha.

Nas palavras de Santos<sup>12</sup>:

O paradigma da modernidade é um projecto ambicioso e revolucionário, mas é também um projecto com contradições internas. Por um lado, a envergadura das suas propostas abre um vasto horizonte à inovação social e cultural; por outro, a complexidade dos seus elementos constitutivos torna praticamente impossível evitar que o cumprimento das promessas seja nuns casos excessivos e noutros insuficientes.

---

<sup>8</sup>SCHNEIDER, Yuri; SILVA, Rogério Luiz Nery da. **O reflexo das crises interconectadas do Estado contemporâneo na transformação dos direitos humanos fundamentais sociais.** Revista de Direito Administrativo e Constitucional. v. 16. n. 63 (2016). p.141.

<sup>9</sup>SILVA, Ovídio Baptista da. **Da Função à Estrutura.** Revista de Processo. Vol. 158/2008. p. 9-19. São Paulo: RT.

<sup>10</sup>SILVA, Ovídio Baptista da. **Da Função à Estrutura.** Revista de Processo. Vol. 158/2008. p. 9-19. São Paulo: RT. p.04.

<sup>11</sup>SCHNEIDER, Yuri; SILVA, Rogério Luiz Nery da. **O reflexo das crises interconectadas do Estado contemporâneo na transformação dos direitos humanos fundamentais sociais.** Revista de Direito Administrativo e Constitucional. v. 16. n. 63 (2016). p.145.

<sup>12</sup>SANTOS, Boaventura de Souza. **A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência.** v.1. 5a ed. Editora: Cortez. São Paulo, 2005. p 50.

Desta maneira, constata-se que na sociedade moderna, ao mesmo tempo em que temos as promessas de grandes avanços tecnológicos, científicos, etc., em razão da celeridade destes avanços e da automação das ações dos sujeitos, há uma alteração na ótica protetiva dos direitos humanos, na medida em que justamente em razão das imprevisibilidades da sociedade de risco, o contingenciamento e a manutenção de direitos como a liberdade e a dignidade, vêm encontrando dificuldades em sua proteção.

#### 4. O CONSUMIDOR NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Em decorrência das crises acima mencionadas, o consumo desenfreado, resultante da alteração do comportamento social dos últimos séculos, especialmente após a globalização, vem ocasionando uma crescente degradação, não só de caráter econômico-financeiro, para a maior parte da população do planeta, como também de ordem ambiental, haja vista que a reiterada criação de demanda para o consumo rápido e posterior descarte se revela insustentável.

Os moldes de consumo que hoje se apresentam - maciça publicidade e contratos de adesão em massa, que falham no dever de informação e transparência – dificilmente retrocederão, porquanto o interesse do mercado tem se sobreposto aos interesses da própria sobrevivência humana.<sup>13</sup>

A massificação das ofertas, os avanços tecnológicos, a hegemonia mercadológica, criou uma automação indissociável nas formas de celebração dos negócios jurídicos, aonde, a livre manifestação de vontade não mais se verifica.

É nesse sentido que, dentro das relações de consumo se observa uma especial fragilidade no que se refere à proteção às liberdades dos indivíduos, as quais são mitigadas através de práticas realizadas pelos fornecedores, que ultrapassam o direito de oferta e esmagam a livre manifestação de vontade do consumidor. Nesse sentido, podemos mencionar a publicidade abusiva, enganosa, notadamente as direcionadas ao público infantil, ou mesmo a utilização de técnicas científicas, como a neurociência, que acaba sendo utilizada com a finalidade de pré estudar o comportamento dos consumidores, a fim de incutir no sujeito desejos de consumo que este sequer imaginava.

---

<sup>13</sup>MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5.ed. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006.

É nesta perspectiva, de intervenção à liberdade de escolha, no desprestígio aos deveres de transparência, informação e lealdade que residem os maiores problemas referentes às relações de consumo, diante desta nova realidade social pós-moderna que se apresenta.

Numa visão crítica do sistema positivado do ordenamento brasileiro, há que se ter em mente que este não se restringe a um sistema de leis, mas também de normas legais, aí consideradas de cunho social e jurídico, constituindo em seu todo um sistema global, que inclui os valores positivados, mas também àqueles inerentes a essa determinada sociedade.<sup>14</sup>

Daí porque não basta a promulgação de leis restritivas, que, em tese, visam coibir práticas agressivas de publicidade e marketing, quando em verdade, o contexto social mercadológico no qual estamos inseridos, de fato, não favorece a mitigação do livre comércio.

Para buscar a eficácia da norma em momentos de conflitos ou limitações de interpretação oriundas da letra da Lei, há que se lançar mão de uma política constitucional aplicada hermeneuticamente para alcançar o objetivo protetivo das garantias fundamentais, no caso da liberdade do consumidor, de modo a promover a dignidade e a sustentabilidade.<sup>15</sup>

Desta forma, a preocupação acerca da manipulação da liberdade de escolha do consumidor, se está a falar das consequências nefastas da prática incessante da produção e escoamento de mercadorias. Isto porque, não somente se verificam consequências como o hiperendividamento dos sujeitos, o que per si já seria suficiente para se questionar o *laissez faire*, mas em última análise, aos impactos negativos ao próprio meio ambiente ao qual o consumidor está inserido, eis que o comportamento de consumo de massa se revela predatório.<sup>16</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos humanos, também chamados de direitos fundamentais, são aqueles inerentes à própria condição de “ser” humano e por consequência devem ser protegidos e privilegiados, pelo Estado, pelos homens e pela própria sociedade.

---

<sup>14</sup>REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>15</sup>BARROSO, Luiz Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. Revista da EMERJ, v.4, n.15, 2001.

<sup>16</sup>PORTILHO, Fátima. **Sustentabilidade ambiental, consumo e cidadania**. 2005. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. v. 22, n. 64, jun. 2007.

A sociedade da informação traz consigo a excelente característica da tecnologia, a qual permitiu aos homens otimizar processos do seu dia a dia, melhorar sua forma de produção e o modo como se estabelecem inclusive relações interpessoais.

Todavia, a informação e a tecnologia possuem um lado perverso capaz de fomentar nos seres humanos características como o hedonismo, o egoísmo, a efemeridade, a falta de empatia, o que acaba por ocasionar o achatamento de Direitos como a liberdade, a igualdade e a dignidade.

Verifica-se na sociedade da ultramodernidade crises concomitantes de diversas naturezas, na classificação de Schneider - conceitual, estrutural, constitucional, funcional e política - as quais, atingem o Estado e a própria sociedade.

Neste trabalho o objetivo se deu para que pudesse se avaliar em que medida os direitos humanos vêm sendo mitigados dentro da perspectiva das relações de consumo e, o que se constata é que as liberdades de escolha dos indivíduos, de fato, vêm sendo desprestigiadas, na medida em que ao mercado é dado o direito de, utilizando-se de toda sorte de mecanismos, manipular o consumidor, criando uma roda infinita de produção e consumo cujo impacto é degradante, seja porque o resultado do consumismo são pessoas altamente endividadas, ou porque produzem uma quantidade excessiva de lixo e em última análise, porque este desequilíbrio causado pelo consumo desenfreado acaba por impactar negativamente no próprio meio ambiente no qual o ser humano está inserido.

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Vida Líquida**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. - Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

BARROSO, Luiz Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. Revista da EMERJ, v.4, n.15, 2001. Disponível em: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista15/revista15\\_11.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf)

Acesso em: 22/07/2018.

BECK, Ulrich. **Risk Society: Towards a New Modernity**. Theory, Culture & Society Series. London: sage Publications, 1998.

DUFOUR, Dany-Robert. **O Divino Mercado: a revolução cultural liberal**. Tradução Procópio Abreu. Rio de Janeiro: Companhia Freud, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5.ed. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006

PORTILHO, Fátima. **Sustentabilidade ambiental, consumo e cidadania**. 2005. Revista Brasileira de Ciências Sociais. v. 22, n. 64, jun. 2007. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=10706418>.

Acesso em: 04/07/2019.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. Tradução: Bernardo Ajzenberg, Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Cia das Letras, 2010.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Da Função à Estrutura**. Revista de Processo. Vol. 158/2008. p. 9-19. São Paulo: RT.

SCHNEIDER, Yuri; SILVA, Rogério Luiz Nery da. **O reflexo das crises interconectadas do Estado contemporâneo na transformação dos direitos humanos fundamentais sociais**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional. v. 16. n. 63 (2016). Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/46>  
Acesso em: 04/07/2019.

## COMENTÁRIO GERAL DA ONU Nº 15: O RECONHECIMENTO DO DIREITO HUMANO À ÁGUA E O ALARGAMENTO DA ACEPTÃO DE ALIMENTAÇÃO

Durcelania da Silva Soares<sup>1</sup>

**Resumo:** O escopo do presente artigo é investigar sobre o direito humano à água potável, pensando o referido direito à água como um alargamento do direito humano à alimentação adequada, em consonância com o comentário geral da ONU nº 15, e, ainda, como elemento de afetação à concretização de direitos fundamentais, observado o desenvolvimento do ser humano como elemento crucial à materialização deste direito fundamental, o qual reveste a Pessoa Humana de Dignidade e sem acesso ao direito humano à água não há de se falar em dignidade. Reflete, assim, sobre as necessidades sociais básicas enfrentadas pela Pessoa Humana, contemporaneamente, valendo-se do texto constitucional vigente, que ampara os direitos sociais, notadamente a saúde e alimentação adequada, pressupostos fundamentais da sobrevivência digna do homem. O direito humano à água potável aponta enormes e inúmeras preocupações, porquanto o seu desenvolvimento importa diretamente à promoção dos demais direitos fundamentais, ameaçando, quando não cumprindo, a concretização da Dignidade da Pessoa Humana. Anota que os grupamentos sociais mais vulneráveis enfrentam situações calamitosas, quando não conseguem, muitas vezes, acessar a água potável, necessária à subsistência dos seus membros. A metodologia empregada na construção do presente pauta-se no método dedutivo, auxiliado pela técnica de pesquisa da revisão de literatura e pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chaves:** Direito Humano à água potável; Dignidade da Pessoa Humana; concretização dos direitos fundamentais

**Abstract:** The scope of this article is to investigate the human right to drinking water, considering the right to water as an extension of the human right to adequate food, in line with UN General Comment No. 15, and as an element of affectation to the realization of fundamental rights, observing the development of the human being as crucial element to the materialization of this fundamental right, which coats the Human Person of Dignity and without access to the human right to the water one does not speak of dignity. It reflects, therefore, on the basic social needs faced by the Human Person, at the same time, using the current constitutional text, which protects social rights, especially health and adequate food, fundamental assumptions of survival worthy of man. The human right to potable water points to enormous and numerous concerns, because its development directly concerns the promotion of other fundamental rights, threatening, if not fulfilling, the realization of the Dignity of the Human Person. He notes that the most vulnerable social groups face calamitous situations when they are often unable to access the potable water necessary for the subsistence of their members. The methodology used in the construction of the present is based on the deductive method, aided by the research technique of literature review and bibliographic research.

---

<sup>1</sup>Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo. Docente na Universidade Estácio de Sá – RJ. E-mail: [durcelania@hotmail.com](mailto:durcelania@hotmail.com) – <http://lattes.cnpq.br/1543810316645867>

**Keywords:** Human Right to drinking water; Dignity of human person; implementation of fundamental rights

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta fundamentos sociais e jurídicos que justificam o fato de o acesso à água potável ser considerado um direito fundamental, afirmando o dever do Estado de assegurar aos cidadãos, o direito ao acesso a bem precioso, finito, esgotável e imprescindível à vida, considerado escasso em grande parcela do território mundial.

A Constituição da República Federativa do Brasil, no seu artigo 6º, não arrola o direito ao acesso à água potável entre os direitos sociais, permitindo, todavia, a consideração da possibilidade da sua existência entre os chamados direitos fundamentais sociais, já que referido rol de direitos não é taxativo.

Uma das funções essenciais dos recursos hídricos é manter o equilíbrio ecológico dos ecossistemas terrestres, considerada a água potável uma questão preocupante na agenda ambiental. Vê-se que a existência da dignidade está relacionada ao uso da água potável (tratada), a qual, evidentemente, não é aquela suja e/ou contaminada, mas sim, aquela potencialmente limpa e rica em nutrientes, a qual alimenta os seres vivos que a ela possuem acesso, razão pela qual a impossibilidade de acesso à água potável propicia vida não sadia para muitas pessoas, principalmente para aquelas que vivem em situação vulnerabilidade social, econômica, ambiental e/ou territorial.

Assim, a presente pesquisa, ao apreciar o direito humano à água potável como alargamento do direito humano à alimentação adequada, traz à baila a inércia do Estado para assegurar a todos o acesso à água potável, fato este que afeta a existência digna daqueles que não conseguem referido acesso. Observa-se que a não garantia de acesso a esse recurso natural - tão valioso e imprescindível à vida digna -, ao seu destinatário final, implica desrespeito aos valores da essência humana.

Nesse sentido, anota-se o dever do Estado de garantir a todos o acesso à água potável, o que se concretiza por meio do desenvolvimento e da aplicação de políticas públicas adequadas, que garantam a efetividade do direito fundamental ao acesso à água potável, que não pode ser negado aos cidadãos.

Para tanto, a presente pesquisa se vale do método investigativo bibliográfico de cunho doutrinário-legislativo, coletando dados bibliográficos para entender a resistência do Estado em assegurar água tratada à população, concretizando assim o direito Humano à água.



## 1. A EXISTENCIA DÍGNA DA PESSOA HUMANA

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, saudável e preservado é um direito humano, considerado de terceira geração, na medida em que compõe o rol dos direitos fundamentais de solidariedade e/ou fraternidade, atentos à humanidade e à coletividade, que respeitam e protegem o equilíbrio ambiental, a paz, o progresso da humanidade e a autodeterminação dos povos, entre outros. São considerados direitos da coletividade e, possuindo natureza coletiva e difusa, invocam o direito-dever de todos da sociedade, incluindo-se ela própria (sociedade), o Estado, as coletividades, as famílias e os indivíduos “per se”, para cumprirem o objetivo da concretização da dignidade humana e do respeito ao meio ambiente.

A água potável é um bem coletivo, difuso e/ou individual, considerado conforme as dimensões em que é compreendida. O acesso à água potável, entendida ela como alimento saudável, imprescindível à vida e à saúde, também pode ser compreendido entre os direitos fundamentais sociais. A Constituição da República Federativa do Brasil não explicita, entre os direitos sociais, o direito ao acesso à água potável, mas permite a consideração da sua existência entre os elencados direitos fundamentais – apesar de não enumerada entre eles – porque referido rol (exemplificativo) permite o acréscimo de outros direitos fundamentais, o que implica a possibilidade de se acrescer referido direito ao acesso (e consumo) à água potável, ao rol do texto constitucional do artigo 6º. Afinal, trata-se de um direito humano, essencial à saúde e à vida, dos humanos e não humanos, e à vida do planeta.

É certo que os direitos humanos não surgiram todos de uma única vez, mas conforme as lutas contra as opressões, as guerras ocorridas ao longo dos tempos, recordando-se que, atualmente, essa luta se refere, notadamente, ao direito humano ao acesso à água potável, ressaltando-se, assim, que os direitos do homem “[...] são direitos históricos, [...] caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.”<sup>2</sup>e, que “[...] do século XVIII até os nossos dias, o elenco de direitos do homem contemplados nas constituições e nos instrumentos internacionais alteraram-se conforme as mudanças das condições históricas”.<sup>3</sup>

Necessária a luta contra o poder de inércia do Estado, em assegurar a existência digna de todos, garantindo a todos o consumo de água potável. Grande parte da população não desfruta do acesso à água potável, lembrando-se que os direitos humanos devem ser

---

<sup>2</sup> BOBBIO, 1992, p. 5

<sup>3</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 124.

respeitados sempre, com ética, respeito à vida e proteção do meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, todos necessários à dignidade do homem.

O Estado Socioambiental e Democrático de Direito tem o dever de garantir a todos o acesso à água potável, o que se concretiza por meio do desenvolvimento e da aplicação de políticas públicas adequadas, que garantem o direito fundamental ao acesso à água potável (pura, limpa e tratada), que não pode ser negado para ninguém, objetivando afastar-se os riscos relacionados à aquisição de doenças e de mortes, em prol da vida sadia.

O direito humano à água potável habilita todas as pessoas a consumirem água potável suficiente, segura, aceitável, fisicamente acessível e disponível para uso pessoal e doméstico. O consumo de uma quantidade adequada de água potável é necessário para se evitar a morte por desidratação de uma pessoa, reduzindo-se o risco de doenças relacionadas com a falta da água para o consumo, cozimento de alimentos e higiene pessoal.

A água não tem a função apenas de consumo e higienização, conforme se pode extrair das lições de Ana Alice de Carli<sup>4</sup>, que afirma

A água em forma líquida, como é de conhecimento empírico de todos, tem funções múltiplas, que inicia como elemento da estrutura corpórea de todos os seres vivos. Sua capacidade de dissolver outras substâncias faz dela um solvente universal. Além de outras funções elementares, como as de saciar a sede e de higienização.

Negar às pessoas o acesso à água potável é negar-lhes o direito fundamental à vida. Além disso, a água deve estar disponível e cumprir certos níveis de qualidade. Melhorar a disponibilidade de abastecimento de água é crucial à saúde pública, uma vez que este é o terceiro maior fator de risco para a saúde, principalmente nas nações em desenvolvimento, locais em que ocorrem as maiores taxas de mortalidade.

A problemática que envolve o acesso à água potável está relacionada à falta de água e à desertificação, que são entendidas *“como problemas que mais vão afectar os países do Terceiro Mundo, na próxima década. Um quinto da humanidade já não tem hoje acesso à água potável!”*.<sup>5</sup>

O fato de o acesso à água potável estar comprometido, em tese, com a afetação de um quinto da população mundial, tem causado enormes preocupações ambientais e humanas, ainda mais, quando se considera que a escassez vem provocando considerável aumento do número de mortes no mundo.

---

<sup>4</sup> CARLI, Ana Alice. **Água; direito fundamental, sujeito de direitos e titular de dignidade**. IN: V CONPEDI Internacional Uruguai, 2016, Monevidéu, Anais do V CONPEDI.2016.

<sup>5</sup> SANTOS, 2001, p. 24

A luta pela água potável é urgente, razão pela qual deve ser considerada objeto de reflexão pelos envolvidos direto ou indiretamente na causa, já que todos fazem uso da água. É necessário que se reforce a assertiva da necessidade de se utilizar, com urgência, medidas de contenção do impacto ambiental, relacionadas à contaminação da água destinada ao uso humano ou não humano, sendo necessária a efetivação do acesso à água potável, por meio do desenvolvimento e aplicação de políticas públicas adequadas que assegurem, definitivamente, o acesso à água potável como um direito humano fundamental à existência digna, pois os bens essenciais à sadia qualidade de vida são aqueles bens fundamentais à dignidade humana, ou seja, são os bens que garantem ao ser humano uma vida digna, sendo o direito humano à água um bem essencial a todos os viventes.<sup>6</sup>

A manutenção do meio ambiente sadio e ecologicamente, sustentável, em prol do ser humano e do próprio meio ambiente, requer uma mudança ética, relacionada à mudança de postura do homem, notadamente, com relação ao consumo da água potável e à consciência da necessidade do desenvolvimento sustentável. Necessário que o Estado assuma o papel de garantidor dos direitos sociais fundamentais, principalmente, do direito ao acesso à água potável, que é compreendido como necessário à efetivação da vida digna. Importante que a Carta Magna reconheça expressamente o direito fundamental ao acesso à água potável, entendido como um direito social fundamental, corroborando à promoção de políticas públicas voltadas ao acesso ao referido bem, afastando-se a poluição dos sistemas hídricos subterrâneos.

## 2. A GARANTIA DO DIREITO HUMANO À ÁGUA POTÁVEL

O direito humano à água (DHA), revelando como essencial à vida digna foi reconhecido pelo Comentário Geral da ONU n° 15, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, emitido em 2002, que incluiu, no seu texto, referido direito à água como pressuposto do exercício e cumprimento dos demais direitos humanos<sup>7</sup>. Esse Comentário Geral ressalta que a água deve ser tratada como um bem social e cultural e não como um bem econômico, e que o exercício desse direito deva acontecer de maneira sustentável<sup>8</sup>. O

---

<sup>6</sup> VILLAS BÔAS, Regina Vera; SOARES, Durcelania da Silva; MONTEIRO, Leonardo Rodrigues Coelho. **O acesso à água potável: bem ambiental essencial à vida e à dignidade humana**. IN: III Seminário Internacional sobre Direitos Humanos fundamentais, 2017, Anais do III SIDHF. PPGDC/UFF., p. 8.

<sup>7</sup> TURATTI, L. **Direito à água**: uma ressignificação substancialmente democrática e solidária de sua governança. 2014. 246 f. Tese (doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2014, p. 25.

<sup>8</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (onu). **Observación general n° 15**: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Ginebra: ONU,

parágrafo 1º, do Comentário Geral revela que a água é um recurso natural limitado e um bem público fundamental à vida e a saúde. O Comentário Geral n° 15 aponta, entre os seus propósitos relevantes, a regulamentação dos artigos 11 e 12 do PIDESC (**Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**), adotado pela Assembleia das Nações Unidas em 1966, o qual habilita **as pessoas a buscar a justiça quando os seus direitos são violados e os recursos no país estiverem esgotados**.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem permite a compreensão de que a água é um direito humano que garante a vida, razão pela qual é inconcebível a vida sem água, o que impõe a interpretação de que a ausência de referência a esse direito, em seu texto, é devida ao momento em que ele foi escrito porque nesta “[...] época não se poderia imaginar que a água viria a se tornar escassa e que fosse necessário expressar sua importância em um documento internacional como forma de garantir seu acesso”<sup>9</sup>.

Certo é que a água é um bem finito, um recurso natural limitado, quando considerada como fundamental à vida e à saúde dos seres vivos, notadamente do ser humano. Logo, o DHA (Direito Humano à Água) é indispensável à vida digna, condição necessária à realização de outros direitos humanos e fundamentais, como a alimentação e a saúde, conforme explicitado pelo Comentário Geral n° 15<sup>10</sup> “[...] el derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”<sup>11</sup>.

O DHA habilita todas as pessoas ao uso e consumo pessoal e doméstico de água suficiente, segura, limpa, aceitável, fisicamente acessível e disponível, evitando a morte por desidratação, sendo ela incluída no direito humano à alimentação, conforme anotado, a seguir

O direito humano à alimentação adequada consiste no acesso físico e econômico de todas as pessoas aos alimentos e aos recursos, como emprego ou terra, para garantir esse acesso de modo contínuo. Esse direito inclui a água e as diversas formas de acesso à água na sua compreensão e realização.<sup>12</sup>

O DHA integra o direito à alimentação, devendo o seu acesso ser garantido a todos, de maneira contínua, em uma quantidade adequada e segura, que seja suficiente ao consumo e higienização, igualmente, mantendo-se a qualidade de vida das pessoas. O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC) reconheceu que a água é um direito

---

2002b. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8789.pdf?view=1>. Acesso em: 25 jul. 2017, p.1.

<sup>9</sup> TURATTI, L. Op. cit, p, 38.

<sup>10</sup> ONU. Op. cit, p. 2.

<sup>11</sup> O direito humano à água é o direito de todos a dispor de água suficiente, potável, consumível, acessível e a preço razoável para uso pessoal e doméstico [tradução nossa].

<sup>12</sup> CONTI, Irio Luiz. **Direito humano à alimentação adequada e soberania alimentar**. Brasília, DF: Consea, 2014, n. p. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/consea/comunicacao/artigos/2014/direito-humano-a-alimentacao-adequada-e-soberania-alimentar>. Acesso em: 25 jan. 2019,

humano, em consonância com o parágrafo 1º, do artigo 11, do **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais** (PIDESC), mencionado pelo Comentário Geral n° 6, que explicita “[...] *las personas de edad deberán tener acceso a alimentación, agua, vivienda, vestuario y atención de salud adecuados, mediante la provisión de ingresos, el apoyo de sus familias y de la comunidad y su propia autosuficiencia*”<sup>13</sup>.

A falta ao acesso à água potável prejudica o desenvolvimento do ser humano, além de limitar suas escolhas e liberdades.

Ela afeta todos os aspectos do desenvolvimento, pois quem não tem acesso à água potável, terá suas escolhas e liberdades limitadas pela pobreza, doenças e vulnerabilidade. Quando se menciona o desenvolvimento humano, inclusa está a dignidade humana, que não se limita às necessidades físicas, pois envolve também necessidades na esfera moral.<sup>14</sup>

Muitos dos países desenvolvidos e em desenvolvimento têm negado o DHA, devido às dificuldades enfrentadas no acesso à água potável e à ausência de saneamento básico, em desrespeito aos direitos dos indivíduos e, principalmente, à dignidade humana, o que é lecionado por Sánchez Bravo (2014, p. 7) ao revelar sobre o respeito à água que “[...] *no se trata sólo de ‘dar’ agua para tapar bocas o calmar conciencias, sino que debe reflejar esa preocupación por la dignidad individual y la justicia social*”.<sup>15</sup> Assim, não basta ofertar a água potável, necessário, também, assegurar-se a dignidade do indivíduo.

O DHA nos dias atuais é violado e, nesse sentido, luta-se contra a inércia que o Estado demonstra em assegurar a existência digna para todos que necessitam da água, pois o direito à alimentação inclui a água limpa e potável, por se tratar de um direito fundamental, razão pela qual deve ela ser ofertada a todos os indivíduos, sendo o seu acesso primordial à realização da vida digna.

Nesse sentido, afirma Boaventura de Sousa Santos<sup>16</sup> (2001, p. 24) que “*A desertificação e a falta de água são os problemas que mais vão afetar os países do Terceiro Mundo na próxima década. Um quinto da humanidade já não tem hoje acesso à água potável*”.

Ainda, sobre o citado Comentário n° 15, o seu parágrafo 1º, registra que a “[...] *poluição e a contínua deterioração da água e a desigual distribuição da água são fatores agravantes da pobreza*

---

<sup>13</sup> As pessoas de idade deverão ter acesso à alimentação, água, moradia, vestuário e atenção de saúde adequados, mediante a provisão de renda, o apoio de suas famílias e da comunidade e sua própria autossuficiência [tradução nossa].

<sup>14</sup> LUZ, J. P. da; TURATTI, L.; MAZZARINO, J. M. Água: direito humano fundamental. **Revista Estudo & Debate**, Lajeado, v. 23, n. 2, p. 265-279, 2016. Disponível em: <https://www.univates.br/revistas>. Acesso em: 28 out. 2018.

<sup>15</sup> [...] não se trata apenas de ‘dar’ água para cobrir bocas ou acalmar consciências, mas deve refletir a preocupação com a dignidade individual e a justiça social [tradução nossa].

<sup>16</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 24.

*existente*”, sendo preciso que os Estados Partes, por meio de políticas públicas, adotem medidas não discriminatórias, corroborando o acesso à água potável para todos.

Em virtude da escassez da água, que vem provocando a morte no mundo, a ONU definiu o período entre 2005 e 2015, como sendo a “Década Internacional para a Ação ‘Água, Fonte de Vida’”, como forma de preservação das águas mundiais e com a meta de reduzir pela metade a proporção da população mundial sem acesso sustentável à água potável e saneamento.<sup>17</sup>

A preocupação no que tange à água levou a ONU a proclamar a década entre 2018 e 2028 como a “Década Internacional para Ação, Água para o Desenvolvimento Sustentável”, com o apelo de que necessitamos consumir água segura, limpa e potável, disponível à realização de uma vida decente e digna. Oitocentos e quarenta e quatro milhões de pessoas carecem da água potável, que significa elemento básico à sobrevivência digna, valendo recordar-se que o saneamento básico é necessário à boa saúde e ao bem-estar de todos, apesar da cruel realidade apresentada “de que um quarto da população mundial não tem acesso a instalações sanitárias básicas”.<sup>18</sup>

## CONCLUSÃO

A manutenção do meio ambiente sadio e ecologicamente sustentável em prol do ser humano e do próprio meio ambiente, requer uma mudança ética, relacionada à mudança de postura do homem, notadamente, com relação ao consumo da água potável e à consciência da necessidade do desenvolvimento sustentável.

Necessário que o Estado assuma o papel de garantidor dos direitos fundamentais, entre os quais os coletivos e os difusos, que podem ser materializados com a corroboração dos direitos fundamentais sociais, garantidores do direito ao acesso à água potável, necessário à concretização da vida digna. Importante que a Carta Magna reconheça expressamente o direito fundamental ao acesso à água potável, entendido como um direito social fundamental, corroborando à promoção de políticas públicas voltadas ao acesso às águas limpas.

Dessa maneira, a partir de doutrina contemporânea e clássica, dos textos constitucional e Declarações Internacionais, trazidos à pesquisa, entende-se demonstrada imprescindibilidade da garantia do acesso à água potável - bem ambiental essencial à

---

<sup>17</sup> UNESCO. **2005-2015: Década Internacional para Ação “Água, fonte de vida”**. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/pt/brasil/pt/about-this-office/prizes-and-celebrations/2005-2015-international-decade-for-action-water-for-life/>. Acesso em: 15 fev. 2019.

<sup>18</sup> ONUBR. **Mundo não pode ver água como garantida, afirma chefe da ONU ao lançar década global de ação**. Brasília, DF, 2018b. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/mundo-nao-pode-ver-agua-como-garantida-afirma-chefe-da-onu-ao-lancar-decada-global-de-acao/>. Acesso em: 15 fev. 2019

efetivação dos direitos fundamentais mais básicos -, devendo ele ser garantido a todos, a partir de vieses ecológicos. Salienta-se que a degradação do meio ambiente é fato notório no cenário ambiental mundial e que os diversos interesses de ordem essencialmente econômica e corporativa, que circundam o tema, podem colocar em risco direitos fundamentais dos menos favorecidos.

## REFERÊNCIAS:

CARLI, Ana Alice. **Água; direito fundamental, sujeito de direitos e titular de dignidade**. IN: V CONPEDI Internacional Uruguai, 2016, Monevidéu, Anais do V CONPEDI.2016.

CONTI, Irio Luiz. **Direito humano à alimentação adequada e soberania alimentar**. Brasília, DF: Consea, 2014. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/consea/comunicacao/artigos/2014/direito-humano-a-alimentacao-adequada-e-soberania-alimentar>. Acesso em: 25 jan. 2019.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LUZ, J. P. da; TURATTI, L.; MAZZARINO, J. M. Água: direito humano fundamental. **Revista Estudo & Debate**, Lajeado, v. 23, n. 2, p. 265-279, 2016. Disponível em: <https://www.univates.br/revistas>. Acesso em: 28 out. 2018.

ONUBR. **Mundo não pode ver água como garantida, afirma chefe da ONU ao lançar década global de ação**. Brasília, DF, 2018b. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/mundo-nao-pode-ver-agua-como-garantida-afirma-chefe-da-onu-ao-lancar-decada-global-de-acao/>. Acesso em: 15 fev. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (onu). **Observación general n° 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)**. Ginebra: ONU, 2002b. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8789.pdf?view=1>. Acesso em: 25 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **Comentário Geral n° 15 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 2002a. Disponível em: [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&referer=/english/&Lang=S](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&referer=/english/&Lang=S). Acesso em: 24 nov. 2015.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

TURATTI, L. **Direito à água: uma ressignificação substancialmente democrática e solidária de sua governança**. 2014. 246 f. Tese (doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2014.

UNESCO. **2005-2015: Década Internacional para Ação “Água, fonte de vida”**. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/pt/brasil/pt/about-this-office/prizes-and-celebrations/2005-2015-international-decade-for-action-water-for-life/>. Acesso em: 15 fev. 2019.

VILLAS BÔAS, Regina Vera; SOARES, Durcelania da Silva; MONTEIRO, Leonardo Rodrigues Coelho. **O acesso à água potável: bem ambiental essencial à vida e à dignidade humana**. IN: III Seminário Internacional sobre Direitos Humanos fundamentais, 2017, Anais do III SIDHF. PPGDC/UFF.

## A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO REFUGIADO AMBIENTAL

Vanessa Abadia Gama Fernandes<sup>1</sup>

Gleidcy Helle dos Reis Rocha<sup>2</sup>

**RESUMO:** O trabalho em tela tem por escopo, fazer uma breve análise acerca das degradantes condições em que se encontram os imigrantes por desastre ambiental em todo mundo, sob uma égide humanística basicamente fundada na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Para tal, far-se-á a observação do modo de atuação da Organização das Nações Unidas (ONU), face ao iminente contingente de migrações, no que se refere à garantia da dignidade da pessoa humana. Quanto à metodologia, restringe-se puramente à pesquisa bibliográfica, tendo como fonte majoritária as informações disponibilizadas pela própria ONU, tanto de modo direto quanto indireto, por meio de suas muitas vertentes de atuação. Quanto à qualificação da pesquisa, utilizou-se o método descritivo-qualitativo, por meio do registro e a interpretação dos fatos do mundo físico sem a interferência do pesquisador. Em suma, no que diz respeito aos resultados do estudo, foi possível concluir que a responsabilidade relativa a quem deva amparar o refugiado ambiental é de todos, consubstanciada nas diretrizes da ONU, tendo em vista que estas situações tornam o indivíduo demasiadamente vulnerável, não devendo haver fronteiras para estabelecimento da segurança socioeconômica que só será possível, precisamente, quando todas as nações tiverem um mínimo respaldo em situações de caráter ambiental.

**Palavras-chave:** refugiado; ambiente; responsabilidade internacional; ONU.

**ABSTRACT:** The work in screen is intended to give a brief analysis of the degrading conditions in which immigrants are found by environmental disaster worldwide under a humanistic aegis based basically on the Universal Declaration of Human Rights (UDHR). In order to do so, we will observe the way the United Nations (UN) acts, in view of the imminent migration contingent, with regard to guaranteeing the dignity of the human person. As for the methodology, it is restricted purely to bibliographical research, having as majority source the information made available by the UN itself, both in a direct and indirect way, through its many strands of action. As for the qualification of the research, the descriptive-qualitative method was used, through the recording and interpretation of the facts of the physical world without the interference of the researcher.

In summary, with regard to the results of the study, it was possible to conclude that the responsibility for whoever is to support the environmental refugee belongs to all, embodied in the UN guidelines, since these situations make the individual too vulnerable and should not there are boundaries for establishing socio-economic security that will only be possible precisely when all nations have a minimum support in environmental situations.

**Keywords:** refugee; environment; international responsibility; UN.

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito na Faculdade Raízes, Anápolis, Goiás, Brasil. Em mobilidade internacional na licenciatura de Solicitadoria da Escola Superior de Comunicação, Administração e Turismo (EsACT) do Instituto Politécnico de Bragança (IPB). E-mail: [vanessatrb18@gmail.com](mailto:vanessatrb18@gmail.com).

<sup>2</sup> Graduanda na licenciatura de Solicitadoria na Escola Superior de Comunicação, Administração e Turismo (EsACT) do Instituto Politécnico de Bragança (IPB). E-mail: [gleidcyreis@gmail.com](mailto:gleidcyreis@gmail.com).



## I. INTRODUÇÃO

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, fomentou por toda comunidade internacional, uma preocupação relacionada à proteção do ambientalismo, enfocando que sua responsabilização se devia não só aos elementos componentes do meio, mas também com ênfase na atuação e na finalidade de proteção da humanidade<sup>3</sup>.

Partindo desse pressuposto, os desastres ambientais de caráter humanitário, como o ocorrido na África Austral como o Ciclone Idai, merecem especial atenção internacional uma vez que geram fortes golpes econômicos, não só em países sabidamente subdesenvolvidos, bem como em países em desenvolvimento contínuo<sup>4</sup>. Assim, destacam-se como aspectos essenciais do Direito Internacional do Meio Ambiente, a incorporação da dimensão humana às questões ambientais, a preocupação com as gerações futuras e a transversalidade, que dão base a essa singular perspectiva de proteção<sup>5</sup>.

Essa mudança de consciência, tendo em vista que outrora a paz abrangia tão somente a ausência de ações humanas violentas, das quais destacam-se as grandes guerras mundiais. Hodiernamente tal perspectiva torna-se diversa por um cenário<sup>6</sup>, nada agradável, permeado por catástrofes ambientais que necessitam da solidariedade e cooperação internacional, especialmente no que concerne à assistência às vítimas submetidas a violações sistemáticas dos seus direitos humanos.

## II. TUTELA JURÍDICA DO AMBIENTE

No Brasil, o ambiente possui um amplo conceito. Diante disso, compreendem os aspectos naturais, os aspectos artificiais presentes no meio urbano em concomitância com as

---

<sup>3</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 70.

<sup>4</sup> THE WALL STREET JOURNAL. *Humanitarian Disaster Grows in Southern Africa After Cyclone*. [online] Atualizado em 20 de março de 2019 7:47. Disponível em: < [https://www.wsj.com/articles/humanitarian-disaster-grows-in-southern-africa-after-cyclone-11553104670?mod=djem\\_Frontiers](https://www.wsj.com/articles/humanitarian-disaster-grows-in-southern-africa-after-cyclone-11553104670?mod=djem_Frontiers) >. Acesso em: 14 mai. 2019.

<sup>5</sup> RAMOS, Érica Pires. **Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo Direito Internacional**. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Direito. São Paulo, 2011. Disponível em: < [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/Refugiados\\_Ambientais.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/Refugiados_Ambientais.pdf) >. Acesso em: 14 mai. 2019, 08:12.

<sup>6</sup> Uma alusão às inundações de 1931 na China com mortes: entre 1 e 4 milhões até o ciclone que acometeu Moçambique. [online] 05 agosto 2016, às 16:03. Disponível em: < <https://www.dn.pt/sociedade/interior/cientistas-encontram-provas-de-inundacao-lendaria-na-china-5323436.html> >. Acesso em: 14 mai. 2019.

interações constantes entre tais enfoques em meio ao ambiente urbano. A partir da *Clean Air Act* (1970) e *National Environmental Policy Act* (NEPA) (1969), insere-se na compreensão de ambiente os aspectos paisagísticos, o meio ambiente criado que nesta última permite e abriga a vida em multifacetadas formas, incluindo os bens sociais e econômicos e o conjunto de condições, influências e interações que abrigam a existência humana<sup>7</sup>.

Na Carta Magna brasileira, mais especificamente no bojo de seu artigo 225, ao fazer uso da expressão “sadia qualidade de vida”, dá a significar que o constituinte utilizou-se de dois objetos para a tutela do ambiente: “o imediato, consistente da proteção do ambiente natural, e ainda outro mediato, significado pela ideia de qualidade de vida”<sup>8</sup>.

Dessa forma, no Brasil a existência do direito ao ambiente nos moldes acima descritos, decorre também das próprias interpretações do Supremo Tribunal Federal<sup>9</sup>, em compreender-se que o bem ambiental apresenta características jurídicas particulares, sendo que perante ele há uma repartição de responsabilidades, no que tange aos deveres fundamentais, surgindo uma titularidade solidária de interesses sobre o bem ambiental, que alcançariam inclusive as gerações vindouras<sup>10</sup>.

Na mesma perspectiva, a Declaração de Estocolmo, influenciou instrumentos internacionais<sup>11</sup>, e deixa expresso o seguinte:

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. A este respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o *apartheid*, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FERNSTERSEIFER, Tiago. **Direito Ambiental – Introdução, Fundamentos e Teoria Geral**. Série Idp. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 317.

<sup>8</sup> RIBEIRO, Kepler Gomes; MIRANDA, João. **A força político-normativa da nova agenda-ONU para as cidades : o mecanismo e a fundamentalidade da avaliação ambiental estratégica para a implementação do programa ONU-HABITAT III no Brasil**. Tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas (p.30). Disponível em: < <http://hdl.handle.net/10451/37478> >. Acesso em: 14 mai. 2019, 06:31.

<sup>9</sup> RE 134.297- 8/SP e MS 22.164/DF

<sup>10</sup> AYALA, Patryck de Araújo. **O Novo Paradigma Constitucional e a Jurisprudência Ambiental no Brasil**. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro - 6ª Ed. Rev Organizadores: CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho; LEITE, José Rubens Morato.. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 428.

<sup>11</sup> Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos, de 1981, artigo 24; Protocolo adicional à Convenção Americana dos Direitos do Homem, de 1988; Declaração do Rio, de 1992, artigo 1.

<sup>12</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano**. Disponível em: < [www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/arquivos/estocolmo.doc](http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/arquivos/estocolmo.doc) >. Acesso em: 14 mai. 2019.

O ambiente, nesta senda se apresenta como um direito fundamental, em especial um direito do Estado Pós-Social, um verdadeiro direito ao ambiente e à qualidade de vida<sup>13</sup>. Outrossim, em um universo em que as pessoas circulam por trabalho e lazer, ou seja, buscando a melhora de sua perspectiva econômica, perdurarão conflitos, exclusões de grupos por motivos políticos, guerras e desastres ambientais. Essas problemáticas, segundo João Estevens, a exclusão enquanto motivação da política migratória parece ser insuficiente de se pôr em prática no mundo de hoje<sup>14</sup>.

A paz contínua indica, portanto, que ela deve ser um estado permanente, não ocasional ou circunstancial, em especial quando envolve-se o ambiente, embora ele seja imprevisível não há situação em que deixe de ser a casa comum da humanidade. Assim, enquanto processos com raízes históricas, sem fim em vista, é responsabilidade de todas as nações pensar, planejar e prognosticar situações de crise ambiental<sup>15</sup>.

Nesta senda, cabe ressaltar, dentro de uma perspectiva socrática de cidadania, que em determinadas situações não somos de um país ou de outro, mas somos cidadãos do mundo<sup>16</sup>. Estas situações colocam o indivíduo em extrema vulnerabilidade, concepção que deve romper as fronteiras e almejar uma segurança que só é possível, precisamente, quando todas as nações tiverem um mínimo respaldo em situações de caráter ambiental.

### III. O DEVER DA ONU FACE AOS CONTINGENTES IMIGRATÓRIOS

A Organização das Nações Unidas (ONU), desde sua criação, objetiva promover a “solução de problemas internacionais de natureza econômica, social, cultural ou humanitária, e o desenvolvimento e estímulo ao respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais de todos”<sup>17</sup>. Nessa perspectiva, o papel da referida organização é fazer com que toda e qualquer pessoa consiga atingir o mínimo necessário para a garantia de sua sobrevivência.

---

<sup>13</sup> SILVA, Vasco Pereira da. **Verde Cor de Direito: Lições de Direito do Ambiente**. 2. Reimp. Da Ed. De fev. 2002. Coimbra: Almedina, 2002. pp. 21-23.

<sup>14</sup> DIÁRIO DE NOTÍCIAS. **A exclusão de imigrantes e refugiados pode trazer novos riscos para a segurança**. [online] 13 NOV 2018 N°54628. Disponível em: < <https://www.dn.pt/edicao-do-dia/13-nov-2018/interior/a-exclusao-de-imigrantes-e-refugiados-pode-trazer-novos-riscos-para-a-seguranca-10151747.html> >. Acesso em: 14 mai. 2019.

<sup>15</sup> RAMOS, Érica Pires. **Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo Direito ...** Op. cit.

<sup>16</sup> POMBO, Olga. **A vida de Sócrates**. Disponível em: < <http://www.educ.fc.ul.pt/docentes/opombo/hfe/momentos/escola/socrates/vidadesocrates.htm#frase1> >. Acesso em: 14 mai. 2019.

<sup>17</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Carta das Nações Unidas**. Centro Regional de Informações das Nações Unidas (UNRIC). Disponível em: < <https://www.unric.org/pt/informacao-sobre-a-onu/12> >. Acesso em: 14 mai. 2019.

Outrossim, tanto com base na DUDH, quanto no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o que se retira são os ideais de tratamento igualitário. É nesse âmbito que surgem as diversas vertentes de atuação da ONU, como por exemplo O Gabinete para Cordenação para Assuntos Humanitários (OCHA), que tem por finalidade tratar de maneira específica os problemas de determinados grupos sociais<sup>18</sup>

Ressalte-se que o mundo enfrenta hodiernamente inúmeros problemas de ordem social<sup>19</sup>, diante desse contexto têm ganhado destaque a questão dos grandes contingentes migratórios, devido a sua incidência, seja por questões civis ou econômicas, os nacionais optam por procurar melhores condições de vida fora de seu país. O fato é que esse fenômeno se demonstra recorrente e se torna preocupante em ordem internacional, em especial para a ONU.

#### IV. AS MODALIDADES DE IMIGRAÇÃO

Primordialmente é preciso distinguir as diferentes modalidades de imigrantes, tendo em vista que para cada uma existe um desdobramento próprio. Durante a Conferência de Marraquexe, a representante especial da ONU Louise Arbour, definiu que as migrações são regulares ou irregulares. A primeira diz respeito àquelas realizadas de forma legal, quando um cidadão sai de seu Estado para outro, em conformidade com as legislações vigentes, sendo por isso reconhecido pelo governo do país-destino. *A contrário sensu* as irregulares são aquelas em que os indivíduos se deslocam de seu país de origem para outro sem o cumprimento dos requisitos jurídicos<sup>20</sup>.

É imprescindível, portanto, distinguir o conceito de “refugiado” que, diferentemente dos termos anteriores, tem uma definição dada pela própria ONU como “pessoas que fogem de conflitos e perseguições”<sup>21</sup>. É concomitante válido mencionar a Conferência de 1951, na qual foi definido que só serão refugiados aqueles que saem de seu país de origem:

em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça,

---

<sup>18</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 217 (III) A. Paris, 1948. Disponível em: < <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/> >. Acesso em 14 mai. 2019.

<sup>19</sup> Dentro e fora das fronteiras.

<sup>20</sup> ONU NEWS. **Saiba tudo sobre o Pacto Global para Migração. Perspectiva Global**. Perspectiva Global Reportagens Humanas. [online]. Publicado em 8 dezembro 2018. Disponível em: < <https://news.un.org/pt/story/2018/12/1650601> >. Acesso em: 14 de mai. 2019..

<sup>21</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951)**. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). Disponível em: < [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugueses/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugueses/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf) >. Acesso em: 14 mai. 2019.

religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele (sic).<sup>22</sup>

Frente aos conceitos supra, encontramos uma lacuna, visto que nenhum faz referência direta aos indivíduos que se deslocam de seu país em virtude de desastres ambientais. Diante disso, em que situação poderiam esses serem enquadrados?

No intuito de dirimir tal lacuna, foi propagado, em 1985 pelo professor Essan El Hinnawi, do *Egyptian National Research Centre*, que todos os indivíduos forçados a deixar seu país de origem, seja de forma definitiva ou não, em decorrência de qualquer desastre natural deveriam ser identificados como “refugiados ambientais”<sup>23</sup>.

Segundo dados do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), desde a entrada do século XXI, mais de dois bilhões de pessoas foram afetadas por desastres naturais. Além disso, estima-se que desde 2008 cerca de 22,5 milhões de pessoas foram obrigadas a se retirar de seu território por esta mesma razão<sup>24</sup>. Face a isto, denota-se a importância de verificar se ONU possui mecanismos adequados para a resolução dessa problemática.

É pertinente observar a dicotomia que cerca as imigrações ambientais e as civis. Conforme o jornal O Globo, “a categoria de migrantes climáticos não é protegida pelo direito internacional, como são os refugiados de guerra”<sup>25</sup> o que demonstra uma tendência mundial a sobrevalorizar os interesses de um grupo em detrimento do outro.

## V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

<sup>22</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais**. Adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução N.º 2200-A (XXI), de 16 de Dezembro de 1966 Entrada em vigor: 3 de Janeiro de 1976, em conformidade com o artigo 27, p. 2. Disponível em: <[http://www.dge.mec.pt/sites/default/files/ECidadania/educacao\\_para\\_a\\_Defesa\\_a\\_Seguranca\\_e\\_a\\_Paz/do\\_cumentos/pacto\\_internacional\\_sobre\\_direitos\\_economicos\\_sociais\\_culturais.pdf](http://www.dge.mec.pt/sites/default/files/ECidadania/educacao_para_a_Defesa_a_Seguranca_e_a_Paz/do_cumentos/pacto_internacional_sobre_direitos_economicos_sociais_culturais.pdf)>. Acesso em 14 mai. 2019.

<sup>23</sup>SILVA, Carlos Augusto Silva da. **Brasil: Possibilidades do Instituto Jurídico dos Refugiados Ambientais no Contexto dos Direitos Humanos**. Revista Videre, vol. 5, N. 10 (2013), ISSN 2177-7837. Disponível em: <<http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/4061>>. Acesso em: 14 mai. 2019.

<sup>24</sup>ONU NEWS. **Pnuma lembra importância de mitigar efeitos das catástrofes naturais**. Perspectiva Global Reportagens Humanas. [online]. Publicado em 25 março 2019. Disponível em: <<http://news.un.org/pt/story/2019/03/1665481>>. Acesso em: 14 de mai. 2019.

<sup>25</sup>O GLOBO. **Desastres naturais forçam migrações de 60 mil por dia**. [online]. Atualizado em 04/10/2015 - 15:19. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/sustentabilidade/desastres-naturais-forcam-migracoes-de-60-mil-por-dia-17680284>>. Acesso em: 14 mai. 2019.

Em vias de conclusão, constata-se a carência de cooperação internacional, no que pertine ao acolhimento de refugiados ambientais. O fluxo destas pessoas tem sido cada vez mais frequente e desproporcionalmente maior ao que o país de acolhimento tem capacidade social e econômica para amparar.

Destarte, tendo em vista que a ONU consagra o princípio da não interferência nas questões internas dos países, cabe, portanto, o fomento de um diálogo global a fim de estabelecer um fundo mundial ambivalente de reparo à catástrofes ambientais — tanto em relação ao país afetado quanto em relação a situação dos indivíduos que nele se encontravam — uma vez que toda e qualquer nação, subdesenvolvida ou não, é passível de tais imprevisibilidades da natureza. Vale salientar, portanto, que o fato de priorizar o amparo de refugiados civis em detrimento dos ambientais demonstra incongruência aos princípios dos quais ela mesma se propôs a seguir.

Em suma, os problemas das guerras civis são *sui generis* ao sistema político do qual as nações se submetem voluntariamente (ou por alguma determinação interna), enquanto os relativos ao meio ambiente acontecem de forma holística, por ações humanas presentes em todo o planeta. Isto posto, nota-se a complexidade na promoção de paz, de forma isonômica, a ser promovida pela ONU em sociedade, visto que a própria DUDH consagra a igualdade entre todos<sup>26</sup>. Contudo, ela só será tangível com limites racionais acerca da responsabilidade de quem a deve promover.

## VI. REFERÊNCIAS:

AYALA, Patryck de Araújo. **O Novo Paradigma Constitucional e a Jurisprudência Ambiental no Brasil**. In Direito Constitucional Ambiental Brasileiro - 6ª Ed. Rev. Organizadores: CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho; LEITE, José Rubens Morato. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 428.

DIÁRIO DE NOTÍCIAS. **A exclusão de imigrantes e refugiados pode trazer novos riscos para a segurança**. [online]. Publicado em 13 nov. 2018, nº54628. Disponível em: < <https://www.dn.pt/edicao-do-dia/13-nov-2018/interior/a-exclusao-de-imigrantes-e-refugiados-pode-trazer-novos-riscos-para-a-seguranca-10151747.html> >. Acesso em: 14 mai. 2019.

DIÁRIO DE NOTÍCIAS. **Cientistas encontram provas de inundação lendária na China**. [online]. Publicado em 05 agosto 2016, às 16:03. Disponível em: < <https://www.dn.pt/sociedade/interior/cientistas-encontram-provas-de-inundacao-lendaria-na-china-5323436.html> >. Acesso em: 14 mai. 2019.

---

<sup>26</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos...** Op. Cit.

O GLOBO. **Desastres naturais forçam migrações de 60 mil por dia.** [online]. Atualizado em 04/10/2015 - 15:19. Disponível em: < <https://oglobo.globo.com/sociedade/sustentabilidade/desastres-naturais-forcam-migracoes-de-60-mil-por-dia-17680284> >. Acesso em: 14 mai. 2019.

ONU NEWS. **Pnuma lembra importância de mitigar efeitos das catástrofes naturais.** Perspectiva Global Reportagens Humanas. [online]. Publicado em 25 março 2019. Disponível em: < <https://news.un.org/pt/story/2019/03/1665481> >. Acesso em: 14 de mai. 2019.

ONU NEWS. **Saiba tudo sobre o Pacto Global para Migração. Perspectiva Global.** Perspectiva Global Reportagens Humanas. [online]. Publicado em 8 dezembro 2018. Disponível em: < <https://news.un.org/pt/story/2018/12/1650601> >. Acesso em: 14 de mai. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Carta das Nações Unidas.** Centro Regional de Informações das Nações Unidas (UNRIC). Disponível em: < <https://www.unric.org/pt/informacao-sobre-a-onu/12> >. Acesso em: 14 mai. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951).** Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). Disponível em: < [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf) >. Acesso em: 14 mai. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano.** Disponível em: < [www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/arquivos/estocolmo.doc](http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/arquivos/estocolmo.doc) >. Acesso em: 14 mai. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 217 (III) A. Paris, 1948. Disponível em: < <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/> >. Acesso em 14 mai. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais.** Resolução N.º 2200-A (XXI), de 16 de Dezembro de 1966 Entrada em vigor: 3 de Janeiro de 1976, em conformidade com o artigo 27. Disponível em: < [http://www.dge.mec.pt/sites/default/files/ECidania/educacao\\_para\\_a\\_Defesa\\_a\\_Seguranca\\_e\\_a\\_Paz/documentos/pacto\\_internacional\\_sobre\\_direitos\\_economicos\\_sociais\\_culturais.pdf](http://www.dge.mec.pt/sites/default/files/ECidania/educacao_para_a_Defesa_a_Seguranca_e_a_Paz/documentos/pacto_internacional_sobre_direitos_economicos_sociais_culturais.pdf) >. Acesso em 14 mai. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Refugiados.** Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). Disponível em: < <https://www.acnur.org/refugiados.html> >. Acesso em: 14 mai. 2019.

POMBO, Olga. **A vida de Sócrates.** [online]. Disponível em: < <http://www.educ.fc.ul.pt/docentes/opombo/hfe/momentos/escola/socrates/vidadesocrates.htm#frase1> >. Acesso em: 14 mai. 2019.

RAMOS, Érica Pires. **Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo Direito Internacional.** Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Direito. São Paulo, 2011. Disponível em: < [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/Refugiados\\_Ambientais.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/Refugiados_Ambientais.pdf) >. Acesso em: 14 mai. 2019, 08:12.

RIBEIRO, Kepler Gomes; MIRANDA, João. **A força político-normativa da nova agenda-ONU para as cidades : o mecanismo e a fundamentalidade da avaliação ambiental estratégica para a implementação do programa ONU-HABITAT III no Brasil.** Tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas (p.30). Disponível em: < <http://hdl.handle.net/10451/37478> >. Acesso em: 14 mai. 2019, 06:31.

SARLET, Ingo Wolfgang; FERNSTERSEIFER, Tiago. **Direito Ambiental – Introdução, Fundamentos e Teoria Geral**. Série Idp. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 317.

SILVA, Carlos Augusto Silva da. **Brasil: Possibilidades do Instituto Jurídico dos Refugiados Ambientais no Contexto dos Direitos Humanos**. Revista Videre, vol. 5, N. 10 (2013), ISSN 2177-7837. Disponível em : <http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/4061> . Acesso em: 14 mai. 2019.

SILVA, Vasco Pereira da. **Verde Cor de Direito: Lições de Direito do Ambiente**. 2. Reimp. Da Ed. De fev. 2002. Coimbra: Almedina, 2002. pp. 21-23.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 70.

THE WALL STREET JOURNAL. **Humanitarian Disaster Grows in Southern Africa After Cyclone**. [online]. Atualizado em 20 de março de 2019 7:47. Disponível em: < [https://www.wsj.com/articles/humanitarian-disaster-grows-in-southern-africa-after-cyclone-11553104670?mod=djem\\_Frontiers](https://www.wsj.com/articles/humanitarian-disaster-grows-in-southern-africa-after-cyclone-11553104670?mod=djem_Frontiers) >. Acesso em: 14 mai. 2019.



# NORMA DE *JUS COGENS* E A RELEVÂNCIA DA SUA OBSERVAÇÃO E APLICAÇÃO EM ÂMBITO NACIONAL: UMA ANÁLISE PAUTADA NO REGIME MILITAR BRASILEIRO (1964-1985)

Amanda Viegas Spaller<sup>1</sup>

**RESUMO:** A presente pesquisa tem como objetivo principal a observação e aplicação da norma de *jus cogens* nos crimes internacionais ocorridos em âmbito nacional. Refere-se aqui especificamente nos crimes ocorridos no Estado brasileiro durante o período conhecido como “Regime Militar”, os quais podem ser configurados como crimes contra a humanidade. A experiência ditatorial ocorrida entre 1964 a 1985, deixou o espaço político brasileiro e o direito nacional marcados pela negação da verdade, pelo esquecimento da memória, e pela distorção da temporalidade do Direito, sobretudo, no que tange à repressão de direitos fundamentais, censura e perseguição políticas e, especialmente no que concerne a (não) observação e (não) aplicação das normas de *jus cogens*. As violações de norma *jus cogens* pelo Estado brasileiro são ainda analisadas perante a sociedade internacional, visto que os crimes contra a humanidade são objetos previstos em tratados internacionais. Como principal conclusão, o que se tem é que apesar da doutrina ainda não possuir um posicionamento concreto sobre sua aplicação, sua existência é de suma importância quando são elencadas de maneira hierárquica no ordenamento jurídico tanto nacional como internacional. Por fim, a pesquisa busca utilizar-se análise qualitativa e teórica do momento ditatorial no Brasil e consequentemente das normas imperativas do direito.

**Palavras-chave:** *jus cogens*. Regime Militar. Lei de Anistia.

## INTRODUÇÃO

Norma de *jus cogens*, são normas imperativas do Direito, aquelas impostas em uma ordem jurídica, e não se discutem. Em latim significa dizer que são leis coercitivas ou imperativas, e é um instrumento utilizado em âmbito de direito internacional, com aplicação direta para o direito interno dos Estados membros signatários de tratados internacionais, sendo impossível ser anulada devido o conteúdo de sua matéria.

O período ditatorial na história recente da nação brasileira, compreendido entre 1964 e 1985, representa um marco em nossa trajetória democrática. A experiência ditatorial deixou o espaço político brasileiro e o direito nacional marcados pela negação da verdade, pelo esquecimento da memória, e pela distorção da temporalidade do Direito, sobretudo, no

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito na área de Poder, Estado e Jurisdição pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER) com bolsa integral concedida pelo Programa de Pós-Graduação (PPGD), sob a orientação do Professor Doutor Alexandre Coutinho Pagliarini. Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Academia de Direito Constitucional (ABDConst). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Dom Bosco (UniDomBosco). Graduada em *English as Second Language* pela Westchester Community College – State University of New York. Advogada. E-mail: [amandaspaller@hotmail.com](mailto:amandaspaller@hotmail.com).

que tange à repressão de direitos fundamentais, censura e perseguição políticas e, especialmente no que concerne ao jurista, em seu maquinário jurídico-constitucional. Nesse momento da história entra a validade da aplicação da norma de *jus cogens*, concluindo, portanto que o Estado brasileiro violou em grandes proporções tal norma.

A (auto)anistia, instituída pela Lei nº 6.683/1979, que em seu apelo a uma transição pacífica, ao conceder anistia aos considerados criminosos políticos pelo regime militar, bem como a seus algozes, acabou por deixar as violações do regime totalitário, seus crimes políticos e eleitorais, no escuro. A falta de investigações e punições dos crimes perpetrados pelo regime e sancionada pela Constituição de 1988, bem como pela compreensão de sua compatibilidade normativa operada entre nós, pelo Supremo Tribunal Federal, colaboraram para a (não-)efetividade de uma concepção qualquer de justiça transicional. Estas etapas essenciais à reconciliação nacional foram impossibilitadas por um acordo que joga no esquecimento as perversidades praticadas pelos agentes estatais durante o regime de exceção, negando a própria centralidade da dignidade humana.

Em tempo, está-se a violar, também, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, mergulhando a reconciliação nacional, o sentido do Direito, e a ferida aberta política brasileira, no jogo de competências e conflitos normativos internacionais. É frente a este complexo espaço-temporal – entre os direitos fundamentais daqueles que foram não só torturados, mas esquecidos, entre a transição parcial e progressiva e a reivindicação democrática da verdade que traz de volta um tempo que é outro, ou entre a jurisdição nacional e transnacional – que se encontra o nosso problema.

## **1. A RELEVANCIA DA APLICAÇÃO DA NORMA DE *JUS COGENS***

A maior dificuldade que se tem quando fala-se em norma de *jus cogens*, é a sua conceituação. A doutrina e a jurisprudência, tanto nacional como internacional, a conceituam como uma norma referente ao direito internacional, e que através de conflitos internacionais, houve sua concepção para que houvesse uma maior efetividade de cumprimentos das normas pelos Estados. Sua proteção ganhou destaque do direito internacional pois quando violada, sua gravidade é significativamente relevante e ofende os princípios mais fundamentais da sociedade internacional.

Existe uma hierarquia das mais ou menos importantes normas do ordenamento jurídico nacional e internacional, gerando uma espécie de constituição. Logo, a norma de *jus cogens*, pela sua importância, encontra-se no topo da estrutura normativa internacional,

comparando-se as cláusulas pétreas da Constituição Federal do Brasil de 1988, as quais não podem ser modificadas, tampouco excluídas pelo ordenamento jurídico pátrio.

Salem Hikmat Nasser, faz importante explanação referente a hierarquia internacional, tendo como foco o *jus cogens*:

Todas essas noções – direito internacional geral, ou mesmo universal, obrigações *erga omnes*, crimes de direito internacional, ou graves violações de obrigações essenciais, uma constituição para a sociedade internacional, a ordem pública internacional e, de modo mais geral, a questão da hierarquia normativa – encontram-se de algum modo conectadas a um conceito central do direito internacional contemporâneo: o *jus cogens*. (2005, p. 161).

Entende-se através da explanação do autor, a característica *erga omnes*, é uma das principais funções da norma *jus cogens*, pois possui validade para todos. Conforme escreveram, VALADARES e SPALLER (2017, p.16): “A característica *erga omnes* é válido para todas as normas *jus cogens*, porém nem toda norma de *jus cogens* é uma regra *erga omnes*.”. Ainda a norma de *jus cogens* possui um caráter proibitivo, um caráter excepcional porque atinge a limitação da liberdade de contratação entre os Estados. “Portanto, neste sentido, a autonomia dos Estados encontra-se limitada e as regras de *jus cogens* podem ser consideradas absolutas e universais” (2017, p.16). Não obstante, a norma *jus cogens* não abrange somente a proibição dos crimes internacionais, mas também violações de obrigações as quais violam o direito, a paz e a autodeterminação dos povos.

## **2. NORMA DE *JUS COGENS* E O PERÍODO DITATORIAL NO ESTADO BRASILEIRO**

Os anos de ditadura militar no Brasil (1964-1985), foram marcados pelas atrocidades ocorridas para aqueles que se envolviam ou se expressavam contra, ou apenas não concordavam com o regime da época. As práticas de torturam persistiam em espancamentos, choques elétricos e afogamento, práticas estas que levaram pessoas à morte. Em que pese muitos militares também terem passados por violações de direitos fundamentais, a sociedade civil, foi a mais atingida. Desta forma, citam CHUERI e CÂMARA:

A Ditadura Civil-Militar, já com a retirada do Presidente João Goulart, coloca em funcionamento ao mesmo tempo um maquinário jurídico (supra-)constitucional e um regime de exceção

que nos marcam ainda hoje. Esta sobreposição de tempos, ou a sua negação, é precisamente o que nos permite identificar a falta constitutiva da memória, e que nos exige a sua recuperação: é através da sobreposição entre o passado e o presente que poderemos pensar a reconstrução de “memórias de resistência”. (2015, p. 95).

Para o jurista, é no papel do direito na sustentação do regime de exceção, bem como no continuado esquecimento da história, que se esconde o lema da contínua problemática da efetivação dos direitos fundamentais, da disputa pelo sentido da democracia constitucional, e de um Direito comprometido com a dignidade humana, sem, no entanto, ter vindo a termo com seu passado repressivo. A chancela do Direito às práticas repressivas ditatoriais, configuraria assim uma “permanente e continuada injustiça” que o Direito ainda hoje perpetua. Resta claro que nesse período da história brasileira, entra a validade da aplicação da norma de *jus cogens*, concluindo se, portanto que o Estado brasileiro violou em grandes proporções tal norma.

Neste viés, interessante se faz a análise de PIOVESAN:

O cumprimento das obrigações internacionais de proteção requer o concurso dos órgãos internos do Estado, os quais são chamados a aplicar as normas internacionais; estas últimas se aplicam sobretudo no âmbito do ordenamento jurídico interno dos Estados, não mais portanto se justificando que no presente domínio de proteção do direito internacional e o direito interno continuem sendo abordados de forma estanque ou compartimentalizada, como o foram outrora. (2015, p. 64).

O Estado brasileiro tentou levar ao esquecimento os fatos ocorridos naquele momento. Contudo, as violações das obrigações internacionais e de direitos humanos durante o período ditatorial no Brasil não deixaram de existir com a criação da Lei da Anistia. A Lei de Anistia nº 6.863 de 1979 e a Lei 9.140 de 1995 – que reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979- acabaram por fechar o horizonte histórico e o debate sobre o terrorismo de Estado e a prática de torturas e desaparecimentos forçados, questões estas que estão necessariamente no centro de uma recuperação da memória. O desaparecimento forçado de pessoas é tido como crime contra a humanidade, e está expresso nos estatutos dos principais tribunais internacionais estabelecidos no pós guerra.

Norma De *Jus Cogens* e a Relevância da sua Observação e Aplicação Em Âmbito Nacional: Uma Análise Pautada no Regime Militar Brasileiro (1964-1985)

Conforme citam CHUERI e CÂMARA (2010, p. 260) “A Lei de Anistia, aprovada em meio à repressão política e à violência institucional do regime militar, marca um esquecimento enquanto assume os trejeitos de uma legislação excepcional em meio a, já frágil, estrutura constitucional brasileira”, não refletia a vontade popular, apesar dos esforços à época – e retomados entre nós quando da discussão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 – de construir este ato legislativo como produto de um debate popular (de um pré-compromisso com participação ativa da sociedade civil):

(...) decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 153, em 29 de abril de 2010, manteve a interpretação de que a Lei de Anistia de 1979 (Lei n. 6.683/79) teria assegurado anistia ampla, geral e irrestrita, alcançando tanto as vítimas como os algozes. O argumento central é que a Lei da Anistia teria sido expressão de um acordo político, de uma conciliação nacional, envolvendo ‘diversos atores sociais, anseios de diversas classes e instituições políticas’. (PIOVESAN, 2014, p. 68).

No entanto, CHUERI e CÂMARA, (2010, p.276) “a referida lei seria mais facilmente qualificada como um produto da “abertura lenta e gradual” à democracia ensaiada pelo regime totalitário; tratava-se de um instrumento legislativo “coerente com a controlada abertura do ‘processo revolucionário’”, inscrita na característica desordem constitucional daquele regime. Prevaleceu, nas palavras de PINHEIRO, uma “contrafação histórica”:

(...) a lei de anistia não foi produto de acordo, pacto, negociação alguma, pois o projeto não correspondia àquele pelo qual a sociedade civil, o movimento de anistia, a OAB e a heróica oposição parlamentar haviam lutado. Houve o Dia Nacional de Repúdio ao projeto de Anistia do Governo e manifestações e atos públicos contrários à lei – que, ao final, foi aprovada por 206 votos da Arena (partido da ditadura) contra 201 votos do MDB (oposição). (2010, p. 172).

Tratava-se não apenas de uma Lei de Anistia, mas de uma Lei de Anistia ampla, geral e irrestrita, que configurava efetivamente uma autoanistia, garantindo a impunidade aos agentes de Estado que torturaram e assassinaram cidadãos brasileiros. O que se percebe no presente caso, é que a validade da Lei da Anistia é colocada em questão a hierarquia da norma interna do Estado. Kelsen, traz ainda uma importante posição de deveres do Estado diante o direito internacional:

A imposição de deveres e a atribuição de direitos ao Estado pelo Direito internacional têm o mesmo caráter que a imposição de obrigações e a atribuição de direitos a uma corporação pela ordem jurídica do Estado singular. O Estado é uma pessoa jurídica e as normas do Direito internacional, através das quais são impostas obrigações e são atribuídos direitos aos Estados enquanto tais, são normas imperfeitas, normas carecidas de complementação. (1998, p. 228).

As normas impostas ao Estado pelo direito internacional, determinam o componente material e não o da conduta humana, que são determinadas pelo conteúdo. Elas apenas alertam ao Estado do comportamento humano obtido, e alertam sobre a atuação de ação ou omissão sobre determinado comportamento. Logo, resta claro a importância da aplicação da norma de *jus cogens* pelo Estado brasileiro, não apenas naquele período de ditadura, mas em todos os momentos de concretização e proteção dos direitos fundamentais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de todo o estudo realizado da norma de *jus cogens* e ser inquestionável sua posição frente das demais normas de direito interno e direito internacional, vários são os Estados que não observam e não se atentam para a relevância tanto nacional como internacional para a aplicação da norma de *jus cogens*. Conforme já mencionado, a experiência ditatorial deixou o espaço político brasileiro e o direito nacional marcados pela negação da verdade, pelo esquecimento da memória, e pela distorção da temporalidade do direito, sobretudo, no que tange à repressão de direitos fundamentais, censura e perseguição políticas e, especialmente no que concerne ao jurista, em seu maquinário jurídico-constitucional.

Resta claro que o advento da Lei da Anistia, causou problemática na (des)ordem constitucional e na transição democrática. A flexibilização e temporalidade da lei penal, e a sobreposição de jurisprudências nacionais e transnacionais, o direito à verdade e à memória avançam gradualmente, para a efetivação da justiça e dos direitos fundamentais, e é de suma importância o papel dos juristas na reativação da memória. O sentimento que se possui até os dias atuais, é de impotência e inefetividade dos direitos humanos, visto que não há dúvidas que o Brasil, violou normas que além de serem internas, também são de âmbito internacional.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Marco Antônio Rodrigues; VANNUCHI, Paulo. *Resgate da memória e da verdade: um direito de todos*. In: SOARES, Inês Virgínia Prad; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.). **Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 57 e ss.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º153/2010**. Relator Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>.

Acesso em: 25 nov.2017. A referida ADPF, proposta pela Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, em 2008, indagava quanto a recepção do parágrafo 1 do art. 1 da Lei 6.683 de 1979, conhecida como Lei de Anistia, pela Constituição de 1988, o que reabriu o debate jurídico e político quanto à responsabilização criminal dos agentes estatais durante o regime militar, e não menos quanto ao conjunto de processos característicos da justiça transicional no caso brasileiro.

CHUEIRI, Vera Karam de; CÂMARA, Heloísa Fernandes. (Des)ordem constitucional: engrenagens da máquina ditatorial no Brasil pós-64. **Lua Nova**, v. 95, 2015.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Blake Vs. Guatemala**. Sentencia de 24 de enero de 1998. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_36\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf)> . Acesso em 20 de março de 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6º ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1998.

Nações Unidas no Brasil. **A Carta das Nações Unidas**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/cap16/>> . Acesso em 20 de março 2016.

NASSER, Salem Hikmat. **Jus Cogens, Ainda Desconhecido**. Revista Direito GV/FGV DIREITO SP, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9658/Salem%20Hikmat%20Nasser.pdf?sequence=1>> . Acesso em 20 de março 2016.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. **O STF de costas para a humanidade**. Folha de São Paulo, São Paulo, 5 de maio 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0505201008.htm>> *apud* PIOVESAN, Flávia. Leis da anistia, direito à verdade e à justiça: impacto do sistema interamericano e perspectivas da justiça de transição no contexto sul-americano. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, v. 9(1), 2014, p. 68. Note-se que Vera Karam de Chueiri e Heloísa Câmara nos oferecem um placar minimamente divergente, de 206 votos pela aprovação, e 202 votos contra, nestes incluídos 15 membros da Arena; neste sentido, ver CHUEIRI, Vera Karam de; CÂMARA, Heloísa Fernandes. (Des)ordem constitucional: engrenagens da máquina ditatorial no Brasil pós-64. **Lua Nova**, v. 95, 2015, p. 278. Ver também REIS, Daniel Aarão. Ditadura, anistia e reconciliação. **Estudos Históricos (Rio de Janeiro)**, v. 23(45), Rio de Janeiro, 2010, p. 172.

PIOVESAN, Flávia. **A Constituição de 1988 e os Tratados Internacionais**. Doutrinas Essenciais Direitos Humanos. Organizadoras: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Marcia. Volume VI, Proteção Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15º ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.

PIOVESAN, Flávia. Leis da anistia, direito à verdade e à justiça: impacto do sistema interamericano e perspectivas da justiça de transição no contexto sul-americano. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, v. 9(1), 2014, p. 68.

RODAS, João Grandino. **Jus Cogens em Direito Internacional**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66736/69346>>. Acesso em 13 de mai. 2019.

SHAW, Malcolm N. **International Law**. 6º ed. Cambridge. Ed. Cambridge University Press. 2008.

Norma De *Jus Cogens* e a Relevância da sua Observação e Aplicação Em Âmbito Nacional: Uma Análise Pautada no Regime Militar Brasileiro (1964-1985)

TELES, Edson Luis de Almeida. **A Anistia e os Crimes Contra a Humanidade.** Doutrinas Essenciais Direitos Humanos. Organizadoras: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Marcia. Volume VI, Proteção Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2011.

VALADARES, Ana Cristina Zadra; SPALLER, Amanda Viegas. ***Jus Cogens: Sua aplicação no Direito Internacional e as Consequências para o Direito Interno.*** Revista Dom Acadêmico. Curitiba, v.2, n.1, p. 12-26, jan./jun. 2017. Disponível em: <<http://domacademico.unidombosco.edu.br/index.php/domacademico/article/view/26/25>> Acesso em 28 de jun. 2019.



# A QUESTÃO DA POSIÇÃO HIERÁRQUICA-NORMATIVA DOS TRATADOS QUE VERSAM SOBRE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Jucimar Rodrigues De Sousa<sup>1</sup>

**RESUMO:** Pode-se dizer que, dentro do direito internacional, o estudo das relações entre os tratados e o ordenamento interno se afigura como um dos mais difíceis de compreender e a controvérsia reside no fato de saber qual norma prevalecerá em havendo um conflito entre a norma internacional e a norma interna, pois cada país regula, de forma individual, a incorporação do tratado ao seu sistema jurídico interno, respeitando as suas soberanias. Em face da crescente valorização dos direitos humanos em âmbito mundial, com normas supranacionais adentrando em diversos ordenamentos jurídicos, necessário se faz verificar o nível hierárquico normativo do status de tais normas. O objetivo do trabalho foi verificar a hierarquia dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica interna brasileira. A base de estudo foi concentrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas doutrinas que tratam do assunto. Por falta de regramento exposto na Constituição, inicialmente esses tratados foram alocados na mesma posição das leis internas infraconstitucionais. Mas esse entendimento não era unânime, pois parte da doutrina entendia que o § 2.º no art. 5.º da Constituição brasileira garantia ao menos o status material constitucional dos tratados que versassem sobre direitos humanos. Com a inserção do § 3.º no art. 5.º da Constituição, adveio a possibilidade daqueles tratados se tornarem formalmente equivalentes às emendas constitucionais. A dúvida que pairou foi sobre aqueles que não obtivessem o quórum ali estabelecido. Será que ficariam no patamar das normas infraconstitucionais? De acordo com a atual orientação do STF tais tratados possuem hierarquia supralegal, porém abaixo da Constituição, independentemente se são anteriores ou posteriores à emenda. Uma característica primordial no ordenamento é conferir, quando do choque entre normas de igual hierarquia, a centralidade dos interesses da pessoa humana, visando privilegiar aquela que mais amplia o gozo de um direito, de uma liberdade ou de uma garantia.

**Palavras-chave:** Tratados; Direitos Humanos; Legislação Brasileira

**ABSTRACT:** It may be said that, under international law, the study of relations between treaties and domestic law seems to be one of the most difficult to understand, and the controversy lies in the fact of knowing which rule will prevail in the event of a conflict between the international norm and the internal norm, since each country regulates, individually, the incorporation of the treaty to its internal legal system, respecting its sovereignties. In view of the growing appreciation of human rights worldwide, with supranational norms entering different legal systems, it is necessary to verify the hierarchical level of the normative status of such norms. The objective of this study was to verify the hierarchy of human rights treaties in the Brazilian domestic legal order. The study base was concentrated in the jurisprudence of the Federal Supreme Court and in the doctrines that deal with the subject. Because of the lack of a rule expressed in the Constitution, initially these treaties were allocated in the same position of the infraconstitutional internal laws. But

---

<sup>1</sup> Graduando da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios (UFRRJ/ITR). Email: [jucimarrodrigues@hotmail.com](mailto:jucimarrodrigues@hotmail.com)

this understanding was not unanimous, since part of the doctrine understood that § 2º in art. 5 of the Brazilian Constitution guaranteed at least the constitutional material status of treaties dealing with human rights. With the insertion of § 3º in art. 5 of the Constitution, the possibility arose of those treaties becoming formally equivalent to constitutional amendments. The question that lingered was over those who did not get the quorum there. Would they be on the threshold of infra-constitutional standards? According to the current orientation of the STF such treaties have hierarchy supralegal, but below the Constitution, regardless if they are before or after the amendment. A central feature of the order is to confer, when the rules of the same hierarchy are in conflict, the centrality of the interests of the human person, in order to privilege the one that most extends the enjoyment of a right, a freedom or a guarantee.

**Key words:** Treated; Human Rights; Brazilian Legislation

## 1. INTRODUÇÃO

Há dentro do ordenamento jurídico de cada nação uma espécie de hierarquia de normas. Tal sistema hierárquico existe, e deve existir, como uma forma de resolução de conflitos. Estruturar essa ordem hierárquica é tema de fundamental relevância para evitar que o ordenamento entre em colapso. E isso não só deve ser considerado em relação às ordens internas, mas inclui-se as ordens internacionais, quando ratificadas e internalizadas, crescendo de importância diante da crescente relação entre os países num mundo em constante integração. Para compreender melhor o fenômeno, imagine-se um caso em que ambos os ordenamentos, nacional e internacional, disciplinem de maneira diferente a mesma situação jurídica, qual deles deverá prevalecer?

A questão não demonstra fácil resolução para os países monistas. Esses Estados não apresentam um regramento uniforme e universal, acarretando divisão entre nacionalistas, internacionalistas e moderados. Mesmo que a jurisprudência internacional defenda unanimemente a primazia do direito Internacional sobre o direito interno dos Estados, a sociedade internacional contemporânea vê cada um de seus integrantes ditar, no que lhe concerne, as regras de composição entre o direito internacional e o de produção doméstica. Resulta que para o Estado a Constituição nacional, vértice do ordenamento jurídico, é a sede de determinação da estatura da norma expressa em tratados.

No Brasil, que segue a doutrina monista, existem divergências no que diz respeito aos status normativos dos tratados. Inicialmente, a legislação os classificou, por um longo período de tempo, indistintamente, até que a uma emenda constitucional de 2004<sup>2</sup> veio fazer-lhes separação, entre os que versam sobre direitos humanos e os tradicionais que não tratam do assunto, determinando certo posicionamento hierárquico para aqueles e permanecendo

---

<sup>2</sup> EC nº45/2004, Art. 5º, §3º. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm) Acesso em 2 maio de 2019

omissa quanto a estes, deixando ao encargo da doutrina e da jurisprudência a solução para o dilema.

Importa frisar que, em âmbito nacional, na falta de completude legislativa, quem tem dado a última palavra sobre esse escalonamento é o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição.

O objetivo do presente trabalho é discorrer sucintamente sobre as diferentes teses que lecionam acerca do status hierárquico normativo pelos quais podem ser classificados os tratados que versam sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro e esclarecer o atual estruturamento hierárquico pelos qual são situadas as referidas normas. Para isso foi adotado um método de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. O interesse pelo tema se demonstra pelo destaque que os direitos humanos atingem internacionalmente, sendo apropriado uma constante verificação para averiguar se não estão sendo esmaecidos pelas legislações pátrias.

O primeiro item dissertará da interpretação que prega a equiparação dos tratados as leis ordinárias nacionais.

O segundo item discorrerá sobre aqueles que defendem sua posição de igualdade com a norma fundamental – a Constituição Federal.

O terceiro item tratará sobre a classificação supraconstitucional dos tratados.

Por fim, o último item apresentará o posicionamento intermediário, ou seja, dos que colocam os tratados numa posição de supralegalidade e infraconstitucionalidade.

## **2. A POSIÇÃO HIERÁRQUICA-NORMATIVA DOS TRATADOS QUE VERSAM SOBRE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

### **2.1 Status de lei ordinária aos tratados**

Como dito alhures, antes da emenda constitucional nº45/2004, os tratados em geral eram classificados no mesmo nível, sem qualquer distinção entre aqueles que tratam de direitos humanos ou não. No que dizia respeito a posição hierárquica do direito internacional com relação ao direito interno infraconstitucional, a doutrina brasileira sempre esteve dividida. Ao passo que uma corrente sustenta a supremacia do direito internacional, outra adota a teoria da paridade entre as normas internacionais e a legislação interna.

O sistema paritário, o qual equipara juridicamente o tratado à lei federal, vigora na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) desde 1977, quando do julgamento pelo

## A Questão da Posição Hierárquica-Normativa dos Tratados que Versam Sobre Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Supremo do Recurso Extraordinário nº 80.004<sup>3</sup>. Na ocasião, a conclusão que chegou o STF no julgamento citado foi a de que dentro do sistema jurídico brasileiro, em que tratados e convenções guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado, a normatividade dos tratados permite, no que concerne à hierarquia das fontes, situá-los no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as leis internas.

Nessa hipótese, a solução para o possível conflito entre as normas seria utilizar o velho princípio “lei posterior revoga lei anterior” - *lex posterior derogat legi priori* -, ou seja, uma norma interna superveniente poderia revogar tratado em vigor, salvo as exceções quando se tratar de direito tributário.

Entendeu a exegese majoritária que, faltante na Constituição do Brasil norma expressa que garantisse privilégio hierárquico do tratado sobre as leis do parlamento, era inevitável que a justiça sobrepusesse a autoridade da mais recente das normas, porque paritária sua estatura no ordenamento jurídico.

Sobre a superioridade da Constituição, bem deixou registrado o Supremo Tribunal Federal ao examinar a questão:

Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b)<sup>4</sup>.

Além do mais, a Constituição brasileira de 1988 é do tipo rígida, e essa característica se eleva à condição de princípio constitucional. O princípio da rigidez inspirou a recusa pelo STF em equiparar hierarquicamente com a Constituição os tratados de direitos humanos, os quais são aprovados por maioria simples no processo ordinário de votação no Congresso Nacional.

### 2.2 Status constitucional aos tratados de direitos humanos

Consolida o §2º do artigo 5º da Carta Magna que: os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> RE N° 80.004 – SE Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>, Acesso em 2 maio de 2019

<sup>4</sup> RHC 79.785/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 22-11-2002, pág. 2 Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661> Acesso em 2 maio de 2019

<sup>5</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, §2º, Art. 5º.

## A Questão da Posição Hierárquica-Normativa dos Tratados que Versam Sobre Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro

A tese do tópico em análise entende o parágrafo acima como uma cláusula aberta de recepção constitucional de outros direitos enunciados em tratados de direitos humanos subscritos pelo Brasil.

Com efeito, sobre essa hipótese, o problema da força normativa no plano interno tem sido objeto de intensa discussão doutrinária e mesmo jurisprudencial. Numa primeira interpretação, parece viável concluir que os direitos oriundos das regras internacionais – embora não tenham sido formalmente consagrados no texto da Constituição – se aglutinam à Constituição material e, por esta razão, acabam tendo status equivalente. Caso contrário, a regra do art. 5.º, § 2.º, teria o seu sentido parcialmente desvirtuado. Não fosse assim, teoricamente não haveria diferença (ao menos sob o aspecto da hierarquia das normas) entre qualquer outra regra de direito internacional incorporada ao direito nacional e os direitos humanos fundamentais consagrados nos textos internacionais.

Levando em consideração uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição brasileira, muitos autores compreendem que ao possibilitar a incorporação de novos direitos por meio de tratados, a Constituição estaria a atribuir a esses diplomas internacionais a hierarquia de norma constitucional.

A obra de Ingo Sarlet, Luiz Marinoni e Daniel Mitidiero<sup>6</sup>, expõe esse raciocínio concluindo:

Assim, à luz dos argumentos sumariamente esgrimidos e de acordo com prevalente orientação doutrinária, verifica-se que a tese da equiparação (por força do disposto no art. 5.º, § 2.º, da CF) entre os direitos humanos localizados em tratados internacionais, uma vez ratificados, e os direitos fundamentais sediados na Constituição formal é a que mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional, constituindo, ademais, pressuposto indispensável à construção e consolidação de um autêntico direito constitucional internacional dos direitos humanos, resultado da interpenetração cada vez maior entre os direitos fundamentais constitucionais e os direitos humanos dos instrumentos jurídicos internacionais. (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2018, p.361)

A hierarquia constitucional seria assegurada somente aos tratados de proteção dos direitos humanos, tendo em vista seu caráter especial em relação aos tratados comuns que possuem apenas estatura infraconstitucional.

---

<sup>6</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018, p.361.

Para essa tese, eventuais conflitos entre o tratado e a Constituição devem ser resolvidos pela aplicação da norma mais favorável à vítima, titular do direito.

### 2.3 Status supraconstitucional dos tratados em matéria de direitos humanos

Celso de Albuquerque Mello<sup>7</sup> é um dos defensores da preponderância dos tratados de direitos humanos relativamente às normas constitucionais, que não teriam, no seu entender, poderes revogatórios em relação às normas internacionais. Em outras palavras, nem mesmo emenda constitucional teria o condão de suprimir a normativa internacional subscrita pelo Estado em tema de direitos humanos.

Essa corrente é minoritária no Brasil e seus seguidores consideram que, levando-se em conta toda a principiologia internacional marcada pela força expansiva dos direitos humanos e pela sua caracterização como normas de jus cogens internacional, elevada estará às normas internacionais de direitos humanos sobre as constituições estatais.

Nas nações europeias é importante mencionar a abertura institucional para ordens supranacionais consagrada em diversos textos constitucionais (cf., o art. 24 (1) da Constituição alemã<sup>8</sup>; o art. 11 da Constituição italiana<sup>9</sup>; os arts. 8º e 16 da Constituição portuguesa<sup>10</sup>; os arts. 9º(2) e 96 (1) da Constituição espanhola<sup>11</sup>).

### 2.4 Status de supralegalidade aos tratados que versam sobre direitos humanos

Em virtude das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais existentes até então no Brasil, e com o intuito de pôr fim às discussões relativas à hierarquia dos tratados de direitos

---

<sup>7</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque, o § 2º do art. 5º da Constituição Federal, in Ricardo Lobo Torres (org.), **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.25.

<sup>8</sup> Art. 24 (1) “A Federação pode transferir direitos de soberania para organizações interestatais, por meio de lei.” Disponível em <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf> Acesso em 11 de maio de 2019

<sup>9</sup> O art. 11 da Constituição italiana preceitua que a Itália “consente, em condições de reciprocidade com outros Estados, nas limitações de soberania necessárias a uma ordem asseguradora da paz e da justiça entre as Nações”. Disponível em [https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST\\_PORTOGHESE.pdf](https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf) Acesso em 11 de maio de 2019

<sup>10</sup> Art. 8º (1) “As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português.” Art. 16 (1) os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/PAGINAS/CONSTITUICAOREPUBLICAPORTUGUESA.ASPX> Acesso em 11 de maio de 2019

<sup>11</sup> Art. 9º (2) “As normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que a Constituição reconhece se interpretarão de conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificadas pela Espanha”.

Art. 96 (1) “os tratados internacionais, logo que publicados oficialmente na Espanha farão parte da ordem interna espanhola”. Disponível em <http://autodesarrollate.blogspot.com/2013/05/constituicao-espanhola-de-1978.html> Acesso em 11 de maio de 2019

humanos no ordenamento jurídico pátrio, a emenda constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, acrescentou um parágrafo subsequente ao § 2º do art. 5º da Constituição, que diz: 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 à emenda constitucional.<sup>12</sup>

Pois bem, com isso admite-se a hipótese dos tratados de direitos humanos adquirirem hierarquia constitucional, desde que observado o procedimento previsto no parágrafo 3º, artigo 5º da CF. E referente aos que não lograssem o êxito ali previsto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343- SP<sup>13</sup>, em dezembro de 2008, modificou o seu posicionamento acerca de sua hierarquia. O Supremo entendeu, majoritariamente, que esses tratados, antes equiparados às normas ordinárias federais, apresentam status de norma supralegal, isto é, estão acima da legislação ordinária, mas abaixo da Constituição o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.

Como bem salientou o Ministro Gilmar Mendes<sup>14</sup>, em seu voto: Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção da pessoa humana.

Segundo explana Alexandre de Moraes<sup>15</sup>:

Essa alteração de posicionamento permitiu ao Supremo Tribunal Federal garantir verdadeira evolução na proteção dos direitos humanos fundamentais, com a elevação de importância de diplomas internacionais concretizadores de plena eficácia dos direitos humanos fundamentais, por meio de normas gerais internacionais tuteladoras de bens da vida primordiais (dignidade, vida, segurança, liberdade, honra, moral, entre outros) e previsões de instrumentos políticos e jurídicos de implementação dos mesmos em face de todos os Estados Soberanos. (MORAES, 2017, p. 93)

---

<sup>12</sup> §3º, art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>13</sup> RE466.343- 1 /SP do STF. Disponível em <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf> Acesso em 11 de maio de 2019

<sup>14</sup> Voto-vista do Min. Gilmar Mendes no RE466.343- 1 /SP do STF, p. 14

<sup>15</sup> MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 93.

## A Questão da Posição Hierárquica-Normativa dos Tratados que Versam Sobre Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Com relação aos tratados de direitos humanos acolhidos como normas supralegais, encontram-se localizados acima da legislação ordinária, mas, em caso de conflito com a Constituição, prevalecerão as normas constitucionais.

Vale o registro de precedentes do Supremo Tribunal Federal, posteriores à EC nº 45/2004, atribuindo status normativo supralegal, mas infraconstitucional, aos tratados de direitos humanos: HC 88.240<sup>16</sup>, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 24-10-2008 e RE 349.703-1<sup>17</sup>, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 03-12-2008.

Entretanto, para o eminente internacionalista Valério O. Mazzuoli<sup>18</sup> esse entendimento é prejudicial para o ordenamento, nas suas palavras:

A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos não aprovados por maioria qualificada (defendida, v.g., pelo Min. Gilmar Mendes, no RE466.343- 1 /SP) peca por desigualar tais instrumentos em detrimento daqueles internalizados pela dita maioria, criando uma "duplicidade de regimes jurídicos" imprópria para o atual sistema (interno e internacional) de proteção de direitos, uma vez que estabelece "categorias" de tratados que têm o mesmo fundamento ético. E esse fundamento ético lhes é atribuído não pelo Direito interno ou por qualquer poder do âmbito interno (v.g., o Poder Legislativo), mas pela própria ordem internacional da qual tais tratados provêm. Ao criar as "categorias" dos tratados de nível constitucional e supralegal (caso sejam ou não aprovados pela dita maioria qualificada), a tese da supralegalidade acabou por regular instrumentos iguais de maneira totalmente diferente (ou seja, desigualou os "iguais"), em franca oposição ao princípio constitucional da isonomia. Daí ser equivocado alocar certos tratados de direitos humanos abaixo da Constituição e outros (também de direitos humanos) no mesmo nível dela, sob pena de se subverter toda a lógica convencional de proteção de tais direitos, a exemplo daquela situação em que um instrumento acessório teria equivalência de uma emenda constitucional, enquanto que o principal estaria em nível hierárquico inferior. (MAZZUOLI, 2015, pág. 414)

Apesar da crítica, esse posicionamento é o último decidido pela suprema corte o qual é atribuído atualmente aos tratados de direitos humanos vigentes na ordem jurídica brasileira.

---

<sup>16</sup> Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557269> Acesso em 11 de maio de 2019

<sup>17</sup> Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406> Acesso em 11 de maio de 2019

<sup>18</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9. Ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 414.



### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vislumbra-se que o mundo moderno exige a primazia do direito internacional sobre o direito interno, de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção do ser humano. Felizmente as nações têm caminhado nessa direção. Mesmo que lentamente, a mudança tem sido constante. No contexto atual, pode-se observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional às ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos.

Não se pode deixar despercebido que hoje vivemos em um “Estado Constitucional Cooperativo”, identificado pelo professor Peter Häberle<sup>19</sup> como aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional focado em si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha projeção o papel dos direitos humanos e fundamentais.

Perfaz-se que a posição da jurisprudência brasileira em referência aos tratados em geral ainda é pelo monismo moderado, mas sobre os tratados de direitos humanos houve uma flexibilização e desloca-se para um processo de direcionamento para o monismo internacionalista, de acordo com a nova tendência constitucional contemporânea. Essa posição tem contemplado ainda o diálogo das fontes quando exigem que seja aplicada a norma "mais favorável" ao ser humano.

A última posição do Supremo representa um grande avanço para o ordenamento jurídico brasileiro que durante vários anos (até 2004) considerou a paridade entre os tratados de direitos humanos e as leis ordinárias. Com isto, a configuração da pirâmide jurídica do ordenamento brasileiro foi modificada: na parte inferior encontra-se a lei; na parte intermediária encontram os tratados de direitos humanos – aprovados sem o quórum qualificado do artigo 5º, parágrafo 3º da CF – e no topo encontra-se a Constituição juntamente com os tratados aprovados pelo quórum referido acima.

Quando não houver hierarquia entre as normas, deve-se considerar o princípio *pro homine*, segundo o qual deve o intérprete optar pela fonte que proporciona a norma mais favorável à pessoa protegida, pois o que se visa é a otimização e a maximização dos sistemas (interno e internacional) de proteção dos direitos humanos.

---

<sup>19</sup> HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**, tradução de Héctor Fix-Fierro, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p.75-77.

#### 4. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acessado em: 10 de abril de 2019.

CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hidelbrando; SILVA, G. E. do Nascimento e. **Manual de Direito Internacional Público**. 20. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

**EC nº45/2004**, Art. 5º, §3º. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm) Acesso em 2 maio de 2019

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. tradução de Héctor Fix-Fierro, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9. Ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque; In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público : curso elementar**. 13. ed. rev., aumen. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

## O PANORAMA HISTÓRICO-EVOLUTIVO DO ARMISTÍCIO

Pedro Gonsalves de Alcântara Formiga<sup>1</sup>

**RESUMO:** Esse estudo tem como objetivo fundamental apresentar e tratar toda a evolução do conceito do termo Armistício num estudo teórico, evolutivo e comparado no que diz respeito à termos correlatos como Cessar-fogo e Paz, analisando e interpretando doutrina jurídica internacional. A importância do tema se dá pelo caráter instrumental do termo, que se alterou no decurso do tempo e ainda hoje pode ser confundindo com outros termos de conotação semelhante.

**PALAVRAS-CHAVE:** Armistício, cessar-fogo, defesa, direito internacional, paz.

### 1. INTRODUÇÃO

Nunca antes na história se utilizou tanto os instrumentos jurídico-internacionais para solução e pacificação de conflitos armados, tanto no âmbito doméstico como guerras civis quanto conflitos internacionais entre Estados (CASSESE, 2005: 278-279).

Porém, os diversos instrumentos para a negociação e a efetivação desses acordos derivados dos enfrentamentos bélicos sofreram grandes alterações no passado recente do direito internacional (FREITAS, 2015: 6-8).

Portanto, a principal finalidade desse trabalho é investigar o termo Armistício a fim de identificar possíveis correspondências, analisando doutrina jurídica internacional, bem como o aporte histórico pertinente ao contexto temporal abordado no trabalho em pesquisa bibliográfica e documental para constatar o panorama sócio-político atual e passado.

A importância do tema se reflete principalmente pela necessidade de mais estudos acerca do tema para elucidar as diferenças de termos correlatos que devido a evolução do direito internacional, acabam sendo frequentemente confundidos, afora a pertinência histórica do tema e seus possíveis desdobramentos nos dias de hoje.

Metodologicamente, os estudos se centraram na análise e coleta bibliográfica das doutrinas jurídicas, políticas e históricas pertinentes ao tema. Então a partir do citado ponto de vista teórico, far-se-á importante realizar uma revisão da literatura sobre os pilares nos quais se edifica a representatividade democrática moderna, buscando encontrar o suporte teórico necessário para a produção do trabalho dissertativo.

---

<sup>1</sup>Discente do Curso de Especialização em Direito Público da Pontfícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. E-mail: pedroformiga93@gmail.com.

O trabalho está capitulado em três, junto a suas devidas subdivisões para tratar da evolução do conceito e uso do armistício, também será tratado a diferenciação de todos os termos correlatos que inclusive já se confundiram no âmbito prático e acadêmico.

Temos a introdução ao tema e logo depois, no primeiro capítulo, será feita uma breve explanação dos conceitos básicos inerentes a esse estudo, bem como seu desenvolvimento. Em terceiro, será abordado o tema das negociações de paz modernas. No terceiro capítulo feita uma análise comparativa para diferenciar a conceituação de armistício de outros termos da mesma temática, sem se desvencilhar do objeto de estudo; isso para abarcar as considerações finais acerca do trabalho.

## 2. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO ATÉ A MODERNIDADE

Embora o armistício seja um instituto jurídico antigo do Direito Internacional e já bem consolidado na era moderna, tanto no âmbito acadêmico onde já goza de definições pacíficas quanto em suas aplicações práticas já bem convencionadas entre os Estados, é um instituto que sofreu várias alterações no decurso do tempo e por conta disso, culturalmente até os dias atuais seu conceito é confundido a outros institutos como o cessar-fogo e a paz (BELL, 2009: 1).

### 2.1 O desenvolvimento histórico do termo

A análise do armistício a partir de um ponto de vista histórico-evolutivo documentado quanto à sua prática nos remete há milênios atrás. Terminologicamente, nos remete ao termo trégua, que seria o primeiro termo que diz respeito à suspensão de hostilidades, ou seja, à cessação de combate num período de guerra (DINSTEIN, 2015: 1).

Um dos documentos mais antigos que se tem notícia sobre acordos internacionais de paz nos remete à era faraônica do Antigo Egito, há trinta séculos atrás, o Tratado Egípcio-Hitita, estipula-se que ele tenha sido assinado em 1.259 a.C. (antes de Cristo) em duas placas de prata, e pôs fim à Batalha de Kadesh, travada entre o Império de Ramsés II e o Rei Muwatalli II de Hitita, que hoje dá lugar a República Árabe da Síria.<sup>2</sup>

Apesar disto, a concepção moderna desses termos teve sua gênese séculos depois. Inicialmente o termo trégua tinha uma conotação de norte religioso a partir da Trégua de Deus (*Tregua Dei*), uma medida instaurada pela Igreja Católica Apostólica Romana que se

---

<sup>2</sup> O tratado dizia especificamente que as famílias reais do Antigo Egito e de Hitita jamais deveriam guerrear novamente com os dizeres: “Since eternity the god does not permit the making of hostility”. E a validade descrita nas placas deste acordo é perpétua (WÄHLISCH, 2015: 962).

originou no século XI, na cidade de Caen, Normandia e foi confirmada pelo Concílio de Clermont-Ferrand em 1095 como uma suspensão temporária de hostilidades em alguns dias da semana e feriados religiosos, declarando um estado de paz para toda a cristandade e punindo severamente os que não a obedeciam. Portanto, apesar da fundamentação e aplicação religiosa, há de se notar que já estão presentes alguns dos alicerces de uma suspensão de hostilidades como conhecemos hoje.<sup>3</sup>

Posteriormente, mais próximo do nosso tempo e da maneira como entendemos e confeccionamos o direito moderno, tivemos as Conferências da Paz de Haia, realizadas em 1899 e 1907 (CHOATE, 1913: 6); uma iniciativa do Czar Nicolas II numa tentativa de criar mecanismos para impedir a eclosão de uma guerra de grandes proporções no continente europeu às vistas de uma corrida armamentícia que já se iniciara.<sup>4</sup>

Nisso, as Conferências de Paz de Haia, em ambos os anos que se realizaram, tiveram em seu anexo sobre Leis e Costumes da Guerra em Terra a positivação de uma norma costumeira entre Estados que inaugurou semanticamente a definição jurídica de armistício.

Podemos ver no Artigo n.º 36 do anexo sobre Leis e Costumes da Guerra em Terra a definição que é dado a um armistício pelas Convenções de Haia; definido como suspensão de operações militares por acordo mútuo entre as partes beligerantes, tanto por um período determinado quanto indeterminado.<sup>5</sup>

Em seguida, no Artigo n.º 37 é explicitado que o armistício pode ser geral ou local<sup>6</sup>; e nos Artigos n.º 40 e 41 tratam de explanar e identificar quais seriam as violações a um armistício que possibilitariam a continuidade das hostilidades, com ou sem aviso prévio.<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> Essa não foi a primeira tentativa da Igreja Católica Apostólica Romana de pacificar e limitar a violência, expressada principalmente na ocorrência de saques e pilhagens na era feudal, a primeira tentativa foi a Paz de Deus (*Pax Dei*), que surgiu no Concílio de Charroux em 989 (PREISER, 2007: 1).

<sup>4</sup> Houveram avanços significativos no direito internacional nas Conferências da Paz de Haia como a Corte Permanente de Arbitragem ou CPA, ativa até hoje, mas o principal foco dos acordos foi a proibição de uso, produção e distribuição de determinados armamentos como as balas dum-dum, gás venenoso e uma série de limitações dos armamentos navais e aéreos (BROWN, 1910: 26).

<sup>5</sup> O Artigo n.º 36 da *Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land* afirma: “An armistice suspends military operations by mutual agreement between the belligerent parties. If its duration is not defined, the belligerent parties may resume operations at any time, provided always that the enemy is warned within the time agreed upon, in accordance with the terms of the armistice” (pesquisável em <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/0/1d1726425f6955aec125641e0038bfd6>).

<sup>6</sup> Enquanto o Artigo n.º 37. da *Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land* prescreve: “An armistice may be general or local. The first suspends the military operations of the belligerent States everywhere; the second only between certain fractions of the belligerent armies and within a fixed radius.” (supra cit.).

<sup>7</sup> E os Artigos n.º 40 e 41 da *Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land* dispõem: “Any serious violation of the armistice by one of the parties gives the other party the right of denouncing it, and even, in cases of urgency, of recommencing hostilities immediately [...] A violation of the terms of the armistice by private persons acting on their own initiative only entitles the injured party to demand the punishment of the offenders or, if necessary, compensation for the losses sustained.”. (supra cit.).

Essa concepção de armistício não é mais entendida na atualidade enquanto um armistício propriamente dito mas sim enquanto um cessar-fogo, como será explanado em mais detalhes no próximo capítulo.

## 2.2 A construção do armistício moderno

O conceito de armistício começou a ser alterado rumo ao que nós conhecemos hoje a partir dos armistícios ao fim da Primeira Guerra Mundial, temos como exemplo o famoso armistício da Alemanha, de 11 de novembro de 1918, nele o uso da força por parte da Alemanha foi completamente proibido enquanto ainda haviam reservas para a continuação de hostilidades por parte dos Aliados. Inicialmente foi acordado com tempo determinado e depois prorrogado de forma indeterminada até que a paz imposta pelo Tratado de Versalhes de 1919 findou o acordo.

O armistício enquanto um acordo que finda uma guerra se tornou realidade na Segunda Guerra Mundial, no Acordo de Armistício da Romênia em 12 de setembro de 1944<sup>8</sup> e no Acordo de Armistício da Hungria em 20 de janeiro de 1945<sup>9</sup>.

Após a Segunda Guerra Mundial, em 1953, o Acordo de Panmunjom que acabou com a Guerra da Coreia trouxe a concepção de armistício em seu preâmbulo, proclamando que o armistício é a completa cessação de hostilidades até que a paz efetiva seja alcançada.<sup>10</sup> Dando um grande passo ao conceito atual de armistício.

Para Yoram Dinstein, em seu texto publicado no Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (DINSTEIN, 2015: 1), um armistício moderno tem seis características básicas: o término das hostilidades, a demarcação de linhas imaginárias entre as partes para evitar a movimentação dos combatentes, uma ratificação imediata, duração indefinida, desmilitarização total ou parcial das partes, algum mecanismo de supervisão do acordo e a entrega dos prisioneiros de guerra.

---

<sup>8</sup> O Artigo n.º 1 do *Agreement Between the Governments of United States of America, the United Kingdom, and the Union of Soviet Socialist Republics, on the One Hand, and the Government of Rumania, on the Other Hand, Concerning an Armistice* afirma: “The Government and High Command of Rumania, recognizing the fact of the defeat of Rumania in the war against the Union of Soviet Socialist Republics, the United States of America, and the United Kingdom, and the other United Nations, accept the armistice terms presented by the Governments of the above mentioned three Allied Powers, acting in the interests of all the United Nations.” (pesquisável em <http://avalon.law.yale.edu/wwii/rumania.asp>).

<sup>9</sup> E a alínea a) disposta no Artigo n.º 1 do *Agreement Concerning an Armistice Between the Union of Soviet Socialist Republics, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the United States of America on One Hand and Hungary on the Other* confirma que: “Hungary has withdrawn from the war against the Union of Soviet Socialist Republics and other United Nations, including Czechoslovakia, has severed all relations with Germany and has declared war on Germany.” (pesquisável em <http://avalon.law.yale.edu/wwii/hungary.asp>).

<sup>10</sup> O preâmbulo do *Armistice Agreement for the Restoration of the South Korean State* prevê que “[...] the objective of establishing an armistice which will insure a complete cessation of hostilities and of all acts of armed force in Korea until a final peace settlement is achieved” (pesquisável em <https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=true&doc=85&page=transcript>).

### 3. AS NEGOCIAÇÕES DE PAZ MODERNAS

O direito internacional, tanto na antiguidade quanto na modernidade, sempre teve um foco em manter a paz (SHAW, 2010: 755). Nós temos hoje quatro grandes meios não jurisdicionais de resolução pacífica de conflitos: a negociação; os bons ofícios e a mediação; o inquérito; e a conciliação (BAPTISTA, 2015: 693).

Já enquanto meios jurisdicionais nós temos a arbitragem e a jurisdição internacional<sup>11</sup>. Não existe nenhum tipo de hierarquia entre quaisquer desses meios de resolução de conflitos e o Artigo 34 da Carta da Organização das Nações Unidas dita que os Estados são livres para escolher os mecanismos para solucionar suas disputas (SHAW, 2012: 758).

A negociação compreende diálogos e contatos entre as partes envolvidas, por meios governamentais ou diplomáticos e por ter um caráter eminentemente flexível, o respeito ao princípio da boa-fé é muito importante para esse tipo de resolução de conflitos (BAPTISTA, 2015: 694).

Tanto os bons ofícios quanto a mediação são caracterizados pela intervenção de terceiros, primordialmente utilizado para reestabelecer o contato entre as partes e o que os difere é a formalidade, a mediação tem um caráter mais formalizado (MACHADO, 2013: 674-675).

Um inquérito é quando se compõe uma comissão de observadores técnicos e imparciais para investigar determinada ocorrência que deu origem a controvérsia entre as partes, geralmente não é utilizada quando a disputa internacional trata de interesses vitais de alguma das partes (SHAW, 2012: 762-764).

A conciliação é quando as partes em conflitos adotam uma comissão especialmente qualificada para analisar os posicionamentos e argumentos de cada uma das partes e até terceiros convidados à manifestar suas opiniões. (BAPTISTA, 2015: 698-699).

Já a arbitragem é um mecanismo jurisdicional vinculativo adotado a partir de um compromisso arbitral previamente acordado entre as partes envolvidas na controvérsia onde um ou vários árbitros técnicos e imparciais devem estabelecer qual será a solução do conflito (SHAW, 2012: 785-791).

Enquanto a jurisdição internacional compreende todos os tribunais internacionais e está numa crescente expansão tanto no âmbito regional, no que tange à integração de nações

---

<sup>11</sup> A jurisdição internacional se refere aos diversos tribunais internacionais das mais diversas matérias, sendo eles permanentes ou não (MACHADO, 2013: 692-694).

territorialmente próximas entre si, quanto universal, tendo como principal exemplo a universalização dos direitos humanos (MACHADO, 2013: 692-712).

#### **4. AS DIFERENÇAS ENTRE ARMISTÍCIO, TRÉGUA, CESSAR-FOGO E PAZ**

Embora o armistício seja um instituto jurídico antigo do Direito Internacional e já bem consolidado na era moderna, tanto no âmbito acadêmico onde já goza de definições pacíficas quanto em suas aplicações práticas já bem convencionadas entre os Estados, é um instituto que sofreu várias alterações no decurso do tempo e por conta disso, culturalmente até os dias atuais seu conceito é confundido a outros institutos como o cessar-fogo e o tratado de paz.

Enquanto norma costumeira de direito internacional, há muitos anos a bandeira branca sinaliza genericamente uma “bandeira de trégua”, que ao ser balançada significa um pedido de suspensão de hostilidades, negociação de paz ou a própria rendição. Em poucas palavras, trégua é o ato dos beligerantes se absterem temporariamente dos atos de guerra. O sentido literal e terminológico do termo significa “dar as mãos” e na Antiga Grécia era tido como pré-requisito para concluir a paz pois permitia a cremação dos mortos e soltura de prisioneiros de guerra. Na Idade Média a trégua de uma conotação muito mais militarizada porque nela era permitido recrutar novos soldados, assegurar o posicionamento das tropas ou evacuar os feridos até que o acordo final de paz fosse alcançado (WÄHLISCH, 2015: 966).

O termo cessar-fogo não compreende um conceito juridicamente definido, apenas sua definição literal de cessar o combate armado num conflito<sup>12</sup>. Mas pode-se notar que o cessar-fogo geralmente é a sinalização do início de uma negociação de paz. Ele pode ser unilateral mas os mais comuns são os acordos entre as partes combatentes em acordos documentados ou até mesmo orais.<sup>13</sup>

No direito internacional contemporâneo um cessar-fogo indica uma cessação de hostilidades permanente ou temporária, com ou sem a normalização das relações entre as partes beligerantes enquanto um armistício sempre tem a conotação de uma cessação de hostilidades permanente (BELL, 2009: 1).

Por mais que um acordo de armistício, em todas as concepções que teve ao longo dos anos, signifique o fim de uma guerra, ele não pode ser reconhecido como um tratado de

---

<sup>12</sup> O Dr. Sydney Bailey define o cessar-fogo como: “suspension of acts of violence by military and paramilitary forces, usually resulting from the intervention of a third party” (BAILEY, 1982: 37).

<sup>13</sup> Por exemplo, em 2011 houve um cessar-fogo oral num conflito pela disputa da posse do Templo Preah Vihear entre Camboja e Tailândia (WELLENS, 2014: 244).



paz porque não trata da normalização das relações entre as partes beligerantes como um tratado de paz trata a partir da restauração das relações internacionais comuns dos Estados<sup>14</sup>, ou seja, o armistício possui apenas um senso negativo, de negar a guerra, enquanto a paz, além da negação da guerra, também tem um sentido positivo de reatar relações diplomáticas e econômicas; no que diz respeito a sua efetivação, o Dr. Martin Wählisch propõe em sua obra que a paz pode ser implementada através de um acordo de paz ou um tratado de paz.<sup>15</sup>

Os acordos de paz são os acordos que tem uma natureza intraestatal, ou seja, costumam surgir para pacificar conflitos domésticos, internos. Como exemplo de acordos de paz, temos os acordos provisórios, acordos preliminares, acordos de implementação, acordos de delimitação do objeto da paz, e acordos que contemplem a paz propriamente dita.

Já o tratado de paz, é o compromisso em que as partes beligerantes assumem de acabar em definitivo com a guerra e retomar as suas relações diplomáticas, comerciais e políticas. Geralmente é interestatal, ou seja, entre dois ou mais Estados (WÄHLISCH, 2015: 966-968).

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para melhor contextualização do assunto proposto, fez-se necessária a análise dos instrumentos jurídico-internacionais que conceituaram ou contribuíram para a conceituação do armistício no percurso do tempo; e há de se reiterar que a partir das considerações feitas durante o trabalho junto a base documental apresentada no trabalho, é notório o caráter evolutivo das normas que regulam os conflitos armados e os seus devidos instrumentos de negociação para suprir as exigências das diversas realidades diplomáticas impostas pela evolução do mundo e da indústria bélica.

Porém, como se demonstrou no trabalho, é possível determinar um conceito que seja minimamente pleno, concreto e atualizado de um armistício e o diferenciar de uma maneira clara e evidente de outras ferramentas também utilizada para a resolução parcial ou total de hostilidades como a “trégua” ou o “cessar-fogo”, que por todos terem o mesmo objeto, tiveram seus conceitos confundidos e entrelaçados no desenvolvimento histórico e técnico do Direito Internacional.

---

<sup>14</sup> A principal referência de um tratado de paz é o Tratado de Versalhes, que encerrou a Primeira Guerra Mundial e trouxe a normalidade das relações entre as partes beligerantes (SCHORKOPF, 2010: 1).

<sup>15</sup> Embora não se tenha uma diferenciação justificadamente terminológica ou prática, existem particularidades histórico-contextuais que permitem uma diferenciação (WÄHLISCH, 2015: 967).

Com todas as considerações tecidas até então; hoje, um armistício é pacificamente entendido enquanto um acordo entre dois ou mais Estados que estão em guerra, usado apenas em conflitos internacionais. Antes da Primeira e da Segunda Guerra Mundial era apenas uma suspensão de hostilidades entre os beligerantes, sinônimo de trégua. Já na modernidade, o termo que usamos para suspender hostilidades é “cessar-fogo”, ou até mesmo “trégua”, variando conforme a situação. O termo “armistício” é uma suspensão de hostilidades para findar uma guerra mas sem introduzir a paz, entendendo paz enquanto normalização das relações entre as partes beligerantes guerra (DINSTEIN, 2015: 1).

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agreement Between the Governments of United States of America, the United Kingdom, and the Union of Soviet Socialist Republics, on the One Hand, and the Government of Rumania, on the Other Hand, Concerning an Armistice (1944), [Consult. 10 de Mai. 2018]. Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/wwii/rumania.asp>>.

Agreement Concerning an Armistice Between the Union of Soviet Socialist Republics, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the United States of America on One Hand and Hungary on the Other (1945), [Consult. 10 de Mai. 2018]. Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/wwii/hungary.asp>>.

Armistice Agreement for the Restoration of the South Korean State (1953), [Consult. 10 de Mai. 2018]. Disponível em: <<https://ourdocuments.gov/doc.php?flash=true&doc=85>>.

Bailey, Sydney (1982): *How Wars End: The United Nations and the Termination of Armed Conflict 1946-1964*, Oxford, Clarendon Press.

Baptista, Eduardo Correia (2015): *Direito Internacional Público*, vol. 2, Lisboa, AAFDL Editora.

Bell, Christine (2009): “Ceasefire”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, [Consult. 10 de Mai. 2018]. Disponível em: <<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e263?rskey=JA9U8d&result=1&prd=EPIL>>.

Brown, James Scott (1915): *The Hague conventions and declarations of 1899 and 1906*, New York, Oxford University Press.

Cassese, Antonio (2005): *International Law*, New York, Oxford University Press.

Choate, Joseph Hodges (1913): *The Two Hague Conferences*, New Jersey, Princeton University Press.

Dinstein, Yoram (2015): “Armistice”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, [Consult. 10 de Mai. 2018]. Disponível em: <<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e245?prd=EPIL>>.

Freitas, Pedro Caridade de (2015): *História do Direito Internacional Público – Da Antiguidade à II Guerra Mundial*, Cascais, Principia.

Hull, William (1908): *The two Hague conferences and their contributions to international law*, Boston, Ginn & Company.

Machado, Jónatas (2013): *Direito Internacional*, Coimbra, Coimbra Editora.

Preisner, Wolfgang (2007): “History of International Law, Ancient Times to 1648”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, [Consult. 10 de Mai. 2018]. Disponível em: <<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e716>>.

Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land (1907), [Consult. 10 de Mai. 2018]. Disponível em: <<https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/195?OpenDocument>>.

Schorkopf, Frank (2010): “Versailles Peace Treaty (1919)”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, [Consult. 10 de Mai. 2018]. Disponível em: <<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e737?rskey=mymYWE&result=1&prd=EPIL>>.

Wählisch, Mark (2015): “Peace Settlements and the Prohibition of the Use of Force” In *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law Internacional*, edited by Mark Weller, 962-987, New York, Oxford University Press.

Wellens, Karel (2014): *Negotiations in the Case Law of the International Court of Justice: A Functional Analysis*, Farnham, Ashgate Publishing.

## O ACÓRDÃO ASSOCIAÇÃO SINDICAL DE JUIZES PORTUGUESES COMO ANTECÂMARA PARA A INTERVENÇÃO DO TJUE NA CRISE DO ESTADO DE DIREITO NA UNIÃO EUROPEIA

Inês Pereira de Sousa<sup>1</sup>

**Resumo:** A independência judicial desempenha um papel incontestável no respeito pelo Estado de direito, tal como demonstrou à jurisprudência *Associação Sindical de Juizes Portugueses*, que a elevou a obrigação de direito originário, a observar por todos os órgãos jurisdicionais nacionais que possam vir a aplicar ou interpretar o direito da União Europeia, uma vez que, à luz do artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, do Tratado da União Europeia, se integram no sistema de vias de recurso nacionais que assegura uma tutela jurisdicional efetiva nos domínios abrangidos pelas normas da União. No atual contexto europeu marcado por reformas aos sistemas judiciais nacionais que têm colocado em causa os princípios da independência dos tribunais e da confiança mútua, tem-se disseminado a ideia de crise do Estado de Direito, que clama uma intervenção europeia. O caso dos juizes portugueses surgiu como uma oportunidade para o Tribunal de Justiça da União Europeia se pronunciar pela defesa da *rule of law*, assumindo-se, desta forma, como uma antecâmara para a sua intervenção a respeito das alterações legislativas em matéria de organização judiciária nacional, que estariam, em princípio, arredadas da sua alçada, e incentivando, assim, a iniciativa da Comissão Europeia, tal como se verificou relativamente à Polónia e como poderá vir a acontecer em casos de idêntica violação do princípio da independência.

**Palavras-chave:** Estado de direito; União Europeia; reformas do sistema judicial; independência judicial; confiança mútua.

**Abstract:** Judicial independence plays an indisputable role regarding rule of law, as demonstrated by European Court of Justice in judgment *Associação Sindical de Juizes Portugueses*, which declared it as primary law obligation that needs to be respected by all national courts which may apply or interpret European Union law since, in the light of the second subparagraph of Article 19(1) of the Treaty on European Union, they form part of the system of national remedies to ensure effective judicial protection in the fields covered by EU law. The current European context is highlighted by legislative reforms of national judicial system, which undermine the principles of judicial independence and mutual trust, and raise the rule of law crisis' idea, claiming for an European Union intervention. Therefore, the Portuguese judges' case was an opportunity for the European Court of Justice to protect the rule of law. This case-law emerged as an antechamber for its interventions on national legislation regarding judicial organization, which was an internal matter, and it encourages the European Commission initiative, as occurred recently in the Polish case and could be repeated in similar cases of judicial independence breach.

**Keywords:** rule of law; European Union; reforms of judicial system; judicial independence; mutual trust.

---

<sup>1</sup>Assistente e Doutoranda na Faculdade de Direito, Investigadora do Centro de Estudos e Investigação em Direito Universidade Católica Portuguesa, Porto. isousa@porto.ucp.pt.

## I. O Estado de direito na União Europeia

Em 1986, o Tribunal de Justiça (TJ) declarou que a atual União Europeia (UE) constituía, à data, uma “comunidade de direito”, esclarecendo-se que “nem o Estados-membros, nem as suas instituições estão isentas da fiscalização da conformidade dos seus atos com a carta constitucional de base que é o Tratado”<sup>2</sup>. O Acórdão *Os Verdes* introduziu, expressamente, o conceito de *rule of law* no ordenamento jurídico da UE, reconhecendo a existência de uma regra de direito que preside à ordenação dos poderes, ao equilíbrio institucional e que permite aos indivíduos fazer valer os seus direitos, e, por isso, se defende que, a partir desse momento, “a União vive com uma constituição”<sup>3</sup>.

Infere-se, deste modo, a importância do Estado de direito como elemento constitutivo de uma maior integração política. Consagrado no artigo 2.º do TUE, este integra o leque de valores em que se funda a União, sustenta o procedimento previsto no artigo 7.º do TUE,<sup>4</sup> figura como requisito para adesão de novos Estado à União (artigo 49.º do TUE), e exigência inerente ao segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 19.º do TUE, introduzido com o Tratado de Lisboa (TL). O princípio do Estado de direito impõe, ainda, a garantia de uma tutela jurisdicional efetiva, consagrada no artigo 47.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, particularmente, do acesso à justiça, exigência essencial<sup>5</sup> da democracia. Neste sentido, foi prevista a obrigação, naquela norma do TUE, de os Estados-Membros estabelecer as vias de recurso necessárias para assegurar aquela protecção judicial nos domínios abrangidos pelo direito da União, reforçando-se aquilo que já decorria do dever de cooperação leal, previsto no artigo 4.º, n.º 3 do TUE.

Na verdade, no momento da adesão à União, os Estados-Membros vincularam-se a assegurar o princípio do primado e a efetividade deste direito, cujo funcionamento depende de uma arquitetura descentralizada que coloca os órgãos dos nacionais como seus aplicadores e garantes. Por conseguinte, a salvaguarda da *rule of law* dependerá do esforço quer das instituições quer dos Estados-Membros. Aquela disposição, contida no artigo 19.º evidenciou esta obrigação, sem deixar transparecer qualquer nota inovadora. Destarte, não parecia expectável a possibilidade de ser colocada à disposição da fiscalização da

---

<sup>2</sup>Acórdão de 23 de abril de 1986, *Os Verdes*, 294/83, EU:C:1986:166, n.º 23.

<sup>3</sup>Ramos, Rui Moura (2004). A reforma institucional e a Constituição Europeia. In Instituto Europeu da Faculdade de Direito de Lisboa, British Council, Goethe-Institut Lissabon, Institut Franco-Portugais, Uma Constituição para a Europa - Colóquio Internacional de Lisboa, Maio de 2003, Almedina, p.119.

<sup>4</sup>Sobre este procedimento, *vide* Colí, Martina (2018). Article 7 TEU: From a Dormant Provision to an Active Enforcement Tool?. *Perspectives on Federalism* 10(3), 272-303.

<sup>5</sup>Lenaerts, Koen (2009). Le Traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union. *Cahiers de Droit Européen* 45(5-6), 709.

O Acórdão *Associação Sindical De Juizes Portugueses* como Antecâmara para a Intervenção do TJUE na Crise do Estado de Direito na União Europeia

independência dos tribunais nacionais, como sucedeu no caso *Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP)*.<sup>6</sup> As alterações legislativas que afetaram a classe judiciária permitiram, por conseguinte, que, em tempos de crise do Estado de direito,<sup>7</sup> o TJ, apoiado no cumprimento do princípio da independência judicial, inaugurasse uma nova era que apela à iniciativa da Comissão e prepara a intervenção na reforma de outros sistemas judiciais.<sup>8</sup>

## II. O renovador caso *Associação Sindical de Juizes Portugueses*

Já considerado como um nova referência na construção da União de direito,<sup>9</sup> o Acórdão *ASJP*, tem subjacente a adoção de medidas de eliminação do défice orçamental excessivo de Portugal, entre as quais figurou a previsão, na Lei n.º 75/2014, de 12 de setembro, de uma redução salarial transitória dos titulares de cargos e de pessoas no exercício de funções no setor público, o que, afetou os juizes do Tribunal de Contas. A *ASJP*, em sua representação, instaurou, no *Supremo Tribunal Administrativo*, uma ação administrativa especial destinada à anulação dos atos administrativos de processamento do vencimento adotados em virtude dessa lei, com fundamento na violação do princípio da independência judicial, decorrente da Constituição da República Portuguesa e dos citados artigos 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, do TUE e 47.º da Carta, no decurso da qual, foram remetidas, a título prejudicial, dúvidas quanto à interpretação daquelas normas para o TJ.

Perante as circunstâncias, o TJ desenvolveu um inesperado raciocínio, ancorado, sobretudo, na obrigação de os Estados acautelarem que os órgãos, que integram o seu sistema de vias de recurso, satisfazem as exigências de uma tutela efetiva. Apelando à noção de órgão jurisdicional nacional na aceção do direito comunitário, o TJ recordou que a independência, “inerente à missão de julgar”<sup>10</sup>, constitui um dos elementos a ter em consideração, e, como fator determinante, analisou se a medida nacional, adotada no contexto de redução do défice orçamental excessivo de um programa de assistência financeira, colocava em causa a inamovibilidade dos membros da instância nacional, tendo concluído que aquela tinha carácter limitado, transitório e geral, destinando-se “a diferentes titulares de cargos públicos

---

<sup>6</sup>Acórdão de 27-02-2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, EU:C:2018:117.

<sup>7</sup>Vide Michelot, Martin (2018). *How Can Europe Repair Breaches of the Rule of Law?*, Jacques Delors Institute, Policy Paper n.º 221.

<sup>8</sup>Cfr. Ovádek, Michal (2018). Has the CJEU just Reconfigured the EU Constitutional Order?, *Verfassungsblog*. Disponível

<sup>9</sup>Ibid.; e Silveira, Alessandra, Pedro Froufe, Sophie Perez, Joana Abreu (2018). União de direito para além do direito da União – as garantias de independência judicial no acórdão Associação Sindical dos Juizes Portugueses. *Jugar Online*.

<sup>10</sup>Acórdão *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, cit., n.º 43.

e pessoas que exercem funções no setor público, entre os quais representantes dos poderes legislativo, executivo e judicial”, e por isso, não lesava a independência daquela instância.<sup>11</sup>

Apesar do laconismo do TJ, desta jurisprudência é possível identificar argutas considerações. O Tribunal não só evita o debate sobre a integração das medidas de austeridade no domínio do direito da União,<sup>12</sup> como contornou a questão da aplicação da Carta, voltando a tónica para a aplicação do artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, do TUE e a recondução do Tribunal de Contas à noção de órgão jurisdicional nacional que integra o sistema jurisdicional europeu.

Num discurso surpreendente, o Tribunal criou uma “nova esfera”<sup>13</sup> jurídica da UE, quando afirmou, “quanto ao âmbito de aplicação *ratione materiae*, (..), que essa disposição [do TUE] visa os «domínios abrangidos pelo direito da União», independentemente da situação em que os Estados-Membros apliquem esse direito, na aceção do artigo 51.º, n.º 1, da Carta.”<sup>14</sup> Assim, declarou que a noção de ‘domínios abrangidos pelo direito da União’ não só é autónoma, como a entendeu de forma mais ampla<sup>15</sup> do que previsão, no artigo 51.º, n.º 1 da Carta, de que esta se destina “aos Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União”. Consequentemente, não é necessário verificar se Portugal estaria a aplicar normas da União, bastando que o Tribunal de Contas constitua uma via de recurso que assegura a tutela jurisdicional efetiva ‘domínios abrangidos pelo direito da União, e, se assim for, tem que apresentar as exigências necessárias para cumprir o dever decorrente do artigo 19.º, n.º 1 do TUE.

A propósito do carácter inovador do Acórdão, será importante evidenciar que o TJ não tinha, necessariamente, que adotar esta posição, já que a questão *sub judice* poderia ser analisada com fundamento na Carta, na medida em que a norma nacional, por ter sido adotada na sequência de normas da União, integrar-se-ia no âmbito de aplicação daquele diploma.<sup>16</sup> Não obstante, o TJ decidiu não se pronunciar sobre este enquadramento, o que tem levado a doutrina a especular acerca da sua verdadeira intenção.<sup>17</sup>

---

<sup>11</sup>Ibid., n.ºs 45-51.

<sup>12</sup>Ao contrário do que aconteceu no Acórdão de 13-06-2017, *Florescu*, C-256/14, EU:C:2017:448.

<sup>13</sup>Bonelli, Matteo e Monica Claes (2018). Case Note: Judicial serendipity: how Portuguese judges came to rescue the Polish judiciary. *European Constitutional Law Review* 14(3), p. 630.

<sup>14</sup>Acórdão *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, cit., n.º 29.

<sup>15</sup>Cfr. Conclusões, *Comissão Europeia/República da Polónia*, C-619/18, *op. cit.*, n.ºs 55-57; Pignarre, Pierre-Emmanuel (2018). Does the end justify the means?, *Robert Schuman Initiative Blog*, Silveira, Alessandra, Pedro Froufe, Sophie Perez, Joana Abreu (2018), *op. cit.*, p. 6.

<sup>16</sup>Cfr. Conclusões do Advogado-Geral Øe, 18-05-2017, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, EU:C:2017:395, n.ºs 43-53; e, ainda, Bonelli, Matteo e Monica Claes (2018), *op. cit.*, p. 625-628.

<sup>17</sup> Neste sentido, Silveira, Alessandra, Pedro Froufe, Sophie Perez, Joana Abreu (2018), *op. cit.*, p. 4

Diante de um cenário europeu marcado por reformas aos sistemas judiciais nacionais que têm deixado a desejar no que diz respeito à sua conformidade com princípio da independência dos tribunais, tem-se disseminado a ideia de *rule of law crisis*.<sup>18</sup> O caso português assume-se, destarte, como preparação para a intervenção da União quanto às alterações legislativas em matéria de organização judiciária nacional, que estariam, em princípio, arredadas da sua alçada.

### III. Da influência do caso *Associação Sindical de Juizes Portugueses* na fiscalização da reforma judicial polaca

Sob os holofotes europeus, a reforma do sistema judicial polaco previu, nomeadamente, nomeações ilegais para o *Trybunał Konstytucyjny* (Tribunal Constitucional) pelo Governo polaco, o exercício das funções de Procurador-Geral pelo Ministro da Justiça e a ordenação oficiosa e antecipada da passagem à aposentação dos juizes do *Sąd Najwyższy* (Supremo Tribunal), que influenciará a composição do Conselho Nacional da Magistratura.<sup>19</sup> Perante estas alterações, a Comissão lançou mão do procedimento previsto no artigo 7.º, n.º 1 do TUE, por risco manifesto de violação grave do Estado de direito por parte da Polónia, e procedeu, a 15 de março de 2018,<sup>20</sup> à instauração de uma ação de incumprimento, em virtude da previsão de diferentes idades de aposentação para homens e mulheres que desempenham a função de magistrados(as) nos tribunais comuns, nos tribunais superiores ou no Ministério Público, o que, claramente, se enquadra nos domínios abrangidos pela União, em virtude da violação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres nos domínios relacionados com o emprego e atividade profissional, previsto no artigo 157.º do TFUE e na Diretiva 2006/54/CE.

Finalmente, em virtude da Polónia não ter apresentado qualquer medida para dirimir o risco manifesto de violação grave do Estado de direito, a Comissão decidiu intentar, a 2 de outubro do mesmo ano, uma outra ação de incumprimento contra a Polónia, alegando, novamente, o incumprimento das obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, do TUE e 47.º da Carta, com fundamento na redução a idade da

---

<sup>18</sup> Bogdandy, Armin von, Piotr Bogdanowicz, Iris Canor, Maciej Taborowski e Matthias Schmidt (2018). A Potential Constitutional Moment for the European Rule of Law – The Importance of Red Lines. *Common Market Law Review* 55, 1–14; Taborowski, Maciej (2018). CJEU Opens the Door for the Commission to Reconsider Charges against Poland. *Verfassungsblog*.

<sup>19</sup>Sobre a situação da Polónia, *vide*, por exemplo, Pech, Laurent e Patryk Wachowicz (2019). 1095 Days Later: From Bad to Worse Regarding the Rule of Law in Poland (Part I). *Verfassungsblog*; e o Acórdão de 25-07-2018, *Minister for Justice and Equality/LM*, C 216/18 PPU, EU:C:2018:586.

<sup>20</sup>Ação *Comissão Europeia/República da Polónia*, Processo C-192/18.



aposentação dos juízes do Supremo Tribunal e na concessão ao Presidente da República da Polónia do poder discricionário de prorrogar o serviço ativo daqueles juízes, o que constituirá uma violação dos valores referidos no artigo 2.º do TUE, mais precisamente, do Estado de direito, do qual decorre o tal respeito pela independência dos juízes como garantia da tutela efetiva nos domínios abrangidos pelo direito da UE.<sup>21</sup>

Debruçando-nos sobre o enquadramento deste último processo, aparentemente as alterações legislativas não se integrariam num domínio abrangido pelo direito da UE, constituindo uma competência reservada aos Estados, não obstante, a Comissão aproveitou o incentivo dado pelo TJ no caso dos juízes portugueses e instaurou a mencionada ação, no decurso da qual já são conhecidas as Conclusões do Advogado-Geral Tanchev,<sup>22</sup> que indiciam que os juízes portugueses terão aberto as portas para intervenção europeia em relação aos juízes polacos.

Uma mesma classe, diferentes contextos, uma nova era. Parecem, assim, estar reunidas as condições para afirmar a incompatibilidade das reformas polacas com o Estado de direito, já que o entendimento jurisprudencial adotado no Acórdão *ASJP* estendeu a jurisdição do TJ à fiscalização da organização judicial dos Estados-Membros,<sup>23</sup> que, classicamente, seria entendida como competência excluída da esfera da União.<sup>24</sup> A independência dos tribunais foi, desta forma inesperada, elevada a exigência para todos esses órgãos que potencial e futuramente possam ser tribunais comuns de direito da União.

O Tribunal demonstrou, contudo, algum refreamento<sup>25</sup> ao evitar referir-se à aplicação da Carta. Ainda assim, se a independência judicial integra o dever de assegurar as vias de recurso necessárias a uma tutela efetiva nos domínios abrangidos pelo direito da UE, ela própria contribui para o cumprimento daquele direito fundamental, portanto, a única questão não abordada foi se essa obrigação se mantém, à luz da Carta, quando a instância nacional não aplica aquele direito. Esta é uma questão controversa pela pouca clareza da distinção realizada entre ‘domínios abrangidos pelo direito da União’ e ‘aplicação do direito da União’, “sobretudo porque da jurisprudência *Fransson* decorre que não podem existir situações que

---

<sup>21</sup>Ação *Comissão Europeia/República da Polónia*, Processo C-619/18.

<sup>22</sup>Conclusões do Advogado-Geral Tanchev, 11-04-2019, *Comissão Europeia/República da Polónia*, C-619/18, EU:C:2019:325.

<sup>23</sup>Cfr. Coli, Martina (2018). The Associação Sindical dos Juizes Portugueses judgment: what role for the Court of Justice in the protection of EU values?. *Diritti Comparati*, Working Papers

<sup>24</sup>Bonelli, Matteo e Monica Claes (2018), *op. cit.*, p. 623

<sup>25</sup>Descrita como “uma solução elegante e coerente que respeita os limites da Carta (...)” (Conclusões, *Comissão Europeia/República da Polónia*, C-619/18, *op. cit.*, n.º 58).

estejam, de alguma forma, abrangidas pelo direito da União, em que os direitos fundamentais da União não sejam aplicados.”<sup>26</sup>

Esta orientação, vertida na expedita conclusão, *in casu*, de que a independência não fora comprometida, compreende-se como antecâmara para o Tribunal da União intervir na crise de Estado de direito na Polónia<sup>27</sup> e, talvez, noutros caso como o da Hungria.<sup>28</sup>

#### IV. Do diálogo entre o princípio da confiança mútua e a independência judicial

Ainda no contexto da redução salarial dos juizes portugueses, o TJ abordou, brevemente, a importância do respeito pelos valores fundadores, como pressuposto da confiança mútua entre os Estados-Membros. A propósito, também as violações da *rule of law* serviram como fundamento para questionar o princípio da confiança mútua em sede de execução do mandado de detenção europeu.

Como “primeira concretização, no domínio penal, do princípio do reconhecimento mútuo”<sup>29</sup>, instituiu-se o reconhecimento de mandados de detenção emitidos por outros Estados-Membros, que requer a observância de exigências como independência judicial, preocupação que pautou os últimos discursos de Koen Lenaerts. Nas suas palavras,<sup>30</sup> a independência dos órgãos jurisdicionais é uma “pré-condição” no seu diálogo com o TJUE e órgãos de outros Estados, que deverá ser aferida em duas dimensões. Internamente, um órgão ou tribunal terá que atuar imparcialmente no julgamento da causa e, externamente, impor-se-á uma separação de poderes que impeça influências externa na tomada de decisão e, para isso, contribuirão as garantias de inamovibilidade e a ausência de qualquer relação hierárquica ou de subordinação face a outro órgão ou entidade.

Esta condição tem particular relevância no âmbito da Decisão-Quadro relativa ao mandado de detenção europeu, uma vez que a execução de mandados depende de uma confiança de “elevado grau”<sup>31</sup>, baseada no respeito, designadamente, pelo princípio da

---

<sup>26</sup>Cfr. Silveira, Alessandra, Pedro Froufe, Sophie Perez, Joana Abreu (2018), *op. cit.*, p. 6.

<sup>27</sup>Taborowski, Maciej (2018). CJEU Opens the Door for the Commission to Reconsider Charges against Poland. *Verfassungsblog*.

<sup>28</sup>Sobre o exemplo húngaro, *vide* Michelot, Martin (2018), *op. cit.*; Duarte, Mariana Carmo (2018). Hungria: O Estado de Direito em Crise?. *Revista Portuguesa de Ciência Política* 9, 13-30.

<sup>29</sup>Considerando 6 da Decisão-quadro do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros, 2002/584/JAI.

<sup>30</sup>Lenaerts, Koen (2018). ‘The Court of Justice and national courts: a dialogue based on mutual trust and judicial independence’, discurso no Supremo Tribunal Administrativo de República da Polónia, Varsóvia. Sobre a noção de órgão jurisdicional nacional, cfr., por exemplo, Acórdão de 17-09-1997, *Dorsch*, C-54/96, EU:C:1997:413.

<sup>31</sup>Considerando 10 da Decisão-quadro, *op. cit.*

independência. Nesta sede, o legislador europeu priorizou a noção de ‘autoridade judiciária’ que, apesar de se demonstra mais ampla, também envolve aquela exigência.<sup>32</sup>

No recente caso *LM*, questionou-se, a título prejudicial, se, antes de proceder à entrega do indivíduo às autoridades polacas, contra o qual foi emitido mandado para efeitos de exercício de procedimento criminal, poderia ser considerada a conjuntura atual, nomeadamente a existência de risco real de violação do artigo 47.º da Carta, “pelo facto de os poderes «amplos e incontrollados» do sistema judiciário na República da Polónia serem contrários aos concedidos num Estado democrático regido pelo princípio do Estado de direito”<sup>33</sup>. O Advogado-Geral, assertivamente, concluiu pela obrigação de adiar a entrega nestas circunstâncias.<sup>34</sup> Já o TJ não falou em adiamento, mas reconheceu que, em razão “de falhas sistémicas ou generalizadas no que respeita à independência do poder judicial do Estado Membro de emissão (...) a referida autoridade [do outro Estado] deve verificar, de maneira concreta e precisa, (...) tendo em conta as informações prestadas pelo Estado Membro de emissão (...) se existem motivos sérios e comprovados para acreditar que a referida pessoa correrá esse risco em caso de entrega a este último Estado”.<sup>35</sup>

Uma vez mais, a violação da *rule of law* pela Polónia apresenta implicações na execução da “pedra angular da cooperação judiciária”<sup>36</sup>, ameaçando o bom funcionamento do direito da União e comprometendo seriamente a confiança mútua,<sup>37</sup> que não poderá ser entendida como “confiança cega”.<sup>38</sup>

## V. Breves nótulas sobre a interpretação jurisprudencial do artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, do TUE

A identificação do artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, do TUE como uma obrigação de os Estados-Membros asseverar que todos os seus órgãos jurisdicionais, que possam aplicar e interpretar direito da UE, oferecem garantias de independência e, assim, possibilitam uma tutela jurisdicional neste domínio, reconhece uma nova esfera sob a alçada do direito da

---

<sup>32</sup>Cfr. Acórdãos de 10-11-2016, Krzysztof Marek Poltorak, C-452/16 PPU, EU:C:2016:858; e de 10-11-2016, Ruslanas Kovalkovas, C-477/16 PPU, EU:C:2016:861

<sup>33</sup>Acórdão *Minister for Justice and Equality/LM*, *cit.*, n.º 22.

<sup>34</sup>Conclusões do Advogado-Geral Evgeni Tanchev, 28-06-2018, *Minister for Justice and Equality contra LM*, C-216/18 PPU, EU:C:2018:517, n.º133. À semelhança, a obrigação de adiamento foi afirmada no Acórdão de 5-04-2016, *Aranyosi e Căldăraru*, C-404/15 e C-659/15 PPU, EU:C:2016:198.

<sup>35</sup>Acórdão *Minister for Justice and Equality/LM*, n.º 79

<sup>36</sup>*Ibid.*

<sup>37</sup>*Vide* Frackowiak-Adamska, Agnieszka (2018). Mutual trust and independence of the judiciary after the CJEU judgment in *LM* – new era or business as usual?. *EU Law Analysis*.

<sup>38</sup>Bertrand, Joris (2018). The Rule of Law in Poland and the European Arrest Warrant: A Blessing in Disguise?, *Oxford Human Rights Hub*.

União.<sup>39</sup> Amparada na potencial aplicação de normas comunitárias, a (re)interpretação daquela norma fomenta a iniciativa da Comissão e prepara o julgamento do TJUE em casos de violação da *rule of law* por inobservância das condições necessárias pelos tribunais nacionais para assumir aquela tutela. Desta forma, o Tribunal deu nova vida àquela disposição, que poderá fazer-se sentir em casos idênticos de incumprimento do Estado de direito no sistema judiciário.

No entanto, esta construção poderá revelar-se arriscada, pois permite a interferência em assuntos da competência exclusiva dos Estados<sup>40</sup> e pode ter consequências desencorajadoras para o mecanismo previsto no artigo 267.º do TFUE.<sup>41</sup> Se se concluir que determinadas alterações legislativas prejudicaram a independência judicial, alguns órgãos podem ver excluída a sua competência em sede de reenvio prejudicial, algo que, apenas com pouca coerência e muito boa vontade, poderá vir a ser contornado. Este efeito parece-nos, claramente, contraditório com a posição da jurisprudência da União e, até mesmo, com a o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, visto que o primeiro demonstrou uma preocupação por flexibilizar a noção de órgão jurisdicional precisamente para alargar a legitimidade para proceder ao reenvio<sup>42</sup> e, por sua vez, o último já reconheceu a relevância do reenvio prejudicial ao abrigo do direito a um processo equitativo, previsto na CEDH.<sup>43</sup>

O controlo da *rule of law* inaugurado pelo TJ, poderá permitir-lhe um contributo positivo<sup>44</sup> a nível nacional e suprir a morosidade e complexidade associadas ao funcionamento do artigo 7.º do TUE.<sup>45</sup> No entanto, se o legislador quis rodear de cautelas esse procedimento, será que o Tribunal não terá ido longe demais no caso *ASJP*? Até que ponto será possível ou legítimo por força dos Tratados, a intromissão do Tribunal nos assuntos de natureza interna?<sup>46</sup> Esta é uma travessia sinuosa, que requererá ponderação, sob pena do n.º 1 do artigo 19.º do TUE se transformar num mecanismo de integração<sup>47</sup> forçadamente superior, numa fonte de construção do “judiciário europeu”<sup>48</sup>.

<sup>39</sup>Bonelli, Matteo e Monica Claes (2018), *op. cit.*, pp. 629-631.

<sup>40</sup>Ovádek, Michal (2018). Has the CJEU just Reconfigured the EU Constitutional Order?, *Verfassungsblog*.

<sup>41</sup> Bonelli, Matteo e Monica Claes (2018), *op. cit.*, p. 637.

<sup>42</sup>*Vide*, por exemplo, n.º 31 do Acórdão *Dorsch*, *op. cit.*

<sup>43</sup>Acórdãos, do TEDH, de 30-07-2015, Ferreira Santos Pardal, processo 30123/10; Ullens de Schooten e Rezabek, de 20-09-2011, processos 3989/07 e 38353/07

<sup>44</sup>Bogdandy, Armin von, Piotr Bogdanowicz, Iris Canor, Maciej Taborowski and Matthias Schmidt (2018), *op. cit.*, p. 3.

<sup>45</sup>Cfr. Gostyńska-Jakubowska, Agata (2018). Time to let the rule of law in Poland have its day in court. *Insight, Centre for European Reform*; Niklewicz Konrad (2017). Safeguarding the rule of law within the EU: lessons from the Polish experience, *European View* 16, 281-291; e Michelot, Martin (2018), *op. cit.*

<sup>46</sup>*Vide* Pignarre, Pierre-Emmanuel (2018). Does the end justify the means?. *Robert Schuman Initiative Blog*.

<sup>47</sup>O TJ “aproveitou a oportunidade (...) para a construção do modelo jurídico-constitucional que sustenta o processo de integração europeia.” (Alessandra Silveira, Pedro Froufe, Sophie Perez, Joana Abreu, 2018, p. 4)

<sup>48</sup>Matteo Bonelli e Monica Claes (2018), *op. cit.*, p. 643.

## VI. Considerações finais

Como “parte da nossa herança comum e da nossa própria identidade como Europeus”<sup>49</sup>, a independência judicial desempenha um papel incontestável no cumprimento do Estado de direito, ocupando as garantias de imparcialidade e inamovibilidade um lugar central no direito da UE, à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, da noção de órgão jurisdicional nacional, e, agora, como exigência resultante da obrigação prevista no artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, do TUE.<sup>50</sup>

Este último destaque deve-se, sobretudo, à jurisprudência *ASJP*, que elevou a independência a obrigação de direito originário, inerente ao cumprimento do dever de dispor um sistema de vias de recurso nacionais que assegure uma tutela jurisdicional efetiva nos domínios abrangidos pelas normas da União. O Acórdão em apreço ditou, assim, uma nova era, ampliando os domínios deste direito, na medida em que o TJ se clamou competente para se pronunciar sobre medidas nacionais que afetem a independência dos tribunais nacionais, mesmo que não esteja em causa a aplicação de normas comunitárias, apoiado no facto da sua aplicação ou interpretação lhes poder vir a ser confiada. Trata-se de uma delicada ilação que cria, sem dúvida, um precedente favorável à fiscalização da reforma legislativa do sistema judicial da Polónia ou de outros Estados, constituindo um convite à instauração de ações de incumprimento pela Comissão Europeia.<sup>51</sup>

Contudo, esta posição poderá ter indesejáveis efeitos, como a influência na subsunção dos órgãos nacionais, em relação aos quais se afirmou a sua falta de independência, à noção de órgão jurisdicional nacional para efeitos de reenvio prejudicial, e a interferência do TJUE em assuntos de competência exclusivamente nacional. A propósito, a jurisprudência *ASJP* “deixou poucas dúvidas de que a era das reivindicações do tipo “Solange” foi superada com a entrada em vigor da Carta”<sup>52</sup>, relevando mais um sinal da existência da tal carta constitucional que, formal e simbolicamente fora rejeitada aquando do malogrado projecto constitucional.

Mais do que uma oportunidade para o envolvimento do Tribunal na crise de Estado de direito da Polónia, foi reconstruído o escopo do Direito da UE, levando ao extremo<sup>53</sup> e

---

<sup>49</sup>Koen Lenaerts (2018), *op. cit.*

<sup>50</sup>Tem-se, igualmente, debatido se poderá ser uma condição para receber fundos da União. Sobre a questão, *vide* Thomas von Danwitz (2018). Values and the rule of law: Foundations of the European Union – an inside perspective from the ECJ, *Potchefstroom Electronic Law Journal* 21.

<sup>51</sup>Matteo Bonelli e Monica Claes (2018), *op. cit.*, p. 636

<sup>52</sup>Danzwitz, Thomas von (2018), *op. cit.*,

<sup>53</sup> Neste sentido, Matteo Bonelli e Monica Claes (2018), *op. cit.*, p. 623.

O Acórdão *Associação Sindical De Juizes Portugueses* como Antecâmara para a Intervenção do TJUE na Crise do Estado de Direito na União Europeia

demonstrando o quanto o TJUE está empenhado em defender o princípio da independência judicial para não esvaziar a *rule of law*, nem privar de efeito útil a confiança mútua nos valores estruturais da União. A independência dos órgãos jurisdicionais pode (e deve) ser uma arma ao serviço da efectividade das normas do direito da União e da proteção dos valores do Estado de direito nos ordenamentos jurídicos nacionais.

## Referências bibliográficas

Bertrand, Joris (2018). The Rule of Law in Poland and the European Arrest Warrant: A Blessing in Disguise?, *Oxford Human Rights Hub*. Disponível em <https://ohrh.law.ox.ac.uk/the-rule-of-law-in-poland-and-the-european-arrest-warrant-a-blessing-in-disguise/>.

Bogdandy, Armin von, Piotr Bogdanowicz, Iris Canor, Maciej Taborowski e Matthias Schmidt (2018). A Potential Constitutional Moment for the European Rule of Law – The Importance of Red Lines. *Common Market Law Review* 55, 1–14.

Bonelli, Matteo e Monica Claes (2018). Case Note: Judicial serendipity: how Portuguese judges came to rescue the Polish judiciary. *European Constitutional Law Review* 14(3), 622-643.

Coli, Martina (2018). Article 7 TEU: From a Dormant Provision to an Active Enforcement Tool?. *Perspectives on Federalism* 10(3), 272-303.

Coli, Martina (2018). The Associação Sindical dos Juizes Portugueses judgment: what role for the Court of Justice in the protection of EU values?. *Diritti Comparati*, Working Papers. Disponível em <http://www.diritticomparati.it/associaac%CC%A7a%CC%83o-sindical-dos-juizes-portugueses-judgment-role-court-justice-protection-eu-values/>.

Danwitz, Thomas von (2018). Values and the rule of law: Foundations of the European Union – an inside perspective from the ECJ, *Potchefstroom Eletronic Law Journal* 21. Disponível em <https://journals.assaf.org.za/index.php/per/article/view/4792/6602>.

Duarte, Mariana Carmo (2018). Hungria: O Estado de Direito em Crise?. *Revista Portuguesa de Ciência Política* 9, 13-30.

Frąckowiak-Adamska, Agnieszka (2018). Mutual trust and independence of the judiciary after the CJEU judgment in LM – new era or business as usual?. *EU Law Analysis*. Disponível em <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/08/mutual-trust-and-independence-of.html>.

Gostyńska-Jakubowska, Agata (2018). Time to let the rule of law in Poland have its day in court. *Insight, Centre for European Reform*. Disponível em <https://cer.eu/insights/time-let-rule-law-poland-have-its-day-court>.

Kochenov, Dimitry e Petra Bard (2018). Rule of Law Crisis in the New Member States of the EU: The Pitfalls of Overemphasising Enforcement. *Reconnect Working Papers* (Leuven) no. 1. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3221240>.

Lenaerts, Koen (2009). Le Traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union. *Cahiers de Droit Européen* 45 (5-6), 711-745.

Lenaerts, Koen (2018). 'The Court of Justice and national courts: a dialogue based on mutual trust and judicial independence', discurso no Supremo Tribunal Administrativo de República da Polónia, Varsóvia. Disponível em [www.nsa.gov.pl/download.php?id=753&mod=m/11/pliki\\_edit.php](http://www.nsa.gov.pl/download.php?id=753&mod=m/11/pliki_edit.php).

Michelot, Martin (2018). *How Can Europe Repair Breaches of the Rule of Law?*, Jacques Delors Institute, Policy Paper n.º 221. Disponível em <https://institutdelors.eu/wp-content/uploads/2018/04/BreachesoftheRuleofLaw-Michelot-March18.pdf>.

O Acórdão *Associação Sindical De Juizes Portugueses* como Antecâmara para a Intervenção do TJUE na Crise do Estado de Direito na União Europeia

Niklewicz Konrad (2017). Safeguarding the rule of law within the EU: lessons from the Polish experience, *European View* 16, 281-291.

Ovádek, Michal (2018). Has the CJEU just Reconfigured the EU Constitutional Order?, *Verfassungsblog*. Disponível em <https://verfassungsblog.de/has-the-cjeu-just-reconfigured-the-eu-constitutional-order/>.

Pech, Laurent e Patryk Wachowiec (2019). 1095 Days Later: From Bad to Worse Regarding the Rule of Law in Poland (Part I). *Verfassungsblog*, Disponível em <https://verfassungsblog.de/1095-days-later-from-bad-to-worse-regarding-the-rule-of-law-in>

Pignarre, Pierre-Emmanuel (2018). Does the end justify the means?, *Robert Schuman Initiative Blog*. Disponível em <https://rsiblog.blogactiv.eu/2018/06/27/does-the-end-justify-the-means-by-pierre-emmanuel-pignarre/>;

Ramos, Rui Moura (2004). A reforma institucional e a Constituição Europeia. In Instituto Europeu da Faculdade de Direito de Lisboa, British Council, Goethe –Institut Lissabon, Institut Franco-Portugais, *Uma Constituição para a Europa - Colóquio Internacional de Lisboa, Maio de 2003*, Almedina (pp. 113-119).

Silveira, Alessandra, Pedro Froufe, Sophie Perez, Joana Abreu (2018). União de direito para além do direito da União – as garantias de independência judicial no acórdão Associação Sindical dos Juizes Portugueses. *Jugar Online*, disponível em <http://jugar.pt/uniao-de-direito-para-alem-do-direito-da-uniao-as-garantias-de-independencia-judicial-no-acordao-associacao-sindical-dos-juizes-portugueses/>.

Taborowski, Maciej (2018). CJEU Opens the Door for the Commission to Reconsider Charges against Poland. *Verfassungsblog*. Disponível em <https://verfassungsblog.de/cjeu-opens-the-door-for-the-commission-to-reconsider-charges-against-poland/>.

## EL DERECHO AL OLVIDO DESDE EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO

Pablo Fernández García-Armero<sup>1</sup>

**Resumen:** la necesidad de armonizar los ordenamientos jurídicos de los distintos países en un derecho de reciente creación como es el relativo al olvido, hizo necesaria la actuación comunitaria a nivel jurisprudencial y legislativo. Estas intervenciones son coherentes con la postura mantenida en esta materia por España, cuya relevancia radica en haber sido uno de los países pioneros en abordar esta materia y, sobre todo, por haber dado lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014, donde se reconoce parcialmente y para un supuesto concreto el derecho al olvido en el ámbito europeo.

### Introducción

La sociedad actual se ha visto hondamente influida por la aparición de las nuevas tecnologías y por ello no es de extrañar que las mismas también hayan repercutido en el derecho, toda vez que este siempre va por detrás de la sociedad a la que trata de dotar de normas. Como consecuencia, algunos derechos históricos están cambiando, otros están adquiriendo nuevos matices e incluso alguno está surgiendo, como es el caso del denominado derecho al olvido o a ser olvidado.

Destáquese que el ordenamiento jurídico español ha sido clave en la consagración de este derecho a nivel comunitario, ya que fue la Audiencia Nacional española la que elevó una cuestión prejudicial al tribunal europeo derivado de la reclamación de un particular, para que este se pronunciase a raíz de una demanda que interpuso la Agencia Española de Protección de Datos frente a Google. El resultado fue la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014, en donde se recoge parcialmente el derecho al olvido en el ámbito de la Unión Europea.

Posteriormente, el poder legislativo aprobó el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, el cual constituye uno de los últimos eslabones referentes a la protección del derecho al olvido y de los derechos relativos a este en el ámbito comunitario.

---

<sup>1</sup> Universidade da Coruña.



## 2. Contexto

En los últimos años se han seguido produciendo avances vertiginosos en la denominada era digital, influyendo estos de tal manera en nuestro modo de vida que es necesario poner de manifiesto el hecho de que se haya producido un marcado cambio en nuestras pautas de comunicación y en lo referente a la sociabilidad interpersonal, puesto que ambas se encuentran mediadas y repartidas por toda una serie de dispositivos multimodales. No obstante, conviene advertir que no se puede reducir el mundo social a la tecnología que lo constituye pero tampoco se puede reducir el papel de la tecnología<sup>2</sup>.

Se puede afirmar rotundamente que a día de hoy el ciberespacio ha penetrado en prácticamente todos los ámbitos que tienen que ver con la vida del hombre, desde lo referente a su vertiente personal hasta su vertiente política, toda vez que el uso de las nuevas tecnologías ha tenido repercusiones en distintas colectividades, trascendiendo así el mero uso individual imperante para la mayoría de la población. Señálese que a finales del año 2012 había más dispositivos móviles que personas sobre el planeta, por lo que este fenómeno es imposible de evitar o de ignorar<sup>3</sup>.

Sin embargo, la irrupción de las tecnologías digitales y, sobre todo, de internet, debe ser valorada en su justa medida, para evitar incurrir tanto en un ciberutopismo que impida a los diseñadores de políticas prever los verdaderos alcances de sus decisiones, como en un internet-centrismo que haga incurrir en una metodología defectuosa a la hora de abordar la problemática relativa a las nuevas tecnologías. De esta manera, la creencia de que el acceso a internet traerá sociedades más informadas y con ello la democracia no es del todo correcta, ya que los países con regímenes autoritarios también hacen uso de internet pero con fines bien distintos a democratizar sus instituciones<sup>4</sup>.

Con carácter general, las tecnologías de la comunicación surgidas a lo largo del siglo XX consiguieron alcanzar a todos los públicos todos los medios sociales y culturales. Actualmente, buena parte de la comunicación se reduce a las tecnologías y estas consiguen transformar hasta el nombre de la sociedad del mañana para denominarla “sociedad de información o de comunicación”, pero debe tenerse presente que la tecnología por sí misma no es suficiente para cambiar la comunicación dentro de la sociedad, sino que para ello

---

<sup>2</sup> Vid. WAJCMAN, J. *Esclavos del tiempo: Vidas aceleradas en la era del capitalismo digital*, editorial Paidós, 1ª edición, Barcelona, 2017, pp. 27-34.

<sup>3</sup> Vid. OLMEDA, J.A. “Gobierno electrónico, ciberpolítica y democracia” en VV.AA., *La democracia del siglo XXI (Política, medios de comunicación, internet y redes sociales)*, editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 3-6.

<sup>4</sup> MOROZOV, E. *El desengaño de internet: Los mitos de la libertad en la red*, editorial Destino, 1ª edición, Barcelona, 2012, pp. 13-23.

también es necesaria una modificación de la cultura<sup>5</sup>.

### 3. El derecho al olvido

El derecho al olvido o a ser olvidado trata de dar respuesta a una pequeña parte de los problemas derivados de las nuevas tecnologías. En relación a su objeto, este puede simplificarse en la eventual existencia de un derecho que asiste a toda persona a seleccionar y eliminar la información alojada en internet, siempre que la misma sea contraria a lo establecido en la respectiva normativa que aborde esta cuestión<sup>6</sup>.

Debe tenerse presente que el derecho al olvido, tal y como se entiende en la actualidad, ha surgido recientemente, por lo que se trata de un derecho cuya configuración jurídica se encuentra en una fase inicial. Este es uno de los motivos por los que no se encuentra regulado como tal derecho en los ordenamientos jurídicos de distintos países, aunque ello no es óbice para que la protección de esta materia derive de otros derechos sí contemplados en los respectivos ordenamientos jurídicos.

El concepto del derecho al olvido engloba diversos derechos en función de cada país, sirva como ejemplo el caso español, en donde se encuentra relacionado con algunos derechos fundamentales, como el derecho al honor y a la intimidad personal desde la vertiente de su protección, o desde la perspectiva contraria, el derecho a la libertad de información y expresión<sup>7</sup>. Además, su negación podría afectar a la dignidad de la persona en cuanto derecho que sirve de fundamento del orden político y de la paz social, tal y como dispone el artículo 10.1 de la Constitución Española de 1978.

Por este motivo se puede observar una clara distinción a la hora de abordar este derecho, determinada en función de la pertenencia del ordenamiento jurídico en cuestión a un sistema o a otro. De ahí que varíe el concepto del derecho a la privacidad, el cual constituye uno de los principales componentes del derecho al olvido. Por ello no es de extrañar que los famosos casos de Arrington y Campbell hayan tenido resultados completamente distintos. En el primero de ellos la Corte desestimó la solicitud del demandante a que se declarara la vulneración de su derecho a la privacidad por haber sido fotografiado sin su permiso con el objetivo de ilustrar un texto periodístico con el que no

---

<sup>5</sup> WOLTON, D. *Internet, ¿y después?: una teoría crítica de los nuevos medios de comunicación*, editorial Gedisa, Barcelona, 2000, pp. 35-39.

<sup>6</sup> Vid. CANCIO FERNÁNDEZ, R.C. "Indexación, información, motores de búsqueda y protección de datos o la cuadratura del círculo" en el Observatorio de la Cátedra de Paz, Seguridad y Defensa de la Universidad de Zaragoza, de 2 de septiembre de 2013, p. 1.

<sup>7</sup> Vid. SEISDEDOS POTÉS, V. "Derecho al olvido. Jaque a Google en Europa", *Cadernos de Dereito Actual*, nº 2, 2014, pp. 119-121.

estaba de acuerdo. No obstante, en el caso de la famosa modelo Naomi Campbell sí se consideró una vulneración de su derecho a la privacidad la divulgación de unas fotografías saliendo de una clínica de rehabilitación. Así, en el primer caso el concepto de privacidad se basa en la noción de control, mientras que en el segundo lo hace como derecho a la intimidad o a la dignidad<sup>8</sup>.

En este sentido, mientras que en la práctica estadounidense prevalece la libertad de expresión frente a la privacidad<sup>9</sup>; en la española prevalece la libertad de expresión en algunos supuestos, mientras que en otros lo hace la privacidad. Señálese que la irrupción del concepto del derecho al olvido en el ordenamiento jurídico español ha implicado una mayor protección en la intimidad, si bien no implica que la libertad de expresión deba ceder con carácter general ante otros derechos fundamentales.

Conviene tener presente que la eficacia del derecho al olvido queda condicionada a motivos técnicos, pues de poco o nada sirve legislar sobre esta materia si no se puede garantizar en la práctica que los datos que se pretenden suprimir puedan ser realmente borrados. Por lo tanto, la tarea del legislador es tan importante como la efectividad de la técnica que permita hacer desaparecer los datos y evite que los mismos sigan circulando por la red. Ahora bien, en la práctica esta tarea es prácticamente imposible debido a la conservación indefinida de los datos y al hecho de que se ubiquen en varios lugares debido al efecto multiplicador de los motores de búsqueda, por lo que no se puede hablar de que exista la posibilidad real de cancelar cualquier tipo de dato<sup>10</sup>.

Finalmente, debe destacarse el hecho de que el derecho al olvido no se puede considerar como un derecho absoluto que pueda ser invocado en cualquier momento, sino que su existencia queda condicionada a la ponderación de los derechos afectados en cada caso concreto, por lo que procederá su aplicación individual si se consideran vulnerados una serie de derechos en un determinado tiempo, lugar y espacio.

#### 4. El Derecho Administrativo Europeo

---

<sup>8</sup> Vid. SÁNCHEZ ABRIL, P., PIZARRO MORENO, E. “La intimidad europea frente a la privacidad americana: Una visión comparativa del derecho al olvido”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2014, pp 4-9.

<sup>9</sup> Op cit. SÁNCHEZ ABRIL, P., PIZARRO MORENO, E., p. 15.

<sup>10</sup> Vid. RALLO LOMBARTE, A. “El derecho al olvido y su protección: a partir de la protección de datos”, *Telos: Cuadernos de comunicación e innovación*, nº 85, 2010, p. 104.

En este apartado se reproduce el apartado homónimo que se encuentra en el artículo titulado “El derecho al olvido” publicado en el año 2018 en la revista “*Cadernos de Derecho actual*”, ya que en este ámbito no se han producido cambios significativos<sup>11</sup>.

El hecho de que buena parte de lo relativo al derecho al olvido se atribuya a órganos administrativos y a la jurisdicción contencioso-administrativa, obliga a hacer una referencia a este derecho en el ámbito de la Unión Europea. Su importancia radica en que este derecho de índole supranacional es un derecho que ejecuta las disposiciones provenientes de las instituciones comunitarias. Debe matizarse que este derecho comprende el de las administraciones nacionales, ya que estas ejecutan indirectamente este derecho de la Unión Europea. Por lo tanto, los estados miembros deberán adoptar todas las medidas para dar cumplimiento a los actos jurídicamente vinculantes.

Desde este punto de vista, es necesario que se garantice la uniformidad y eficacia de lo legislado por Europa, hasta el punto de que en algunos supuestos esta organización internacional puede asumir algunas competencias de ejecución, sustrayéndoselas a los estados miembros. Sin embargo, conviene advertir que la Unión Europea carece de una competencia formal para intervenir en el ámbito de las Administraciones Públicas, pero esto no es óbice para que influya de otras maneras.

En un sentido más estricto, el Derecho Administrativo Europeo sería el Derecho de la Administración Europea, entendiendo como tal una serie de aparatos administrativos de las Instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea. De este modo, la estructura administrativa europea se encarga de ejecutar el derecho emanado de dicha organización internacional.

Señálese que tanto la función administrativa como la ejecutiva no aparecen reflejadas en los Tratados, por lo que se hace necesario acudir a la jurisprudencia, la cual atiende a dos criterios: el formal y el sustantivo. Con respecto al primero, es evidente que un acto que desarrolla directamente el Tratado sería de naturaleza legislativa, mientras que un acto que desarrolla directamente otro acto que sí desarrolla el Tratado sí sería de naturaleza ejecutiva. En relación al segundo, el ámbito propio de la función ejecutiva se desenvolverá en los elementos que no son esenciales<sup>12</sup>.

El reglamento es un acto europeo que se caracteriza por su carácter fundamentalmente normativo, aplicable a categorías indeterminadas en abstracto y en su

---

<sup>11</sup> Vid. FERNÁNDEZ GARCÍA-ARMERO, P. “El derecho al olvido”, *Cadernos de Derecho actual*, nº 9, 2018, p. 432-433.

<sup>12</sup> Vid. FUENTETAJA PASTOR, J.A. *Derecho Administrativo Europeo*, editorial Civitas, 1ª edición, Navarra, 2014, pp. 30-51.

conjunto, no a destinatarios determinados, designados o identificables. Puede calificarse, en palabras del profesor Fuentetaja como: “el instrumento normativo por excelencia para establecer el régimen jurídico de la Administración europea, pues por su estructura interna y por sus efectos constituye una norma completa”. Vincula a la administración, pudiendo originar derechos y obligaciones para los ciudadanos de manera directa. Con respecto a su naturaleza legislativa o ejecutiva dependerá de su procedimiento de adopción<sup>13</sup>.

## **5. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014**

El origen de este pronunciamiento comunitario tuvo lugar a raíz de un caso acaecido en territorio español, debido a que la Audiencia Nacional elevó una cuestión prejudicial para que el tribunal europeo se pronunciase. Señálese que esta sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014 es coherente con buena parte de las resoluciones emitidas en esta materia por España antes y después de esta fecha.

En este sentido, conviene resaltar la actuación de la Agencia Española de Protección de Datos, que es una de las partes en el proceso que culminó con esta sentencia. Este organismo es una autoridad administrativa que ha ido emitiendo una serie de resoluciones donde se reconoce la existencia de un derecho al olvido. Entiende que este derecho debe ser incorporado al derecho a la protección de datos que, pese a no estar recogido directamente en la Constitución Española de 1978, encuentra su apoyo en algunos artículos de esta Carta Magna, así como en leyes orgánicas que desarrollan derechos de la personalidad.

De este modo, para proteger el derecho al olvido la Agencia Española de Protección de Datos se ampara en dos principios recogidos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal: el artículo 4.5 que fija el principio de finalidad como límite a la conservación de los datos registrados y el artículo 6 que regula los requisitos necesarios para el tratamiento de datos y que consisten, por un lado, en el principio del consentimiento inequívoco del afectado y, por otro lado, en la existencia de un interés público actual. No obstante, este consentimiento no es necesario en el supuesto de que los datos personales se alojen en una fuente de acceso público<sup>14</sup>.

Del mismo modo, debe aludirse a la sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, la cual constituye una nueva regulación en una materia incipiente como es el derecho al olvido y cuya importancia radica en que viene a establecer el derecho a la protección de datos como

---

<sup>13</sup> Op. Cit. FUENTETAJA PASTOR, J.A., pp. 85-86.

<sup>14</sup> Vid. LÓPEZ PORTAS, B. “La Configuración Jurídica del Derecho al Olvido en el Derecho Español a tenor de la doctrina del TJUE”, *Revista de Derecho Político*, nº 93, 2015, pp. 157-161.

un derecho fundamental autónomo. Su contenido queda configurado por los principios y derechos que se contemplan en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Adviértase que esta resolución declaró la nulidad y la inconstitucionalidad de parte del articulado de esta norma.

Con respecto a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014, destáquese que recoge parcialmente el derecho al olvido en el ámbito comunitario en un supuesto concreto. No se puede obviar la influencia de esta resolución en los países de la Unión Europea, toda vez que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es fuente de derecho y, además, que uno de los objetivos principales de la cuestión prejudicial consiste en garantizar la aplicación uniforme del derecho en todos los países europeos.

Una de las cuestiones más relevantes de esta sentencia pionera es que atribuye una responsabilidad a Google por el tratamiento que realiza de los datos personales, la cual persiste ya que la actividad de un buscador ejerce de multiplicador de la información. A diferencia de otros actores en el proceso de manejo de datos, atribuye una mayor responsabilidad a los buscadores de internet por suponer una mayor injerencia en el derecho fundamental al respeto de la vida privada<sup>15</sup>. De ahí que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ordene la supresión de los links a la información del titular de los datos a Google. No obstante, esta obligación debe ser conciliada con otros principios relativos a los datos personales, como son el de calidad de los datos y el de finalidad de los tratamientos<sup>16</sup>.

Otro aspecto importante que se deriva de la sentencia es el establecimiento de unas reglas específicas para ponderar lo concerniente al derecho al olvido, entre las que se encuentran las siguientes: no es necesario que la información contenida en el tratamiento de datos cause un perjuicio al interesado; el derecho a la intimidad del interesado prevalece frente al interés económico del buscador; y, en general, la intimidad del afectado prevalece al interés público de acceder a la información excepto cuando por razones concretas se reconozca la existencia de un interés preferente del público en acceder a la información, supuesto que se daría en el caso de que el interesado tuviese relevancia en la vida pública<sup>17</sup>.

Sin embargo, esta sentencia aborda de manera controvertida varias cuestiones que pueden agravar parte de los problemas relativos a la responsabilidad de los motores de búsqueda, puesto que estos solo son intermediarios ya que indexan aquello que se les permite.

---

<sup>15</sup> Op. Cit. FERNÁNDEZ GARCÍA-ARMERO, P., p. 431-432.

<sup>16</sup> Vid. ARENAS RAMIRO, M. "Unforgettable: a propósito de la STJUE de 13 de mayo de 2014. Caso Costeja (Google vs. AEPD)", *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, n° 34, 2014, pp. 546-550.

<sup>17</sup> Vid. Apartado 99 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014.

Por lo tanto, su obligación debería acotarse a la retirada de los datos de sus servidores y a suprimir los links que contienen la información que se desea suprimir.

## **6. El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016**

El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), constituye un avance más en la protección del derecho del olvido.

El legislador plasma en el Reglamento lo que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea había reconocido dos años antes, lo cual no es de extrañar, ya que en ocasiones los tribunales se limitan a aplicar las normas emanadas del poder legislativo, mientras que otras veces, como en este supuesto, es el poder judicial quien marca el camino del poder legislativo.

Una de las principales novedades que se deriva del texto del Reglamento 2016/679 es que se reconoce el derecho al olvido en su artículo 17. Parafraseando a Montesquieu, nada mejor que la boca del legislador para condensar de manera inmejorable este derecho, motivo por el cual su contenido se transcribe íntegramente: “1. El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo;

b) el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), y este no se base en otro fundamento jurídico;

c) el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 1, y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento, o el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 2;

d) los datos personales hayan sido tratados ilícitamente;

e) los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento;

f) los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información mencionados en el artículo 8, apartado 1.

2. Cuando haya hecho públicos los datos personales y esté obligado, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, a suprimir dichos datos, el responsable del tratamiento, teniendo en cuenta la tecnología disponible y el coste de su aplicación, adoptará medidas razonables, incluidas medidas técnicas, con miras a informar a los responsables que estén tratando los datos personales de la solicitud del interesado de supresión de cualquier enlace a esos datos personales, o cualquier copia o réplica de los mismos.

3. Los apartados 1 y 2 no se aplicarán cuando el tratamiento sea necesario:

a) para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información;

b) para el cumplimiento de una obligación legal que requiera el tratamiento de datos impuesta por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento, o para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable;

c) por razones de interés público en el ámbito de la salud pública de conformidad con el artículo 9, apartado 2, letras h) e i), y apartado 3;

d) con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, en la medida en que el derecho indicado en el apartado 1 pudiera hacer imposible u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de dicho tratamiento, o

e) para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones”.

## **7. Conclusiones.**

El nivel de desarrollo y de difusión de las nuevas tecnologías nos sitúa ante nuevos problemas y retos que a día de hoy no se pueden soslayar. Desde el momento en el que existen más dispositivos móviles que personas parece una evidencia afirmar que su futuro desarrollo y difusión supondrán seguir adentrándose en el terreno de lo desconocido dentro de la era digital.

El actual estado de la técnica y el fenómeno de la globalización han supuesto una modificación del concepto frontera y con ello la mutabilidad de algunos derechos. No es de



extrañar que algunos derechos puedan verse reforzados, al mismo tiempo que otros derechos pueden ser vulnerados con más facilidad. Del mismo modo, algunos derechos se encuentran en decadencia como los aparejados a la privacidad, mientras que otros nacen consecuencia de una necesidad de protección.

Entre estos derechos de nueva creación, el derecho al olvido es uno de los más relevantes en relación a las nuevas tecnologías, toda vez que trata de proteger varios derechos como, entre otros y desde el punto de vista español, el del honor y el de la intimidad personal. Su consagración a nivel europeo se encuentra en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014, donde se recoge de manera parcial para un caso acaecido en territorio español. Posteriormente, el legislador comunitario lo reguló específicamente dentro del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016. Tanto la sentencia como el Reglamento han servido para tratar de armonizar la actuación de los diversos países que conforman la Unión Europea.

En este caso el ordenamiento jurídico español ha estado en la vanguardia de la protección de los derechos concernientes al olvido y buena muestra de ello son las actuaciones en esta materia de una autoridad administrativa como es la Agencia Española de Protección de Datos, cuya posición en esta materia provocó la cuestión prejudicial que desembocó en la mencionada sentencia del año 2014.

Sin embargo, el hecho de que el ejercicio del derecho al olvido dependa en buena medida de cuestiones técnicas ajenas al legislador y a la jurisprudencia, constituye un síntoma inequívoco de que en esta materia no se ha dicho la última palabra, máxime si el estado de avance continuo de las nuevas tecnologías sigue su habitual desarrollo y con ello sus probables influencias en los derechos.

## 8. Bibliografía.

ARENAS RAMIRO, M. “Unforgettable: a propósito de la STJUE de 13 de mayo de 2014. Caso Costeja (Google vs. AEPD)”, *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, nº 34, 2014.

CANCIO FERNÁNDEZ, R.C. “Indexación, información, motores de búsqueda y protección de datos o la cuadratura del círculo” en el Observatorio de la Cátedra de Paz, Seguridad y Defensa de la Universidad de Zaragoza, de 2 de septiembre de 2013.

FERNÁNDEZ GARCÍA-ARMERO, P. “El derecho al olvido”, *Cadernos de Derecho actual*, nº 9, 2018.

FUENTETAJA PASTOR, J.A. *Derecho Administrativo Europeo*, editorial Civitas, 1ª edición, Navarra, 2014.

LÓPEZ PORTAS, B. “La Configuración Jurídica del Derecho al Olvido en el Derecho Español a tenor de la doctrina del TJUE”, *Revista de Derecho Político*, nº 93, 2015.

MOROZOV, E. *El desengaño de internet: Los mitos de la libertad en la red*, editorial Destino, 1ª edición, Barcelona, 2012.

OLMEDA, J.A. “Gobierno electrónico, ciberpolítica y democracia” en VV.AA., *La democracia del siglo XXI (Política, medios de comunicación, internet y redes sociales)*, editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

RALLO LOMBARTE, A. “El derecho al olvido y su protección: a partir de la protección de datos”, *Telos: Cuadernos de comunicación e innovación*, nº 85, 2010.

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

SÁNCHEZ ABRIL, P., PIZARRO MORENO, E. “La intimidad europea frente a la privacidad americana: Una visión comparativa del derecho al olvido”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2014.

SEISDEDOS POTES, V. "Derecho al olvido. Jaque a Google en Europa", *Cadernos de Dereito Actual*, nº 2, 2014.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014.

WAJCMAN, J. *Esclavos del tiempo: Vidas aceleradas en la era del capitalismo digital*, editorial Paidós, 1ª edición, Barcelona, 2017.

WOLTON, D. *Internet, ¿y después?: una teoría crítica de los nuevos medios de comunicación*, editorial Gedisa, Barcelona, 2000.

# ANÁLISE DOS MODELOS DE RELAÇÃO ENTRE OS ÓRGÃOS REGULADORES SETORIAIS E AS AUTORIDADES DA CONCORRÊNCIA

João Manoel de Lima Junior<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem o objetivo de analisar um modelo de classificação do relacionamento entre os reguladores setoriais e as autoridades da concorrência. Para tal finalidade, primeiro, aborda os modelos propostos por Maria Manual Leitão Marques, João Paulo Simões de Almeida e André Matos Forte. Acredita-se que a análise deste modelo de estudo e classificação das diversas formas de interlocução e diálogo institucional entre a atuação das autoridades antitruste e os órgãos reguladores setoriais pode extrair importantes lições para o aprimoramento da análise da relação entre regulação e defesa da concorrência no Brasil. Neste sentido, o presente artigo busca suprir uma lacuna na academia jurídica brasileira ao esclarecer e problematizar parâmetros normativos para a definição do modo como a autoridade concorrencial, no caso brasileiro, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, pode assegurar que a defesa da concorrência não seja obstada em setores regulados pela atuação das respectivas agências reguladoras setoriais. A produção acadêmica jurídica brasileira sobre a relação entre a atuação transversal da autoridade responsável pela defesa da concorrência e a atuação vertical dos órgãos reguladores setoriais foca quase que exclusivamente em análises casuísticas e indutivas. Com base em pesquisa bibliográfica e método dedutivo, o presente trabalho parte da premissa de que para a correta compreensão e análise do fenômeno social, político, econômico e jurídico da interlocução entre a defesa da concorrência a regulação setorial depende necessariamente da adoção prévia de um modelo teórico que norteará a atuação do analista e, portanto, permitirá a produção de inferências generalizáveis a partir dos estudos empíricos, superando uma das principais limitações dos estudos sobre a relação entre regulação e concorrência realizados no Brasil.

**Palavras-chave:** regulação; concorrência; interlocução.

## Introdução

O presente artigo tem como objetivo analisar a relação entre a atuação dos órgãos reguladores setoriais e as autoridades da concorrência. É importante ser destacado que este modelo de relacionamento não é algo simples de ser analisado. Uma vez que a defesa da concorrência e a atuação do órgão regulador setorial geralmente têm objetivos diferentes e, por vezes, conflitante.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito de Empresa e Atividades Econômicas – UERJ, Rio de Janeiro, Brasil. Mestre em Direito Econômico pela USP, São Paulo, Brasil. Foi Pesquisador Visitante na Georgetown University Law Center e Professor Substituto de Direito Comercial da Faculdade Nacional de Direito – FND/UFRJ, Rio de Janeiro, Brasil. Atualmente é Professor Adjunto da Graduação em Direito da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito Rio e Pesquisador do Centro de Pesquisa em Direito e Economia da FGV Direito Rio – CPDE/FGV.

## Análise dos Modelos de Relação Entre os Órgãos Reguladores Setoriais e as Autoridades da Concorrência

Por exemplo, em alguns casos, sob o ponto de vista do órgão regulador setorial, poderia ser mais vantajoso ter restrições regulatórias ao ingresso de determinados participantes de um mercado relevante em questão. Ao passo que do ponto de vista da defesa da concorrência seria mais interessante ter um maior número de empresas atuantes em determinado segmento da economia para fomentar a concorrência e, com isso, aumentar a qualidade e reduzir os preços cobrados dos consumidores do produto em questão.

Pode existir, ainda, uma diferença nas definições de “mercado relevante”, para fins de análise e aplicação do direito concorrencial, e de “setor” regulado, para fins de definição do escopo de atuação do órgão regulador setorial.

Outra dificuldade estaria na diferença produzida pela distância entre o órgão regulador setorial e a autoridade concorrencial de um determinado setor da economia. Por um lado, o regulador setorial pode estar próximo demais do setor regulado e, por isso, conhecer melhor as nuances de funcionamento daquele mercado. Por outro, a autoridade concorrencial poderia ter uma visão mais clara e precisa do que exatamente é necessário ser feito para buscar fomentar a concorrência no segmento regulado, dada sua maior especialização em análise de questões concorrenciais.

Assim, existem vantagens e desvantagens (*trade offs*) decorrentes da maior ou menor distância de um determinado tipo de órgão em relação ao setor regulado que devem ser consideradas na formulação de políticas públicas setoriais ou na formulação do desenho institucional. Por exemplo, o órgão regulador setorial, por estar mais perto do setor regulado, pode ser mais facilmente “capturado” pelos agentes privados, enquanto a autoridade concorrencial pode não conhecer todos os detalhes de um determinado setor para definir a forma adequada de proteger a concorrência.

Contudo, considerando que grande parte da economia moderna se encontra sob algum tipo de regulação estatal, especialmente os segmentos sensíveis para o desenvolvimento nacional, tais como infraestrutura, saneamento, recursos hídricos e energia elétrica, a identificação do padrão de relacionamento entre a atuação transversal do órgão de defesa da concorrência, no Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, nos diversos setores regulados é de fundamental importância.

Adicionalmente, é importante salientar que muitos destes setores sensíveis para o desenvolvimento indicados acima, são setores “regulados” ou monopólios naturais. Ou seja, setores cuja qualidade e a segurança dos produtos ofertados e a entrada de participantes depende da obtenção de autorização de uma autoridade estatal específica daquele setor

(atuação vertical). Bem como são setores da economia cuja concorrência em menor grau, ou mesmo sua inexistência, são mais *eficientes*<sup>2</sup> para o funcionamento do mercado.

A complexidade da interlocução entre a atuação do órgão regulador setorial e a autoridade da concorrência também decorre do fato de existir uma certa tensão antagônica entre “regulação” e “concorrência”. Esta tensão existe por que mercados não regulados, ou seja, cujo ingresso, atuação de seus agentes e a qualidade e segurança dos produtos oferecidos é livremente definida pelas pressões de oferta e demanda tenderiam a se auto-organizar no sentido de mais concorrência. Em um mercado como esse a regulação seria a imposição de restrições artificiais externas ao funcionamento do mercado.

Apesar da importância da análise da relação entre a atuação da autoridade concorrencial e a atuação de órgãos reguladores setoriais já ter gerado no Brasil uma série de artigos jurídicos e estudos específicos. Ainda carecemos de um modelo geral de análise que possa ser aplicado em diversas situações e setores diferentes ou que permita algum nível mínimo de comparabilidade entre a atuação dos diversos órgãos e setores. Por exemplo, grande parte dos estudos atualmente existentes não permite fazer inferências e generalizações seguras a partir da análise dos casos concretos estudados, pois não respondem perguntas como: existem diferenças na atuação da autoridade concorrencial entre setores regulados ou não regulados? Como é e como poderia ser a relação entre a autoridade concorrencial e o regulador setorial? Existe alguma regularidade?

Em suma, ainda parece inexistir no repertório da análise jurídica brasileira da relação entre o direito da concorrência e o direito regulatório *tipos ideais*<sup>3</sup> com base nos quais esta relação pode ser analisada. Esta falta de parâmetros mais ou menos rígidos leva ao que Nonet e Selznick (2001) chamam de *empiricismo* (“*empiricism*”). Ou seja, uma falha de análise decorrente da observação da realidade sem uma teoria norteadora como fundamento. Naturalmente, este tipo de análise somente gera resultados parciais e pouco úteis no longo

---

<sup>2</sup> Sem prejuízo das possíveis discussões sobre o significado do termo “eficiência”, no presente trabalho esse termo significa tão somente a busca de determinado resultado com a menor utilização possível de esforços e recursos escassos (tais como tempo, capital, trabalho, recursos humanos, etc.)

<sup>3</sup> O conceito de “tipo ideal” inicialmente cunhado por Max Weber é assim esclarecido por Cohn (1979; pág. 128): “O tipo ideal é um conceito ‘caracterizador’. Ele não se aplica aos traços médios ou genéricos de uma multiplicidade de fenômenos, mas visa a tornar o mais unívoco possível o caráter singular de um fenômeno particular. Seu princípio básico é genético: tais ou quais traços da realidade são selecionados e associados no tipo na estrita medida em que a ordem de fenômenos a que se refere é significativa para o pesquisador, por que permite formular hipóteses acerca da influência causal sobre o modo como se apresentam contemporaneamente certos valores a que o pesquisador adere: em suma, trata-se de examinar a ‘responsabilidade’ histórica do tipo em face daquilo que importa ao pesquisador.”

prazo, pois nunca fica claro se, e quando, o resultado da análise de um caso ou situação concreta poderá ser válido para a avaliação de casos e situações futuras.

Sendo assim, o presente artigo tem menos o objetivo de apresentar outra “análise” ou “estudo” de caso<sup>4</sup> sobre a relação entre a atuação da autoridade concorrencial e algum órgão regulador setorial e mais o objetivo de apresentar um modelo possível de análise do relacionamento entre os reguladores setoriais e as autoridades da concorrência.

Para tal finalidade, serão abordados os modelos propostos pela professora Maria Manual Leitão Marques e pelos professores João Paulo Simões de Almeida e André Matos Forte consolidados no livro “*Concorrência e Regulação (a relação entre a autoridade da concorrência e as autoridades de regulação sectorial)*” publicado em Portugal em 2005 pela Coimbra Editora.

Este modelo foi escolhido por que apresenta duas vantagens. Em primeiro lugar, é simples o suficientemente para ser aplicado em diversos contextos e, em segundo lugar, por que permite a comparabilidade entre as análises setoriais desenvolvidas. O que possibilita a elaboração de inferências não a partir de um, ou poucos, estudos de caso individuais de um determinado segmento da economia, mas sim a partir do padrão de relacionamento identificado em múltiplos segmentos e casos.

O presente artigo divide-se em duas partes. A primeira, esta breve introdução, e a segunda, que apresenta um modelo possível da análise da relação entre a autoridade concorrencial e os órgãos reguladores setoriais e a segunda contém o esboço de uma proposta de aplicação do modelo identificado.

Após feita a breve introdução sobre a supervisão regulatória descrita acima, é possível iniciar a segunda parte do presente artigo que tratará (a) da introdução, em linhas gerais, do modelo de análise sugerido pelos professores supracitados para identificação das formas possíveis de configuração jurídica e institucional do relacionamento entre a autoridade da concorrência e os órgãos reguladores setoriais.

---

<sup>4</sup> Para a definição e distinção entre “estudo” e “análise” de caso, ver Gil (2009, p. 4). Segundo este autor: “Na análise de casos, dispõe-se de um conjunto de informações acerca de um grupo, organização, comunidade, fato ou fenômeno que podem ser analisados com propósitos diversos. Os dados já estão disponíveis, cabendo ao pesquisador conferir-lhes tratamento analítico. Esta análise de casos, que não constitui rigorosamente estudo de caso, é adotada como um dos procedimentos fundamentais nos estudos exploratórios. Os casos são tomados como exemplos que estimulam a compreensão de um fenômeno com vistas a formulação de um problema. Juntamente com outras estratégias, como imersão na literatura e entrevistas com pessoas que tiveram experiência prática com o problema, a análise de casos pode dar origem a estudos exploratórios, que servem de base para estudos mais aprofundados”.

**Modelos de análise da relação entre o órgão regulador setorial e a autoridade da concorrência.**

Segundo Marques, Almeida e Fortes (2005) para a identificação do modelo institucional a ser utilizado para regulação de um determinado setor da economia deve-se, primeiro, identificar as vantagens e as desvantagens decorrentes da atuação do órgão regulador setorial, de um lado, e da autoridade concorrencial, de outro.

Estes autores mencionam as seguintes vantagens e desvantagens relativas da atuação da autoridade concorrencial e do regulador setorial na consecução de objetivos públicos:

**Tabela 1 – Vantagens relativas de cada tipo de autoridade**

Autoridade concorrencial	Órgão regulador setorial
<ul style="list-style-type: none"><li>• Poderes de investigação reforçados</li><li>• Aplicação de medidas cautelares</li><li>• Medidas punitivas mais gravosas</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Construção do mercado</li><li>• Definição do mercado relevante</li><li>• Avaliação da existência de poder de mercado significativo</li></ul>
<ul style="list-style-type: none"><li>• Conhecimento global da economia e do mercado</li><li>• Aplicação homogênea do direito da concorrência</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Detecção precoce de comportamentos anticoncorrenciais</li><li>• Definição de objetivos sociais e dos meios restritivos da concorrência necessários para atingi-los.</li><li>• Conhecimento especializado no setor suscetível de proporcionar maior eficiência na intervenção</li></ul>

Fonte: adaptado de Marques, Almeida e Fortes (2005: pág. 202)

Uma vez identificados o que se ganha e o que se perde com a atuação de cada um dos tipos de autoridade envolvida na regulação, setorial, ou na defesa da concorrência, transversal, é possível adentrar nos tipos de modelos de inter-relacionamento possíveis entre estas duas formas de atuação estatal úteis, necessárias e/ou suficientes para buscar a consecução de objetivos relevantes para o interesse público e para o desenvolvimento.

Conforme já abordado acima, regulação consiste, basicamente, por um lado, no estabelecimento de regras delimitadoras do ingresso em determinados mercados e/ou para o exercício de determinadas profissões. Por outro, consiste na definição de regras e parâmetros mínimos de qualidade e segurança dos produtos ofertados. Contudo, esta definição, deliberadamente simples, é suficiente para abarcar apenas um aspecto do que hoje se denomina pelo vocábulo "regulação": a regulação "técnica".

## Análise dos Modelos de Relação Entre os Órgãos Reguladores Setoriais e as Autoridades da Concorrência

Além deste tipo de objetivo almejado pela regulação desenvolvida pelo Estado, há que se destacar também outras duas vertentes: a regulação "econômica" e a defesa da concorrência. Na regulação econômica, o estado regulador se ocupa da definição de regras aplicáveis para nortear a conjuntura de funcionamento de um determinado mercado. Ou seja, seria uma atuação voltada para o contexto, para as circunstâncias operacionais e funcionamento de um determinado segmento da economia como um todo<sup>5</sup>.

Por outro lado, a defesa da concorrência, na modalidade em que se verifica atualmente na maior parte dos países (com controle de estruturas<sup>6</sup> e controle de condutas) não pode, a rigor, ser coerentemente denominada regulação. Uma vez que busca, justamente, garantir que o mercado funcione, por meio de suas próprias forças e pressões "naturais" (preço, demanda, qualidade, eficiência, etc.) funcionar. Assim, a defesa da concorrência teria como missão evitar abusos para distorçam o funcionamento dos mercados eficientes, ao passo que a regulação teria como missão acertar um determinado ponto de "equilíbrio", de eficiência, por meio de hetero regulação estatal.

Para que fosse possível, de fato, dizer a defesa da concorrência se dá por meio de uma "regulação" propriamente dita, seria necessário que ainda tivéssemos entre nós outros instrumentos de intervenção do Estado no domínio econômico. Tais como o controle de preços, o controle estatal da quantidade de participantes de determinados mercados não restringidos pelas tradicionais barreiras econômicas de entrada (preço, infraestrutura, especialização técnica, etc.).

Em resumo, por meio da regulação ou da defesa da concorrência, seria possível atingir três objetivos socialmente relevantes que têm pontos de inflexão e convergência entre si: a regulação técnica, a regulação econômica e a defesa da concorrência.

Segundo os professores Marques, Almeida e Forte (2005; pág. 28), seria possível dividir a competência e combinar a atuação dos órgãos estatais de intervenção econômica das seguintes formas:

---

<sup>5</sup> Para maiores informações sobre a regulação de conjuntura, ver Rocha (2004) "A capacidade normativa de conjuntura no direito econômico: o déficit democrático da regulação financeira." Tese de doutorado apresentada à banca examinadora do programa de pós-graduação em direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 204 páginas.

<sup>6</sup> Entende-se por "estrutura" de mercado a combinação, observada em concreto, da relação existente entre a quantidade de agentes de um mercado, os produtos ofertados, a possibilidade de domínio de cada agente sobre a formação de preços do mercado, facilidade de ingresso de novos concorrentes no mercado e formas de concorrência para além da disputa por preço (competição por diferenciação ou nicho, por exemplo). De acordo com a combinação observada em cada mercado específico, a sua estrutura pode ser definida como concorrência perfeita, concorrência monopolística, oligopólio ou oligopsônio e monopólio ou monopolsônio.



**Tabela 2 – Modelos de repartição de competências entre a autoridade da concorrência e o órgão regulador setorial**

Regulação / Modelos	Regulação Técnica	Regulação Econômica	Defesa da concorrência
Modelo 1	OS	OS	OS
Modelo 2	OS	OS	AC
Modelo 3	OS	OS / AC	AC / OS
Modelo 4	OS	AC	AC

Legenda: OS = Órgão regulador setorial / AC = Autoridade concorrencial

Fonte: adaptado de Marques, Almeida e Fortes (2005: pág. 28)

Vale notar sobre a Tabela 2 que os modelos propostos permitem identificar situações de competência administrativa comum e exclusiva entre a atuação destes diferentes órgãos. Assim, no primeiro modelo, tendo em vista que a competência para defesa da concorrência ficaria a cargo exclusivamente do órgão regulador setorial, teríamos uma situação de “isenção antitruste”. Já no Modelo 3, teríamos duas situações distintas de competência comum ou suplementar. Pois, a regulação econômica ficaria a cargo primordialmente do órgão regulador setorial e a defesa da concorrência ficaria a cargo primordialmente da autoridade concorrencial.

Uma das críticas que pode ser feita ao modelo de análise apresentado pelos professores Marques, Almeida e Forte (2005; pág. 28), diz respeito à ausência de distinção entre as hipóteses de competências administrativas comum e suplementar e as hipóteses de competências normativas comuns e concorrentes<sup>7</sup>. Estas limitações devem ser consideradas e supridas no momento de aplicação do modelo para análise de cada caso concreto de interação entre a defesa da concorrência e a regulação setorial.

Por fim, há que se resumir as vantagens e as desvantagens apresentadas por Marques, Almeida e Forte (2005; págs. 29 a 31) de cada um dos possíveis modelos identificados para a análise da relação entre a autoridade da concorrência e os órgãos reguladores setoriais. O será feito na Tabela 3, a seguir:

<sup>7</sup> Todavia, esta limitação quanto à atuação normativa somente se verificaria em países onde existe uma “regulação”, propriamente dita, da concorrência e fosse lícita a delegação de poderes normativos do poder legislativo para a administração pública (poder executivo).

**Tabela 3 – Vantagens e desvantagens dos modelos de repartição de competências entre a autoridade da concorrência e o órgão regulador setorial**

Modelos	Vantagens	Desvantagens
<b>MODELO 1</b> Regulação Técnica: OS Regulação Econômica: OS Defesa da Concorrência: OS	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <i>One stop shop</i>;</li> <li>• Coerência de toda a regulação;</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Falta de conhecimento especializados do OS para aplicar as regras da concorrência;</li> <li>• Incoerência na aplicação do direito da concorrência;</li> <li>• Atribuição de competências muito alargadas ao OS que podem ser retiradas no futuro;</li> <li>• Maior risco de captura;</li> </ul>
<b>MODELO 2</b> Regulação Técnica: OS Regulação Econômica: OS Defesa da Concorrência: AC	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Coerência entre a regulação técnica e a econômica;</li> <li>• Sinergias na sua aplicação por uma autoridade com conhecimento especializado do setor;</li> <li>• Restrição das competências do OS aos domínios onde a necessidade de regulação tenderá a desaparecer;</li> <li>• Coerência na aplicação do direito da concorrência;</li> <li>• Intervenção preventiva (<i>ex ante</i>) em vez de reativa (<i>ex post</i>)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Incompatibilidade entre a regulação econômica e a defesa da concorrência;</li> <li>• Maior risco da captura;</li> </ul>
<b>MODELO 3</b> Regulação Técnica: OS Regulação Econômica: OS/AC Defesa da Concorrência: AC/OS	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Coerência entre a regulação técnica e a econômica;</li> <li>• Restrição das competências prioritários do OS aos domínios onde a necessidade de regulação tenderá a desaparecer;</li> <li>• Conhecimento especializado do OS;</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Culturas diferentes dificulta a colaboração;</li> <li>• Colaboração é suscetível de reduzir a eficiência da regulação (maior burocracia/ entrincheiramento burocrático);</li> <li>• Riscos de ineficiências e falhas de comunicação obrigam a monitoração;</li> </ul>

---

<p><b>MODELO 4</b> Regulação Técnica: OS Regulação Econômica: AC Defesa da Concorrência: AC</p>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Intervenção preventiva (<i>ex ante</i>) em vez de reativa (<i>ex post</i>);</li><li>• Prevenção de incoerências através da colaboração;</li><li>• Facilitação das transferências de competência por efeito da colaboração;</li><li>• Aproveitamento mútuo do conhecimento especializado de cada tipo de autoridade;</li><li>• Menor risco de captura;</li><li>• Coerência entre a regulação econômica e as regras da concorrência, ou seja, entre a promoção e a defesa da concorrência;</li><li>• Restrição máxima às competências do OS;</li><li>• Coerência na aplicação do direito da concorrência;</li><li>• Menor risco de captura;</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Conflitos em caso de posicionamentos diferentes gerando a necessidade arbitrar ou previamente decidir a favor de uma das duas autoridades/objetivos.</li><li>• Falta de conhecimentos especializado da AC para desenvolver e aplicar a regulação econômica (de conjuntura);</li><li>• Incompatibilidades de culturas (AC não fixa preços, evita que eles sejam fixados)</li></ul>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

---

Fonte: adaptado de Marques, Almeida e Fortes (2005: págs. 29 a 31)

Sobre a Tabela 3, vale destacar que se, por um lado, a maior aproximação entre a autoridade concorrencial e a atividades de regulação econômica pode ser desejável, principalmente por reduzir os riscos de captura da regulação pelos setores regulados; por outro, pode gerar ineficiências e falhas regulatórias decorrentes da necessidade de cooperação e atuação Inter setorial entre diferentes órgãos da administração pública e diferentes racionalidades almejadas pela defesa da concorrência e pela regulação econômica.

Sendo assim, a definição de cada modelo de relacionamento dependerá, sempre, de uma análise prévia dos padrões de comunicação de interação entre os órgãos (se tendentes à centralização ou descentralização, facilidade de diálogo, etc.) e dos objetivos prioritários de políticas públicas em determinado momento ou setor da economia (se, por exemplo, for relevante para o interesse público reduzir o número de participantes de um determinado

## Análise dos Modelos de Relação Entre os Órgãos Reguladores Setoriais e as Autoridades da Concorrência

mercado via regulação ou fomentar o aumento do número participantes de um determinado mercado via defesa da concorrência, etc.).

### Considerações finais

O presente artigo teve como objetivo analisar a relação entre a atuação dos órgãos reguladores setoriais e as autoridades da concorrência. Espera-se que por meio da apresentação dos modelos identificados por Marques, Almeida, e Forte (2005) o presente artigo possa contribuir para a maior sistematização, comparabilidade e rigor nas diversas análises e estudos de casos desenvolvidos na academia jurídica brasileira envolvendo a inter-relação entre os órgãos responsáveis pela defesa da concorrência, especialmente o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, e as diversas órgãos reguladores setoriais existentes na administração pública federal brasileira<sup>8</sup>.

### Referências

- COHN, Gabriel. “Crítica e resignação: fundamentos da sociologia de Max Weber”, 1ª Edição, São Paulo: Editora T.A. Queiroz, 1979.
- GIL, Antonio Carlos. “Estudo de caso: fundamentação científica subsídios para coleta e análise de dados, como redigir o relatório”, 1ª Edição, 2ª Reimpressão, São Paulo: Editora Atlas. 2009.
- \_\_\_\_\_. “Métodos e técnicas de pesquisa social”, 6ª Edição, 4ª Reimpressão, São Paulo: Editora Atlas. 2011.
- MARQUES, Maria Manuel Leitão; ALMEIDA, João Paulo Simões de; FORTE, André Matos. Concorrência e Regulação (a relação entre a Autoridade da Concorrência e as Autoridades de Regulação Sectorial). 1ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora. 2005.
- NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. Law and Society in Transition: Toward Responsive Law. New Brunswick, Nova Jersey: Transaction Publishers. 2001.
- ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da. “A capacidade normativa de conjuntura no direito econômico: o déficit democrático da regulação financeira.” Tese de Doutorado em Direito Econômico. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2004.

---

<sup>8</sup> As “agências”. A saber: a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); a Agência Nacional de Águas (Ana); a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); a Agência Nacional do Cinema (Ancine); e a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac).

## OS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE NAS EMPRESAS ESTATAIS BRASILEIRAS

Gabriel Vinícius Carmona Gonçalves<sup>1</sup>

Pedro Henrique Espagnol de Farias<sup>2</sup>

**Resumo:** As regras trazidas pela Lei das Estatais demandam a implementação de um programa de integridade em todas as empresas públicas e sociedades de economia mista brasileiras, com um conteúdo mínimo que garanta a sua efetividade. Esse programa deve contar, em primeiro lugar, com o comprometimento da alta direção da estatal e ser operacionalizado por meio de padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, extensíveis aos empregados, administradores e terceiros, bem como da realização das diligências devidas antes da contratação desses terceiros. Além disso, deve contar com uma constante avaliação dos riscos próprios da atividade da estatal, bem como com um controle estrito dos registros contábeis. Outro ponto importante é a existência de padrões e procedimentos específicos para as licitações e contratações. A efetividade do programa de integridade também está intimamente vinculada à independência da instância interna por ele responsável, à existência de canais de denúncia seguros, da adoção de medidas disciplinares para a penalização dos violadores, da existência de procedimentos que assegurem a pronta interrupção das irregularidades e do monitoramento contínuo da sua efetividade.

**Palavras-chave:** integridade, compliance, empresas estatais, combate à corrupção, gestão de riscos.

**Abstract:** The rules introduced by the Brazilian State-Owned Companies Law demand the implementation of an Integrity Program in all public and mixed economy companies, with a minimum content that guarantees its effectiveness. This program must necessarily count on the commitment of the company's top management (tone from the top) and be operationalized through standards of conduct, code of ethics, integrity policies and procedures, applicable to employees, managers and third parties (including the performance of due diligence before contracting of such third parties). In addition, it must count on a constant risk assessment, as well as a strict control of the accounting records. Another important point is the existence of specific standards and procedures for bidding and hiring. The effectiveness of the integrity program is also closely linked to the independence of the internal body responsible for it, the existence of safe channels of denunciation, the adoption of disciplinary measures to penalize violators, the existence of procedures to ensure the prompt interruption of irregularities and the continuous monitoring of its effectiveness.

**Keywords:** integrity, compliance, state-owned companies, anti-corruption, risk assessment.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Pós-Graduado em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e em Direito Corporativo e Compliance pela Escola Paulista de Direito. Contato: gabriel.goncalves@pnm.adv.br.

<sup>2</sup> Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Ex-aluno da Sociedade Brasileira de Direito Público. Contato: phespagnol@gmail.com.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

A Lei Federal n.º 13.303, de 30 de junho de 2016, estabeleceu o estatuto jurídico das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias no direito brasileiro, e fixou a obrigatoriedade de adoção de regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno.

Como se apontará no presente artigo, as novas regras trazidas pela Lei das Estatais demandam a implementação de um programa de integridade em todas as empresas públicas e sociedades de economia mistas brasileiras, com um conteúdo mínimo que garanta a sua efetividade.

Em trabalho que analisa o papel do administrador na gestão da integridade nas empresas estatais, GASTRUMP e PEREZ FILHO (2016) apontam que a Lei das Estatais “representa importante avanço na gestão das empresas estatais e, por direta consequência, ao próprio interesse público e combate à corrupção; e chega a bom tempo, na medida em que a sociedade clama por maior lisura no trato da coisa pública”.

De fato, a obrigação de implementarem um programa de integridade que se pretenda efetivo está diretamente relacionada com a relevância política das empresas estatais, altamente sujeitas a ingerências políticas de toda sorte.

LOPEZ (2011, p. 121) trata desses riscos, relacionando-os diretamente os escândalos de corrupção usualmente nelas verificados ao baixo controle da gestão e da transparência das suas atividades:

É no âmbito das empresas estatais, no setor menos sujeito à transparência pública e ao escrutínio dos órgãos de controle da burocracia, que a conexão entre política, extração de recursos públicos e partidos é mais intensa (...). Embora motivos econômicos perpassem as lutas de poder por todos os setores da Esplanada, sua intensidade varia e, no caso das estatais, assume uma relevância que acaba por se tornar epicentro dos mais amplos registros de corrupção organizada

Ao inserir a obrigação da instituição de um programa de integridade nas empresas estatais, o legislador permitiu um maior controle da atuação dessas entidades da Administração Pública indireta, garantindo a existência de um parâmetro objetivo para a observância do princípio da moralidade.

Como se passa a analisar, e apesar do silêncio da Lei das Estatais neste ponto específico, esses programas de integridade devem ser compostos de um conteúdo mínimo, que permita que seus órgãos internos e órgãos externos (de controle) analisem a sua efetividade.

## 2. OS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE NAS EMPRESAS ESTATAIS BRASILEIRAS: CONTEÚDO MÍNIMO.

Como mencionado acima, apesar de disciplinar a necessidade de elaboração de um programa de integridade nas empresas públicas e sociedades de economia mista brasileiras, a Lei das Estatais não apresentou qual seria o conteúdo mínimo desse programa, limitando-se a abordar os elementos que devem compor o código de conduta<sup>3</sup>.

A referência que se tem para um conteúdo mínimo de um programa de integridade que se pretenda efetivo se encontra no Decreto n.º 8.420, de 18 de março de 2015, que regulamenta a Lei Anticorrupção, e assim apresenta a definição normativa de programa de integridade:

“Art. 41. Programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira”<sup>4</sup>.

Logo em seguida, esse diploma normativo traz um referencial para se avaliar a existência e aplicação dos programas de integridade, estabelecendo os seguintes parâmetros:

(i) o comprometimento da alta direção da empresa estatal, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa - uma das principais formas de se garantir a efetividade de um programa de integridade é com a existência de uma mensagem clara da alta administração da empresa, que demonstre o seu integral comprometimento com a aplicação dos preceitos lá contidos. No âmbito da Administração Pública Federal, a Controladoria-Geral da União erigiu o comprometimento e apoio da alta administração como um dos quatro eixos fundamentais de um programa de integridade, e apontou que: "o comprometimento e apoio da alta direção do órgão público (...) para o fomento de uma

---

<sup>3</sup> O artigo 9º, §2º, desse diploma normativo, determina que as estatais devem elaborar um código de conduta e integridade, com o seguinte conteúdo mínimo: (i) princípios, valores e missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude; (ii) instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do código de conduta e integridade; (iii) canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do código de conduta e integridade e das demais normas internas de ética e obrigacionais; (iv) mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias; (v) sanções aplicáveis em caso de violação às regras do código de conduta e integridade; (vi) previsão de treinamento periódico, no mínimo anual, sobre código de conduta e integridade, a empregados e administradores, e sobre a política de gestão de riscos, a administradores.

<sup>4</sup> Em estudo produzido para a Transparência Internacional, FRANCE et al. (2017, p. 22) apontam que "são diversos os elementos que devem compor o Programa de Integridade de uma empresa estatal (...)", "como a existência de canais de denúncia, a regulamentação de esforços de lobbying e o processo de responsabilização de pessoas físicas e jurídicas que cometem irregularidades".

cultura ética, de respeito às leis e de implementação das políticas de integridade, é condição indispensável para criação e funcionamento de um programa de integridade” (CGU, 2017, p. 10);

(ii) a existência de padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade e a sua aplicabilidade a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos - o código de conduta é elemento fundamental para a existência e efetividade de um programa de integridade, servindo como um mapa para as demais políticas e procedimentos da empresa<sup>5</sup>;

(iii) a extensão desses padrões de conduta, do código de ética e das políticas de integridade, quando necessário, a terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados. Isto porque a implementação de um programa de integridade pode não ser efetiva se os padrões éticos não forem estendidos aos terceiros que lidam com a empresa estatal, especialmente a fornecedores, que se submetem, além das políticas internas criadas pela empresa, aos comandos do Capítulo I do Título II da Lei das Estatais, e à expressa previsão, na mesma norma, de diretriz que fixa a obrigatoriedade de "observação da política de integridade nas transações com partes interessadas" (artigo 32, V);

(iv) a realização periódica de treinamentos sobre o programa de integridade, para relembrar constantemente os empregados e terceiros dos compromissos assumidos perante a empresa estatal, e permitir (pela interação com aqueles que são treinados) a identificação de novos riscos;

(v) a análise recorrente (ou ordinária) e extraordinária (quando constatada alguma irregularidade) de riscos, para realizar as adaptações necessárias no programa de integridade;

(vi) a existência de registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da estatal, especialmente com o cumprimento dos requisitos da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976<sup>6</sup>, e de mecanismos de controles internos que assegurem a pronta elaboração e a confiabilidade dos seus relatórios e demonstrações financeiras;

---

<sup>5</sup> A apresentação do “Guia de Conduta do Sistema Petrobras” deixa clara essa extensão e a elevação do código de conduta como grande referencial do programa de integridade: "O Guia de Conduta do Sistema Petrobras é constituído de desdobramentos práticos do Código de Ética do Sistema Petrobras (Código de Ética) e de outros normativos. Ele abrange todas as pessoas sujeitas ao Código de Ética e apresenta as condutas a serem adotadas, orientadas pelos princípios de respeito, de honestidade e de responsabilidade, dentre outros. Estas condutas compõem as regras básicas para o agir ético. As condutas aqui descritas deverão ser observadas como orientações de comportamento em situações da vida profissional ou em decorrência dela. O Sistema Petrobras, com este guia, visa à prevenção de desvios de conduta, promovendo a disseminação de orientações e atividades educativas, sem prejuízo da aplicação de medidas disciplinares cabíveis quando, porventura, tais desvios forem constatados. O comprometimento de todos com o presente guia é fundamental para que Sistema Petrobras alcance suas metas e objetivos de forma ética e transparente" (PETROBRÁS, 2013, p. 05).

<sup>6</sup> Por expressa previsão na Lei das Estatais como parte do regime societário das empresas públicas e das sociedades de economia mista: "Art. 7º Aplicam-se a todas as empresas públicas, as sociedades de economia



(vii) a existência de procedimentos específicos para prevenir a ocorrência de fraudes e ilícitos no âmbito dos processos licitatórios conduzidos pela estatal, na execução dos contratos administrativos<sup>7</sup> e nas demais interações da empresa com o setor público (como o pagamento de tributos, a obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões, etc.);

(viii) a independência, autoridade e estruturação efetiva da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e pela fiscalização de seu cumprimento, que deve ter capacidade financeira, de tempo e pessoal para atuar de forma isenta, respondendo diretamente à alta administração;

(ix) a existência de canais de denúncia de irregularidades simples, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros (de forma que se permita, inclusive, a realização de denúncias anônimas), e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé;

(x) a adoção de medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade, a ampla divulgação dos procedimentos de apuração dos indícios de irregularidade, das medidas disciplinares e a indicação da área ou do responsável pela sua aplicação, bem como a adoção de cláusulas de integridade nos editais de licitação e nos contratos celebrados pelas estatais;

(xi) a existência de procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados, com o estabelecimento de um roteiro de atuação pré-estabelecido, que permita a preservação das provas existentes, a realização de uma análise de riscos pontual pela área responsável e, se necessário, a condução de uma investigação externa;

(xii) a realização de diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados: a chamada *due diligence* de terceiros permite, dentre outras

---

mista de capital fechado e as suas subsidiárias as disposições da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e as normas da Comissão de Valores Mobiliários sobre escrituração e elaboração de demonstrações financeiras, inclusive a obrigatoriedade de auditoria independente por auditor registrado nesse órgão".

<sup>7</sup> Conforme o artigo 32 da Lei das Estatais, são diretrizes para a condução das licitações e execução dos contratos administrativos: (a) a padronização do objeto da contratação, dos instrumentos convocatórios e das minutas de contratos, de acordo com normas internas específicas; (b) a busca da maior vantagem competitiva para a empresa pública ou sociedade de economia mista, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância; (c) o parcelamento do objeto, visando a ampliar a participação de licitantes, sem perda de economia de escala, e desde que não atinja valores inferiores aos limites lá estabelecidos; (d) a adoção preferencial da modalidade de licitação denominada pregão para a aquisição de bens e serviços comuns, assim considerados aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado; e (e) a já mencionada necessidade de observância da política de integridade nas transações com partes interessadas.

descobertas, a identificação de “fornecedores fantasmas”, e a realização de um bom mapeamento de todos aqueles que se relacionam com a empresa. Um bom parâmetro para se iniciar a realização de diligências é a consulta ao cadastro nacional de condenados por improbidade administrativa e aos cadastros de impedimento de contratar com a administração, que fornecem parâmetros das contrapartes com as quais as empresas estatais se relacionam e permitem um monitoramento constante dos terceiros;

(xiii) o monitoramento contínuo do programa de integridade visando ao seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei Anticorrupção.

Esses parâmetros já foram adotados por diversas empresas estatais, que implementaram (ou adaptaram) os seus programas de integridade após a edição da Lei das Estatais.

Como exemplo, temos os programas de integridade adotados pela Petrobras<sup>8</sup>, pelo Banco do Brasil<sup>9</sup>, pelo BNDES<sup>10</sup> e pelos Correios<sup>11</sup>, que apresentam todas as características descritas acima, e vêm sendo aperfeiçoados pelas empresas estatais por eles responsáveis.

Como se nota, o referencial estabelecido pela Lei das Estatais, pela Lei Anticorrupção e por suas normas regulamentadoras permitiram o aprimoramento da integridade no âmbito da Administração Pública Indireta, com o fomento à criação ou reavaliação dos programas de integridade das empresas estatais.

---

<sup>8</sup> O Programa Petrobras de Prevenção da Corrupção foi aprovado pela Diretoria Executiva (Ata DE 5.047, item 28, de 04/07/2013 – Pauta nº 820) e ratificado pelo Conselho de Administração (Ata CA 1.386, item 2, de 29/11/2013 – Pauta nº 56), "com o objetivo de reforçar a prevenção, detecção e correção de atos de fraude e de corrupção, por meio da gestão integrada e do aperfeiçoamento de ações e controles da nossa estrutura de governança" (PETROBRAS, 2013, p. 03).

<sup>9</sup> "O Programa de Integridade, aprovado pelo Conselho de Administração (CA) do BB, é resultado do comprometimento do Banco com a prevenção e o combate à corrupção, e encontra-se em consonância com o Código de Ética, com as Normas de Conduta e com a Política Específica de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro, ao Financiamento do Terrorismo e à Corrupção da Instituição, documentos institucionais também aprovados pelo CA" (BANCO DO BRASIL, 2018, p. 02).

<sup>10</sup> "(...) este Programa de Integridade do Sistema BNDES descreve o conjunto de normas e procedimentos que têm por objetivo a prevenção, detecção e remediação de desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra o BNDES ou contra terceiros (...) Este Programa de Integridade reúne em um só documento os mecanismos adotados pela Instituição para o combate a desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos, apresentando disposições que devem ser observadas pelas unidades na execução de suas atividades. Além disso, serve como referência para a disseminação de princípios éticos no ambiente corporativo brasileiro" (BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL, 2019, p. 03).

<sup>11</sup> "Em conformidade com esse conjunto de leis e diante da relevância do tema, a empresa passa a incorporar em sua gestão o presente Programa de Integridade dos Correios, aprovado pela Diretoria-Executiva e pelo Conselho de Administração. (...) o objetivo da iniciativa é combater qualquer tipo de ato lesivo ao patrimônio público, por meio de mecanismos internos de prevenção e combate à corrupção, desvios, fraudes, irregularidades e demais atos ilícitos" (EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS, 2017, p. 03).

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Do panorama geral exposto acima, depreende-se que os programas de integridade das empresas estatais devem ser compostos por requisitos mínimos que garantam a sua efetividade.

No silêncio da lei específica sobre o tema, buscou-se definir, com o parâmetro normativo anticorrupção, quais seriam esses requisitos mínimos, expostos em detalhe ao longo do presente artigo.

Com a observância desses parâmetros, acredita-se que os órgãos internos e externos de controle da atuação das empresas estatais poderão atuar com maior clareza e precisão no combate à corrupção no seu interior, fim último de qualquer programa de integridade.

### 4. REFERÊNCIAS.

BANCO DO BRASIL. Programa de Integridade do Banco do Brasil. Brasília: 2018. Disponível em <<https://www.bb.com.br/docs/pub/inst/dwn/integridadebb.pdf>>. Acesso em 10 de maio de 2019.

BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. Programa de Integridade do Sistema BNDES. Brasília: 2019. Disponível em <[https://www.bndes.gov.br/wps/wcm/connect/site/865cc86b-891a-42ac-a99e-486a086c2f07/BNDES\\_ProgramadeIntegridade.pdf?MOD=AJPERES&CVID=IYMUhQ->](https://www.bndes.gov.br/wps/wcm/connect/site/865cc86b-891a-42ac-a99e-486a086c2f07/BNDES_ProgramadeIntegridade.pdf?MOD=AJPERES&CVID=IYMUhQ->)>. Acesso em 10 de maio de 2019.

EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. Programa de Integridade. Brasília: 2019. Disponível em <<https://www.correios.com.br/sobre-os-correios/a-empresa/publicacoes/programa-de-integridade>>. Acesso em 10 de maio de 2019.

FRANCE, Guilherme; MOHALLEM, Michael Freitas; VASCONCELOS, Beto. Integridade e Transparência de Empresas Estatais no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2017. Disponível em <<http://hdl.handle.net/10438/20342>>. Acesso em 11 de maio de 2019.

GRAMSTRUP, Erik Frederico; PEREZ FILHO, Augusto Martinez. O compliance nas empresas estatais: combate à corrupção e o papel do administrador à luz da Lei nº 13.303/2016. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 10, n. 35, maio/ago. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=248393>>. Acesso em: 11 maio 2019.

LOPEZ, F. G.; PRAÇA, S. Critérios e Lógicas de nomeação para o alto escalão da burocracia federal brasileira. In: LOPEZ, F. G. (org.) Cargos de confiança no presidencialismo de coalizão brasileiro. Brasília: IPEA, 2011.

PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRAS. Programa Petrobras de Prevenção da Corrupção (PPPC). Brasília: 2013. Disponível em <<http://www.petrobras.com.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A10550E494F5580014A2ACBE71A410E>>. Acesso em 10 mai. 2019.

# PRÁTICAS ANTICONCORRENCIAIS NO CONTEXTO DO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E O CASO DA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA

Clayton Vinicius Pegoraro de Araújo<sup>1</sup>

Gabrielle Kölling<sup>2</sup>

**Resumo:** A ordem econômica constitucional de 1988 teve como objetivos o alcance do desenvolvimento nacional, com base nos seguintes princípios descritos junto ao artigo 170. Dentre estes princípios podemos destacar os seguintes: a soberania nacional que, como primeiro princípio já encontrava reprodução no artigo 1º da Carta Política de 1988, pois se trata de um fenômeno ligado às ideias de ‘poder’ e de uma autoridade suprema, funciona como unificadora da ordem nacional. Observada a dimensão que hoje assume o mundo perante o processo de globalização, que impõe novos limites, nota-se que não pode haver submissão entre os Estados, mas sim um foco na cooperação mútua. É relevante destacar que, em algumas situações nos dias de hoje, a aplicação extraterritorial da lei não afeta o princípio da soberania nacional, pois é justamente por um Estado ser soberano que ele poderá, quando necessário, fazer uso dos meios legais para impedir prejuízos aos seus nacionais ou à sua economia. No caso da livre concorrência e do livre comércio, verifica-se que para nosso sistema jurídico é forçoso reconhecer que a lei deve assegurar a todos os agentes econômicos o adequado exercício de sua atividade. Visto que se trata de uma garantia da possibilidade de conquistar clientela e que esta deve ser igualmente livre para entrar no mercado e fazer suas escolhas, bem como deve ser mantida a possibilidade de entrada de novos concorrentes e respeitadas as regras impostas pela legislação vigente. Na sociedade atual, é necessária a reflexão acerca dos monopólios e oligopólios, com atenção especial à concorrência. O artigo tem como pretensão analisar a concorrência no cenário farmacêutico. Para isso, far-se-á revisão de literatura com técnica de pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** concorrência; ordem econômica; indústria farmacêutica.

## 1. Introdução: notas preliminares acerca da ordem econômica constitucional formada a partir de 1988

---

<sup>1</sup>Advogado, Doutor em Direito das Relações Econômicas Internacionais Mestre em Direito (área de concentração em Direito Internacional), Especialista em Direito Público, Professor Doutor na Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP, onde atua nos cursos de graduação e pós-graduação e Mestrado Profissional, e Professor Titular na USCS - Universidade Municipal de São Caetano do Sul/SP. Pós-Doutorando em Economia Política pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. E-mail: [c.vinicius@uol.com.br](mailto:c.vinicius@uol.com.br)

<sup>2</sup> Doutora e Mestre em Direito Público (Unisinos), Especialista em Direito Sanitário (Escola de Saúde Pública; Unisinos e Universidade de Roma Tre) e Bacharel em Direito (Unisinos). Professora do Mestrado em Saúde Ambiental e do Mestrado em Administração e Governança da FMU (Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas). Professora Titular da Escola de Direito da USCS - Universidade Municipal de São Caetano do Sul/SP. E-mail: [koll.gabrielle@gmail.com](mailto:koll.gabrielle@gmail.com)

A ordem econômica, para alcançar seu objetivo de desenvolvimento nacional e justiça social, deve ter como base os seguintes princípios, de acordo com a Constituição de 1988:

I – *Soberania nacional*: Este primeiro princípio já encontra reprodução no artigo 1º da Carta Política de 1988. Segundo definição de Michel Temer, “soberania é fenômeno ligado à ideia de ‘poder’, de autoridade suprema. Funciona como unificadora da ordem” (TEMER, 1997, p. 60). Num primeiro momento, é possível verificar de um lado os países em desenvolvimento e de outro os países desenvolvidos, ficando evidente que isso não ocorre. Segundo Tavares (2003, p. 148), a soberania “[...] não se verifica na prática, principalmente, em virtude da dimensão que hoje assume o mundo perante o processo de globalização, que impõe novos limites [...]”. Desse modo, conclui-se que não pode haver submissão entre os Estados – e este é um dos escopos do direito econômico –, do contrário o direito perderia sua característica de transformador da realidade econômica.

É relevante destacar que a aplicação extraterritorial da lei não afeta o princípio da soberania nacional, pois é justamente por um Estado ser soberano que ele poderá, quando necessário, fazer uso dos meios legais para impedir prejuízos aos seus nacionais ou à sua economia.

II – *Propriedade privada*: Na harmonização dos interesses, ante enorme desigualdade social e os fins da ordem econômica, há de se regular o direito de propriedade, não obstante o direito à propriedade e toda sua plenitude: “usar, gozar e dispor das coisas dentro de sua função social, desde que não faça delas uso proibido [...]”. (ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS, 1994).

III – *Função social da propriedade*: A função social da propriedade ou, ainda, da terra está ligada ao modo como esta é utilizada, ou seja, a propriedade é urbana quando atende às exigências “fundamentais de organização da cidade expressas no plano diretor; rural quando atende, simultaneamente, aos critérios legais de aproveitamento racional e adequado [...]” (ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS, 1994).

IV – *Livre concorrência*: Segundo a *Nueva Enciclopedia Jurídica* (1974, p. 484):

El concepto de libre competencia no es propiamente jurídico, sino económico, sin perjuicio de el mismo halle su reflejo en los ordenamientos legales, al constituir un objetivo que el legislador tenderá en cuenta si es él que se inspira, en mayor o menor grado, la estructuración de economía del país.

Relativamente a essa influência que se verifica pela livre concorrência dentro do sistema jurídico, é forçoso reconhecer que a lei deve assegurar a todos os agentes econômicos

o adequado exercício de sua atividade. Visto o “papel primordial que é atribuído pela Constituição ao princípio de livre concorrência (princípio instrumental necessário para a realização das finalidades da ordem econômica)” (COSTA, 1998, p. 16), conclui-se que é garantida a possibilidade de conquistar clientela e que esta deve ser igualmente livre para entrar no mercado e fazer suas escolhas, bem como deve ser mantida a possibilidade de entrada de novos concorrentes e respeitadas as regras impostas pela legislação vigente. No tocante à legislação vigente sobre o tema em comento, no Brasil, com o advento da Lei nº 8.884, de 1994, restaram impedidos os atos restritivos ou danosos à concorrência.

V – *Defesa do consumidor*: Atualmente, verificam-se eficientes formas de manipulação utilizadas pelos fornecedores de produtos ou serviços em detrimento dos consumidores e a sua atuação. A fim de garantir a tutela necessária àqueles que são, de acordo com a própria legislação, hipossuficientes, foi editada a Lei nº 8.078, de 1990, que reconhece expressamente tal qualidade, conforme indicado no inciso I do artigo 4º.

VI – *Defesa do meio ambiente*: Partindo-se da premissa de que os recursos naturais são finitos e indispensáveis para a sobrevivência das espécies, anseia o direito econômico que o meio ambiente seja preservado e tenha seu uso racionalizado. Desse modo, conforme a lição de Machado (2002, p. 47):

Os bens que integram o meio ambiente planetário, como água, ar e solo, devem satisfazer as necessidades comuns de todos os habitantes da Terra. As necessidades comuns dos seres humanos podem passar tanto pelo uso como pelo não uso do meio ambiente. Desde que utilizável o meio ambiente, adequado pensar-se em um meio ambiente como “bem de uso comum do povo”.

Esse “bem de uso comum do povo”, portanto, poderá sofrer restrições pela intervenção do Estado, como as fiscalizações efetuadas pelo IBAMA, a realização de Estudo de Impacto Ambiental (EIA), a criação de Áreas de Preservação Ambiental (APA), entre outras medidas que venham a interferir no setor econômico.

VII – *Redução das desigualdades regionais e sociais*: O Brasil é um país de dimensões continentais e enorme diversidade cultural. Sobre o conteúdo desse princípio, segundo Tavares (2003, p. 213), “impõe que o desenvolvimento econômico e as estruturas normativas (liberais) criadas para fundamentar o crescimento econômico devam estar voltadas também à redução das desigualdades em todas regiões do país, bem como ao desenvolvimento social”. Fica expressa preocupação quanto à redução das desigualdades sociais por meio do respeito às características de cada localidade ou região.

Verifica-se, assim, a relevância da desconcentração e da democratização das decisões, com a efetiva presença de políticas públicas dentro dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, além da participação da sociedade civil na consecução desse princípio.

VIII – *Busca do pleno emprego*: Representa a utilização de toda, ou da maior parte da força de trabalho disponível, garantindo oportunidade de trabalho a todos em condições de exercê-lo. Segundo Tavares (2003, p. 218), “não se pode ter como significado a diminuição imediata dos índices de desemprego ou a inclusão empregatícia de todos os cidadãos”. Tome-se como exemplo o *New Deal*, ocorrido durante o governo de Franklin Roosevelt, no princípio de 1933, nos Estados Unidos, que passavam por um período considerado o mais crítico de sua história econômica. Conforme preleciona Nicz (1981, p. 44):

[...] as disposições econômicas eram aprovadas rapidamente e afetaram todos os setores de produção da Nação. [...] Com uma política econômica intervencionista procedeu, entre outros, à elevação salarial com a fixação de um salário mínimo, reduziu as horas de trabalho, estipulando a respectiva jornada máxima e incentivou a alta de preços.

Assim sendo, fica a sugestão para que os legisladores pensem e coloquem em prática soluções como a revisão sistemática do modo de tributação e dos encargos sociais relativos ao trabalho, como uma das formas de elevar o número de postos de trabalho no Brasil.

IX – *Tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país*: A nova ordem econômica mundial e a consequente abertura econômica do Brasil levaram à alteração da redação original desse princípio pela Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995. Com essa modificação, o tratamento favorecido, que antes alcançava apenas as empresas de capital nacional e de pequeno porte, estendeu-se, tendo como únicos pressupostos a administração e a constituição sob as leis brasileiras. Conforme ensinamento de Tavares (2003, p. 222):

O tratamento favorecido para esse conjunto de empresas revela, contudo, a necessidade de se proteger os organismos que possuem menores condições de competitividade em relação às grandes empresas e conglomerados, para que desta forma efetivamente ocorra a liberdade de concorrência (e de iniciativa).

A partir da ordem constitucional brasileira, delineada na Constituição Federal de 1988, o artigo pretende analisar o instituto da livre concorrência no contexto dos mercados, do oligopólio e monopólio no setor da indústria farmacêutica.

## 2. Princípio constitucional da livre concorrência

O sistema econômico capitalista no qual se vive atualmente é balizado pelos princípios, entre outros, do artigo 170 da Constituição Federal, precisamente o inciso IV (livre concorrência), que “é uma manifestação da liberdade de iniciativa” (SILVA, 1997, p. 726). Ao se analisar o artigo em questão, nota-se que o princípio da livre concorrência é tomado em separado ao da livre iniciativa. Esse destaque denota a importância reconhecida pela ordem constitucional econômica brasileira.

Conforme Nusdeo (2002, p. 237):

O princípio da livre concorrência tem um caráter instrumental ao princípio da livre iniciativa, na medida em que constitui um dos elementos a balizar seu exercício, a fim de que ela seja exercida dentro de suas finalidades sociais, mantendo condições propícias à atuação dos agentes econômicos, de um lado, e beneficiando os consumidores, de outro.

Esse princípio tem como base a disputa em condições igualitárias do mercado consumidor, sem, contudo, ultrapassar os limites impostos pela legislação. Nesse sentido, Faria (1990, p. 108) afirma que “a liberdade de concorrência é relativa ao direito de praticar o jogo econômico com os demais empresários que desempenham suas atividades no mercado, sem que estes ponham entraves à competição”.

Quando se examina a tutela da livre concorrência, são encontrados dois objetivos (TAVARES, 2003, p. 255): o primeiro é garantir um eficiente e legítimo sistema econômico concorrencial e o outro é beneficiar os próprios consumidores. Na primeira perspectiva, a Constituição, em seu artigo 173, parágrafo 4º, determina que o Estado estabelecerá em lei punições às práticas que distorcem a situação de livre concorrência, estatuidando, a respeito de condutas da iniciativa privada, que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Nesse sentido, deve-se observar que “a proteção constitucional à livre concorrência, no entanto, não pode ser confundida com a manutenção das condições de concorrência perfeita, na qual não há qualquer manifestação do poder econômico de agentes no mercado” (NUSDEO, 2002, p. 238).

O princípio da livre concorrência repudia o que não é submetido ao jogo concorrencial ou que não resulta do jogo da livre concorrência, conforme assevera Costa (1998, p. 15). Deve ser considerado, ainda, que a Constituição valoriza os resultados de uma atividade econômica concorrencial e que estes são benéficos ao interesse geral, pois em caso o contrário, ou seja, uma atividade não concorrencial, não se coaduna com o interesse geral.



A defesa constitucional da livre concorrência contém em si a pretensão de impedir uma posição de supremacia ou domínio em detrimento de uma necessária igualdade, o que é essencial para o adequado desenvolvimento do país, juntamente com a tutela estatal para as relações de consumo.

A necessidade de se estabelecerem, por via legal, punições às atitudes da iniciativa privada que possam comprometer o equilíbrio dos agentes econômicos é incontestável. Isso porque referido equilíbrio é ativado pela Constituição Federal em decorrência do “princípio abstrato da igualdade” (TAVARES, 2003, p. 260).

Pelo exposto, verifica-se que a Carta de 1988 modificou a orientação do direito da concorrência brasileiro: passando de uma simples repressão ao abuso do poder econômico para a efetiva proteção da concorrência com a entrada em vigor da Lei nº 8.884, de 1994 (COSTA, 1998, p. 26).

Entende-se, além disso, que o consumidor se beneficia de um mercado mais competitivo. Compartilhando desse entendimento, Nusdeo (2002, p. 247), com base nas discussões originadas pela corrente doutrinária americana denominada “Escola de Chicago”, informa que:

O consumidor se beneficiaria com a possibilidade de obter o máximo possível dos bens desejados que lhe seriam alocados pelo mercado. Além disso, como resultado de um mercado eficiente, o consumidor aproveita-se da redução do preço das mercadorias decorrente do aumento da escala de produção.

No entendimento de Ribas (1998, p. 79), para manter um mercado equilibrado, o Estado poderá lançar mão de “medidas preventivas ou até repressivas” para restaurar a situação de concorrência que, “mesmo não sendo perfeita, deve-se livrar dos perniciosos vícios do monopólio e o oligopólio [...] e incentivar a formação de preços de mercado”.

### **3. O poder de mercado dentro de uma perspectiva de monopólio e oligopólio**

Posições monopolísticas são habitualmente tratadas na economia antitruste sob os critérios da microeconomia tradicional, que a elas associa restrição à oferta e preços acima do nível competitivo para uma empresa maximizadora de lucros. A noção de poder de mercado é diretamente definida por essa capacidade de fixar preços acima dos custos marginais e unitários, absorvendo lucros acima do normal.

As posições de monopólio são assim definidas por Nusdeo (2005, p. 273):

Corresponde a uma situação na qual apenas uma pessoa ou uma empresa se apresenta como vendedora de um dado produto. Manifesta-se aqui em toda a sua plenitude o poder econômico, pois o monopolista está em condições de atuar simultaneamente nas duas variáveis que caracterizam a compra e venda. [...]

Nesse enfoque estático, é permitido ao monopolista apropriar-se de parte do excedente do consumidor, acarretando perda de bem-estar para o conjunto da sociedade. Nesse quadro, supõe-se que a preservação de posições monopolistas tem por efeito, senão também por desígnio, exercer tal poder discricionário sobre preços de forma mais ou menos automática.

Os casos de oligopólio recebem um tratamento essencialmente semelhante. A incorporação progressiva e recente da teoria dos jogos na análise da interação estratégica oligopolista permitiu reformular a questão de modo mais rigoroso, buscando explicar a rigidez de preços em níveis acima do competitivo por procedimentos de colusão tácita de preços, mediante formação de “pontos focais” (preços convencionais) ou liderança de preços. Tais condutas concertadas, explícitas ou tácitas, implicam preços e lucros supracompetitivos, embora não necessariamente no nível de maximização conjunta, e em geral em nível indeterminado.

De modo objetivo é a definição trazida por Pugliesi (2001, p. 95) sobre os conflitos e a aplicação da chamada *Teoria dos Jogos*:

A chamada Teoria dos Jogos lida, fundamentalmente, com o estudo de conflitos tratados como jogos no sentido desta definição, que, embora pareça excessivamente abstrata e formal, abarca todas as componentes inevitavelmente presentes em conflitos tais como descritos neste trabalho e, em particular, nas lides jurídicas.

Para a definição de oligopólio, inclusive com claro exemplo, igualmente temos a lição de Nusdeo (2005, p. 271):

É o regime no qual a oferta está concentrada nas mãos de poucos. Do grego “oligos” (poucos) e “plein” (vender). Isso sucede não apenas quando os vendedores formam realmente um pequeno grupo, como também quando, muito embora em grande número, há profunda diferença de envergadura econômica. Assim, por exemplo, a indústria automobilística constitui um oligopólio porque são poucas as fábricas de veículos.

As exceções amplamente aceitas são apenas os chamados monopólios naturais (BAGNOLI, 2006, p. 137) e, por extensão, “oligopólios naturais”, que resultam de tamanhos mínimos eficientes das unidades econômicas significativos em comparação com o mercado. Tais situações tendem a ser aceitas em troca de um benefício da maior eficiência.

Em todo esse tratamento analítico, perpassam a ênfase no preço e o viés estático, inclusive para expressar poder de mercado. Quanto ao primeiro aspecto, vale ressaltar que a

concorrência não se reduz à concorrência em preços, assim como o poder de mercado não se expressa apenas neles. A concorrência, especialmente no âmbito das grandes empresas oligopolistas, se dá com instrumentos muito mais poderosos e eficazes, capazes de criar todo tipo de diferenciação (tecnológica, produtiva, comercial, organizacional, de mercado, estratégica) entre os concorrentes na busca pela apropriação de ganhos diferenciais ou quase-rendas monopolistas. Nesse contexto, poder de mercado é bem mais diversificado nas causas e formas de manifestação, assim como nas possíveis formas de controle.

A moderna organização tem mostrado que esforços de colusão tácita (*a fortiori* cartéis) são muito complexos e não raro malsucedidos, devido às dificuldades de prevenir *free riding* e de coordenar preços focais ou sob liderança. De um ponto de vista dinâmico, porém, é importante aduzir a extrema dificuldade, senão impossibilidade, nos oligopólios cujos padrões de concorrência envolvam dinamismo inovativo, de prevenir esforços competitivos inovativos rivais, fato que pode prejudicar a estabilização das estruturas de mercado vigentes.

Nesta oportunidade, pode-se citar a lição de Salomão Filho (2007, p. 169-170) sobre a participação dos *free riders* nas estruturas econômicas, com análise do acordo TRIPS:

[...] A remuneração prevista no Acordo TRIPS, na lei e na sua regulamentação não deve e não pode ser interpretada como indenizatória. Rejeitada já há muito tempo a justificação das patentes a partir do direito de propriedade, não há que se falar em desapropriação (até porque, diferentemente de qualquer bem material, o uso não extingue o bem – direito, nesse caso) e, portanto, não há indenização. O objetivo da remuneração é impedir o “free-riding” por parte do beneficiário da licença (particular), ou seja, impedir que sem qualquer investimento em pesquisa, aquele se aproprie de lucros dela decorrentes.

#### **4. Práticas anticompetitivas no contexto da indústria farmacêutica**

As práticas anticompetitivas garantem lucros exorbitantes ao mesmo tempo em que limitam a capacidade dos sistemas de saúde. Nos anais das teorias econômicas liberais, a competição aparece como um aspecto fundamental para o funcionamento do capitalismo. Em sua versão perfeita, o mercado seria composto por múltiplos consumidores e múltiplos produtores (demanda agregada e oferta agregada, respectivamente), cuja interação seria responsável até pela fixação dos preços e estimularia permanentemente a inovação.

Existem, no entanto, setores da indústria, particularmente a indústria farmacêutica numa espécie “pseudo mantra” ou paradigma senso comum que apresenta um firme respeito aos direitos de propriedade intelectual desse setor que, em tese, servem para encorajar a

inovação. Paralelamente, por conveniência, esse mantra não dá a mesma importância à livre concorrência, muito antes pelo contrário, são realizados verdadeiros malabarismos legais para manter monopólios na produção de medicamentos, em detrimento do bem-estar e da sustentabilidade dos sistemas de saúde.

Há também disposições relacionadas ao assunto no Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS) no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC). Essa estratégia foi objeto de uma recomendação feita pelo Painel de Alto Nível sobre Acesso a Medicamentos (OMS), formado pelo ex-Secretário Geral das Nações Unidas.

Lopert (2013) explicou como o mundo real do mercado farmacêutico se distancia do que os teóricos liberais propõem. O lado da demanda é extremamente inelástico, isto é, os consumidores que necessitam de alguma medicação muitas vezes estão dispostos a adquiri-los a qualquer preço (ou pressionar seus governos a adquiri-los, mesmo por processos judiciais). Por outro lado, é um mercado que não é necessariamente reconhecido por sua transparência, especialmente em relação ao estabelecimento de preços. Lopert mostrou que a Austrália paga até 30 vezes mais pela mesma droga em comparação com a Nova Zelândia, um país muito menor, que elimina completamente possíveis explicações relacionadas à escala.

Quanto à matéria de propriedade intelectual, possuindo uma patente, bem como o poder de determinar preços transparentes, a indústria tem de fato os monopólios e há poucas tentativas para prolongar no tempo garantindo ganhos substanciais, chamados de perenização. Os métodos variam de patenteamento excessivo (o pedido de patente para o mesmo produto com pequenas variações na formulação e / ou da dosagem, por exemplo) e o litígio simulado (o ato de usar o Poder Judiciário para ajustar ações sem a perspectiva de sucesso, mas para elidir a concorrência), até a fixação abusiva de preços, entre outros (LOPERT, 2013).

A Organização Mundial de Saúde estimou, em 2010, que 100 milhões de pessoas em todo o mundo caíram abaixo da linha da pobreza por causa dos gastos com saúde fora do bolso. Dentre as estratégias mencionadas no relatório do Painel de Alto Nível (OMS) para superar os problemas de comportamento anticompetitivo está o aumento da transparência. Os governos devem exigir que todos os fabricantes e distribuidores divulguem aos reguladores e compradores os custos de P & D, produção, marketing e distribuição. Devem, ainda, estabelecer ou criar bancos de preços para medicamentos patenteados, genéricos e biossimilares nos países em que estão registrados. Essas fontes devem ter mais dados sobre,

por exemplo, o status da situação da patente (pendente, confirmada, rejeitada) e com as datas de expiração das patentes, para fornecer uma linha de base. Outra recomendação refere-se ao aumento dos limites para pedidos de patentes.

## 5. Considerações finais

O Direito Econômico, espelhado na ordem econômica constitucional de 1988 alcançou os objetivos iniciais para o desenvolvimento nacional. A dimensão que hoje assume o mundo perante o processo de globalização, que impõe novos limites ao poder de concentração de mercado empresarial.

As práticas adotadas por empresa para obtenção de uma ampliação de posição de mercado não poderá encontrar barreiras de ordem jurídica e, ainda, de ordem regulatória no Brasil, considerada a adoção de medidas de controle que parte das autoridades antitruste instituídas por lei e na forma de autarquia federal. Referido controle se dará por meio de ações de controle das operações com restrições às operações submetidas aos mencionados órgãos de controle prévio ou, ainda, controle posterior que poderá se adotado, dependendo o caso concreto.

O setor farmacêutico apresenta características estruturais que tornam cogitável a possibilidade de exercício abusivo de posição dominante. Podem ser citados, nesse sentido, o elevado grau de concentração observado em alguns mercados relevantes e o fato de o consumidor estar tecnicamente muitas vezes impossibilitado de decidir sobre o que consumir – seja pela essencialidade do bem, seja pelo fato do bem ser credencial; e a existência das patentes. De outro lado, o fato de haver agência setorial competente para regular desde a fabricação até a revenda de medicamentos, atrelado à política estatal de acompanhamento e limitação de variações em preços, pode sugerir que agentes econômicos não poderiam abusar de eventuais posições dominantes.

Deve-se considerar que, apesar da forte regulação setorial que envolve o setor, os mercados relevantes em questão apresentam-se competitivos, não havendo qualquer isenção de incidência das normas de defesa da concorrência. Portanto, compete ao Cade aplicar a legislação de defesa da concorrência no setor, em um sistema de complementaridade de competências entre a regulação setorial e as normas de defesa da concorrência. Assim, a discussão futura deve centrar-se na extensão e nos limites da intervenção concorrencial em setores regulados, nos quais, em que pese a existência de normas específicas setoriais, cabe proteger a livre concorrência e reprimir o abuso do poder econômico, nos termos do art. 170, IV e 173, §4º, da Constituição Federal.

## Referências

- ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. **Dicionário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.
- BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico**. São Paulo: Atlas, 2006.
- COSTA, Maurício de Moura. O princípio constitucional de livre concorrência. **Revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Defesa da Concorrência**, São Paulo, v. 5, n. 1, 1998.
- FARIA, Werter F. **Constituição econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990.
- LOPERT, Ruth. **The high price of “free” trade: US trade agreements and access to medicines - The Journal of Law, Medicine & Ethics**, 2013.
- NICZ, Alvacir Alfredo. *A liberdade de iniciativa na Constituição*. São Paulo: RT, 1981.
- NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA. **Tomo XV**. Barcelona: Editorial Francisco Seix S/A, 1974.
- NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle dos atos de concentração no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- NUSDEO, Fábio. A ordem econômica constitucional no Brasil. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 65, 1987.
- \_\_\_\_\_. **Curso de economia: introdução ao Direito Econômico**. São Paulo: RT, 2005.
- PUGLIESI, Márcio. **Conflito, estratégia, negociação: o Direito e sua teoria**. São Paulo: WVC, 2001.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1997.
- TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2003.
- TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997.

## O CONTROLE DA CONCORRÊNCIA COMO DEFESA DO INTERESSE PÚBLICO

Vivian Molina Perfeito Caetano<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo relacionar o controle da concorrência como um dos mecanismos de garantia do interesse público na medida em que somente com uma atuação realmente efetiva poderá ser protegido o direito de escolha dos cidadãos e consumidores e, ainda, o direito da participação da sociedade de forma, justa e livre, no mercado.

O ponto central do artigo é o fenômeno da “cartelização” que requer atenção e atuação contínuas, dada a sua danosidade social, tendo sido enfrentados questionamentos como: quais são as motivações dos empresários? Quais são os pontos nodais desse relacionamento? O que pode ser feito para controlar e prevenir?

É objeto do estudo a reflexão sobre a nocividade social proveniente da atuação dos cartéis denominados “tácitos” (a utilizar como exemplo o “Hub and Spoke”), dos parâmetros que o definem como “tácito”, a dificuldade na identificação e as características mais relevantes.

A metodologia utilizada envolve o estudo teórico-doutrinário e consulta aos índices e informações divulgadas pela Autoridade da Concorrência e o artigo visa demonstrar que a demora no processo de identificação e punição dos infratores bem como a forma como são encarados os crimes econômicos são fatores levados em consideração pelo possível infrator na decisão em fazer parte ou não da prática colusiva.

Nesse contexto, é extrema importância que os mecanismos de controle e prevenção estejam sempre um passo à frente a evitar que todo o esforço e recurso financeiro do Estado seja desperdiçado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Administrativo Econômico; Controle da Concorrência; Interesse Público; Cartel Tácito; Controle dos Cartéis.

**ABSTRACT:** The objective of this article is to relate the control of competition as one of the mechanisms of guaranteeing the public interest. Only with a truly effective action the right of choice of citizens and consumers could be protected as well as the right of the participation of the society in the market.

The central point of the article is the phenomenon of "cartelization" that requires continuous attention and action, due to its social damages, having been faced with questions such as: what are the motivations? What are the nodal points? What can be done to control and prevent?

The article also deals with the social harmfulness of the cartel called "tacit" (using Hub and Spoke as an example), the parameters that define it as "tacit", the difficulty in identification and the most relevant characteristics.

The methodology used involves the theoretical-doctrinal study and the analysis of the indexes and information released by the Competition Authority.

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito pela Universidade de Coimbra. Advogada no Brasil e em Portugal.  
E-mail: vivianperfeitocaetano@gmail.com

Finally, the article aims to demonstrate that the delays in the process of identifying and punishing offenders as well as the way in which economic crimes are dealt with are relevant factors by the possible offender in deciding to be or not to be part of the collusive practice. In this context, it is important that control and prevention mechanisms are always a step forward in preventing the State's effort and financial resources from being wasted.

**KEY WORDS:** Economic Administrative Law; Competition Control; Public Interest; Tacit Cartel; Identification and Control of Cartels.

## I. O PAPEL DO ESTADO REGULADOR

É preciso ter em mente a complexidade<sup>2</sup> da palavra “Estado”<sup>3 4</sup> com a sua vertente internacional, constitucional<sup>5 6 7</sup> e administrativa<sup>8</sup>. Com o passar dos tempos<sup>9</sup> o âmbito de atuação das atribuições estatais<sup>10</sup> sofreu modificações<sup>11</sup> e, nesse cenário, o relacionamento da economia com o direito por vezes era enfrentado de diferentes formas<sup>12</sup>. O facto é que nos dias atuais eles precisam ser conciliáveis<sup>13</sup> vindo ser considerada uma maior juridicização<sup>14</sup> do plano económico<sup>15</sup>.

Em Portugal dispomos de uma constituição económica<sup>16 17</sup> que contempla normas e princípios vinculados à economia, tanto atrelados ao exercício de atividades pelos

---

<sup>2</sup> GOUVEIA, JORGE BACELAR, **Manual de Direito Constitucional**, Coimbra, Almedina, Volume 1, 5ª edição, p. 129.

<sup>3</sup> GOUVEIA, JORGE BACELAR, **Manual de Direito Constitucional**, Coimbra, Almedina, Volume 1, 5ª edição, p. 129.

<sup>4</sup> CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra, Almedina, 5ª edição, 2002, p. 89.

<sup>5</sup> OTERO, PAULO, **O poder de substituição em Direito Administrativo, Enquadramento Dogmático-Constitucional**, Volume 2, Dissertação de Doutoramento, Lex, Lisboa, 1995, p. 526 e 527.

<sup>6</sup> SOUSA, ANTÓNIO FRANCISCO DE, **Direito Administrativo Europeu**, Vida Económica, Porto, 2016, p. 170 e 171.

<sup>7</sup> CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra, Almedina, 5ª edição, 2002, p. 75.

<sup>8</sup> AMARAL, DIOGO FREITAS do, **Curso de Direito Administrativo**, Coimbra, Almedina, Volume 1, 3ª edição, 2006, p. 219 a 221.

<sup>9</sup> GOUVEIA, JORGE BACELAR, **Manual de Direito Constitucional**, Coimbra, Almedina, Volume 1, 5ª edição, p. 180.

<sup>10</sup> AMARAL, MARIA LÚCIA, **A forma da República, uma introdução ao estudo do Direito Constitucional**, Coimbra Editora, Reimpressão, 2005, p. 83.

<sup>11</sup> OTERO, PAULO, **O poder de substituição em Direito Administrativo, Enquadramento Dogmático-Constitucional**, Volume 2, Dissertação de Doutoramento, Lex, Lisboa, 1995, p. 586.

<sup>12</sup> KELSEN, HANS, **Teoria Pura do Direito** (trad. João Baptista Machado), Coimbra, Almedina, 7ª edição, 2006, p. 4 e 81.

<sup>13</sup> JACQUEMIN, ALEX; SCHRANS, GUY, **Direito Económico**, Lisboa, Editorial Vega, 1979, p. 132.

<sup>14</sup> HABERMAS, JURGEN, **Tendências de judicialização**, in: *Sociologia*, n. 2º, 1987, p. 185.

<sup>15</sup> CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra, Almedina, 5ª edição, 2002, p. 469.

<sup>16</sup> OTERO, PAULO, **O poder de substituição em Direito Administrativo, Enquadramento Dogmático-Constitucional**, Volume 2, Dissertação de Doutoramento, Lex, Lisboa, 1995, p. 586.

<sup>17</sup> SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS; GONÇALVES, MARIA EDUARDA; MARQUES, MARIA MANOEL LEITÃO, **Direito Económico**, Coimbra, Almedina, 6ª edição, 2011, p. 45 a 47.



particulares, pessoas coletivas ou do próprio Estado. A “Constituição Económica”<sup>18</sup> atua como uma perfeita conexão<sup>19</sup> com as demais normas existentes na ordem jurídica da economia<sup>20</sup>, vindo a salvaguardar<sup>21</sup> o que se espera do quadro económico.<sup>22</sup>

Em relação ao Estado Regulador temos que o seu papel principal é estimular a participação privada pautado pela concretização de uma Administração Pública<sup>23</sup> verdadeiramente eficiente<sup>24</sup> <sup>25</sup> tendo por mestre dessa relação o Estado<sup>26</sup> responsável por manter o equilíbrio do mercado, não existindo mais lugar a um comportamento imparcial e desconexo às consequências dos atos do Mercado<sup>27</sup>.

O Mercado passa a ser dividido de acordo com o mais adequado ao bem comum e à eficiência<sup>28</sup> do serviço oferecido a população, vindo o Estado assumir o papel de Regulador

---

<sup>18</sup> CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra, Almedina, 5ª edição, 2002, p. 344.

<sup>19</sup> OTERO, PAULO, **O poder de substituição em Direito Administrativo, Enquadramento Dogmático-Constitucional**, Volume 2, Dissertação de Doutoramento, Lex, Lisboa, 1995, p. 595.

<sup>20</sup> SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS; GONÇALVES, MARIA EDUARDA; MARQUES, MARIA MANOEL LEITÃO, **Direito Económico**, Coimbra, Almedina, 7ª edição, 2014, p. 37 a 39.

<sup>21</sup> OTERO, PAULO, **O poder de substituição em Direito Administrativo, Enquadramento Dogmático-Constitucional**, Volume 2, Dissertação de Doutoramento, Lex, Lisboa, 1995, p. 588.

<sup>22</sup> SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS; GONÇALVES, MARIA EDUARDA; MARQUES, MARIA MANOEL LEITÃO, **Direito Económico**, Coimbra, Almedina, 6ª edição, 2011, p. 64.

<sup>23</sup> AMARAL, MARIA LÚCIA, **A forma da República, uma introdução ao estudo do Direito Constitucional**, Coimbra Editora, Reimpressão, 2005, p. 83.

<sup>24</sup> AZEVEDO, MARIA EDUARDA, **Temas de Direito da Economia**, Coimbra, Almedina, 2014, p. 183.

<sup>25</sup> Assim defende PEDRO COSTA GONÇALVES “O resultado do processo de transformação que acaba de se descrever cifrou-se na definição de um novo paradigma de relacionamento entre Estado e Sociedade (Estado e Mercado), baseado num ideário de “partilha de responsabilidades” e de “cooperação” ou de “coordenação” para a realização dos interesses colectivos. A retracção do Estado ficou, assim, longe de se consubstanciar no regresso a um modelo puro liberal, com a emergência de uma nova “Sociedade civil pautada pelo direito privado”: o (indiscutível) reforço do papel da Sociedade e do Mercado não envolveu, de facto, um descomprometimento estadual, confirmando-se, antes, um princípio de permanência e de continuidade das responsabilidades públicas”, *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Volume 7 (especial: Comunicações do I Triénio dos Encontros de Professores de Direito Público), **Estado de garantia de garantia e mercado**, 2010, p. 97 a 128.

<sup>26</sup> OTERO, PAULO, **O poder de substituição em Direito Administrativo, Enquadramento Dogmático-Constitucional**, Volume 2, Dissertação de Doutoramento, Lex, Lisboa, 1995, p. 760.

<sup>27</sup> Mais sobre esta questão “Neste novo quadro, o tópico da garantia acaba, por conseguinte, por remeter para um cânone de responsabilidade pelo resultado, determinando que o Estado assumia a incumbência de garantir que o funcionamento do Mercado produz certos resultados. Quer isto dizer que o Estado não se limita a desempenhar um papel de activador ou de incentivador externo das forças sociais e dos recursos privados. Em concreto, a garantia indicia que o Estado não se pode comportar como um actor imparcial, desinteressado e descomprometido com os resultados produzidos no Mercado. É para tornar claro este ponto que se alude a um outro nível ou grau de responsabilidade pública: uma responsabilidade residual, supletiva ou subsidiária. Pressupondo uma função de reserva do Estado, que recorda a situação do jogador suplente, que entra em jogo para substituir um outro que não está a jogar bem, este nível de responsabilidade reclama uma actuação pública no caso de o Mercado claudicar e não dar a desejada resposta aos objectivos definidos. Trata-se, por conseguinte, de uma responsabilidade pública de execução “em estado latente”, que pode concretizar-se numa espécie de “opção de resgate” ou de “reversão” da tarefa envolvida ou numa medida de outra natureza que tenha o mesmo efeito de empurrar o Estado para a posição de um player no Mercado e para abandonar o estatuto de mero regulador ou orientador.” GONÇALVES, PEDRO COSTA, *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Volume 7 (especial: Comunicações do I Triénio dos Encontros de Professores de Direito Público), **Estado de garantia de garantia e mercado**, 2010, p. 97 a 128.

<sup>28</sup> AMORIM, JOÃO PACHECO DE, **Direito Administrativo da Economia**, Volume 1, Coimbra, Almedina, 2014, p. 253.

da Economia, centralizando o seu poder com menor custo e melhor eficiência, cedendo o lugar do antigo ao Estado intervencionista, burocrático e centralizado a um Estado<sup>29</sup>, descentralizado e comprometido com a qualidade<sup>30</sup>.

O Estado Regulador<sup>31</sup> passa a ser responsável pelo regimento da prestação dos serviços devendo, através deste ofício, preservar o interesse público, controlar o crescimento da dívida pública e o surgimento de novas iniciativas dirigistas que ponham em causa o erário público<sup>32</sup>, agindo de acordo com o que se espera por regulação, isto é: “institucionalização de entidades independentes aptas para estabelecer os esquemas regulativos das regras do jogo económico e dirimir os conflitos em domínios sectoriais política e economicamente”<sup>33</sup>

## II. CARTELIZAÇÃO

É importante ressaltar que nem todo acordo pactuado entre empresas é necessariamente uma prática anticoncorrencial, sendo necessário ter em conta outros fatores tais como: a se estamos diante de um acordo que pode ser considerado como vertical ou horizontal, a extensão dos seus danos e, ainda, se há a posição de dominância de uma das empresas em relação as demais.

Sempre que o acordo atinga ao patamar mínimo (“*regra de minimis*”) de punibilidade estabelecido pela lei, será considerado como punível pela Lei da Concorrência, tendo os acordos de “menor importância” uma “isenção genérica”, vindo a ficar em monitoramento pelas Autoridades que tenham essa atribuição e competência (nacional e internacionalmente).

Uma outra observação que vale ser suscitada é que está inserido no conceito de “empresa”. Temos que a nomenclatura está atrelada a “detentor de uma modalidade de modelo econômico”, independente do modelo formal com o qual se apresente à sociedade (estatuto jurídico ou modo de financiamento, por exemplo).

A certeza do domínio ou grande influência no mercado, o que ocorre quando há a prática da cartelização, acaba por causar um certo descompromisso e falta de preocupação dos empresários, tendo em vista a pressão comercial “parecer mais amena”, deixando de demanda a melhoria contínua dos produtos e serviços, vindo a causar impacto direto na

---

<sup>29</sup> GONÇALVES, PEDRO COSTA, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Volume 7 (especial: Comunicações do I Triénio dos Encontros de Professores de Direito Público), Estado de garantia de garantia e mercado, 2010, p. 97 a 28.

<sup>30</sup> AZEVEDO, MARIA EDUARDA, **Temas de Direito da Economia**, Coimbra, Almedina, 2014, p. 187.

<sup>31</sup> AMORIM, JOÃO PACHECO DE, **Direito Administrativo da Economia**, Volume 1, Coimbra, Almedina, 2014, p. 89 e 90.

<sup>32</sup> SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS; GONÇALVES, MARIA EDUARDA; MARQUES, MARIA MANOEL LEITÃO, **Direito Económico**, Coimbra, Almedina, 7ª edição, 2014, p. 207 a 209.

<sup>33</sup> CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, in Revista de Direito Público e Regulação, n. 1, **O princípio democrático sobre a pressão dos novos esquemas regulatórios**, 2009, p. 99.

qualidade que é disponibilizado para a sociedade.

A concorrência possui por natureza ser um princípio político fundamental que busca concretizar o que se entende por Cidadania<sup>34</sup> através da manutenção do equilíbrio e da saúde de um mercado competitivo “porque é da dialética com a cidadania que cuidamos, impõe-se assim tal clarificação, e é no campo estritamente jurídico-político que lançamos a discussão sobre se a cidadania não será com “C” até agora considerado para uma verdadeira trilogia: concorrência, consumidor e cidadania.”<sup>35</sup>

Nuno Castro Marques e Manuel Caburgueira defendem que “O cartel é, do ponto de vista económico, um comportamento em que, não somente se identifica um qualquer benefício – a não ser o egoístico dos membros do cartel – para a sociedade que o pudesse minimamente justificar, como o grau de conspiração contra o público que o mesmo envolve é, em regra elevado, sofisticado, e revelador de elevada insensibilidade face aos custos sociais por si produzidos.”<sup>36</sup>

### III. CARTEL TÁCITO: HUB AND SPOKE

Os cartéis tácitos são alvo de grande preocupação das Autoridades na medida em que contam com o silêncio dos envolvidos e com uma estrutura minuciosamente projetada com a finalidade de que os acordos não sejam descobertos. Via de regra os cartéis tácitos operam com a troca direta e/ou indireta de informações comerciais sensíveis e proibidas, tendo por objetivo manipular e mascarar a concorrência, colocando os consumidores em posição de vulnerabilidade e de deficiência informativa.

De outro lado, sob pena da atuação das Autoridades ser arbitrária, é preciso excluir a hipótese de que a troca de informações não tenha sido uma infeliz coincidência<sup>37</sup>, ou seja, o acordo precisa realmente corresponder a uma estratégia de benefício mútuo<sup>38</sup>.

Em outras palavras<sup>39</sup> “(v)erifica-se um acordo entre empresas logo que as partes atinjam um consenso sobre um projeto que limite ou seja de natureza a limitar as suas liberdades comerciais pela determinação das suas linhas de ação ou de abstenção e da sua

---

34 MARQUES, NUNO CASTRO, *EU citizenship : challenges and opportunities = Cidadania europeia : desafios e oportunidades* / coord. Sofia Oliveira Pais, Porto, Universidade Católica, 2015, p. 397.

35 MARQUES, NUNO CASTRO, *EU citizenship : challenges and opportunities = Cidadania europeia : desafios e oportunidades* / coord. Sofia Oliveira Pais, Porto, Universidade Católica, 2015, p. 398.

36 MARQUES, NUNO CASTRO ; CABURGUEIRA, Manuel, *Cartel: quando uma conversa é uma conspiração contra o público*, 2013, Coimbra Editora, p. 674.

37 De um modo geral, se estivermos diante de (i) um concurso de vontades entre os envolvidos, que tenha por intenção ou resultado, impedir/restringir/falsear, de forma sensível, a concorrência; (ii) existência de nexos causal entre o ato e o fato e, por fim (iii) da influência dessa vontade perante o todo ou parte do mercado nacional ou, se for o caso, do mercado intracomunitário, estaremos a olhar para uma prática anti concorrencial.

38 ODUDU, OKEOGHENE, “Hub and Spoke collusion” // *Handbook on European Competition Law*, 2013, chapter 6, p. 242.

39 LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA, *Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade e a criminalização do cartel*, Coimbra Editora, 2017, p. 289.

ação mútua no mercado, sendo a noção de acordo ampla, que abarca convenção pelas quais duas ou mais empresas organizam os seus comportamentos no mercado. Seja através de um contrato propriamente dito ou de uma maneira simplesmente verbal. Assim, as suas formas – as das convenções – são indiferentes. Dessa forma, a proibição aplicar-se-á também aos acordos verbais e independentemente da qualificação que as empresas partes tenham acordado. Daqui decorrendo implicações, designadamente, para os denominados *gentlemen's agreement*.

Por outro lado, e em sentido amplo, um acordo poderá surgir sob a forma de uma prática concertada. Esta é uma figura presente nos casos em que não há uma convenção propriamente dita, aplicando-se a todas as formas de cooperação informal entre empresas. A definição de prática concertada, surge como uma forma de coordenação entre as empresas que, não tendo chegado ao ponto em que um acordo propriamente dito, tivesse sido concluído, conscientemente substituem os riscos da concorrência pela cooperação prática entre elas.

A prática concertada não supõe, portanto, uma manifestação de vontade claramente exprimida, mas simplesmente uma coordenação de facto das estratégias comerciais, podendo a mesma ser concluída, com base da existência de contactos, diretos ou indiretos e mesmo sem a elaboração de qualquer plano e quando, esses contatos tenham por objeto ou como efeito, impedir, restringir ou falsear, de forma sensível, a concorrência.”<sup>40</sup>

Em suma, a prática necessita existir com o cunho de diminuir as incertezas<sup>41</sup> de um mercado livremente competitivo, com redução dos riscos inerentes a uma livre e justa concorrência<sup>42</sup>. As Autoridades Reguladoras necessitam averiguar a ocorrência desses elementos<sup>43</sup> para que não configure como cartel toda e qualquer conversa entre dois empresários (lembrando-se que a “adequação inteligente de mercado”<sup>44</sup> é considerada lícita ainda que ela tenha por pano de fundo um interesse comercial: “Se a liberdade e a Justiça obviamente impedem a proibição *per se* de reuniões entre representantes de empresas, não é menos verdade que da Liberdade e da Justiça igualmente se extrai, com superior vigor, um

---

40, NUNO CASTRO; CABURGUEIRA, MANUEL, *Cartel: quando uma conversa é uma conspiração contra o público*, Infrações económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito, Coimbra Editora, 2013, p. 667 e 668.

41 ODUDU, OKEOGHENE, *Hub and Spoke collusion* // Handbook on European Competition Law, 2013, chapter 6, p. 251.

42 ODUDU, OKEOGHENE, *Hub and Spoke collusion* // Handbook on European Competition Law, 2013, chapter 6, p. 253.

43 ODUDU, OKEOGHENE, *Hub and Spoke collusion* // Handbook on European Competition Law, 2013, chapter 6, p. 246.

44 Como também salientado por MARQUES, NUNO CASTRO; CABURGUEIRA, MANUEL, *Cartel: quando uma conversa é uma conspiração contra o público*, Infrações económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito, Coimbra Editora, 2013, p. 663.

impedimento a que dessas reuniões resultem limitações a Liberdade e aos direitos de outras pessoas e agentes.”<sup>45 46</sup>).

“Seguramente não se proíbem encontros entre dois agentes económicos, no exercício das suas liberdades individuais e económicas, nem tampouco um qualquer comportamento comercial de um agente económico com dada dimensão no mercado pelo simples facto de o haver decidido implementar. Proíbem-se, sim, aqueles comportamentos aptos a prejudicar a integridade do processo concorrencial ou, na letra do TFUE e da Lei da Concorrência, a impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência. Ou seja, defende-se o processo concorrencial.”<sup>47</sup>

Um dos tipos mais atuais de cartéis tácitos é o chamado “Hub and Spoke”<sup>48</sup> no qual encontram-se presentes intervenientes como conectores da troca indireta de informações. É um modelo muito planeado e arquitetado para dificultar a identificação, dissipar a atuação e manipular informação.

A identificação desse tipo de prática exige uma atuação técnica impecável que seja capaz de verificar: (i) a partilha de uma ou mais informação sensível entre o “Spoke” e o “Hub”, em circunstâncias que demonstrem a confiabilidade quanto ao fato de que o “Hub”

---

45 MARQUES, NUNO CASTRO ; CABURGUEIRA , MANUEL, **Cartel: quando uma conversa é uma conspiração contra o público**, *Infrações económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito*, Coimbra Editora, 2013, p. 674.

46 ODUDI, OKEOGHENE, **Hub and Spoke collusion** in *Handbook on European Competition Law*, 2013, chapter 6, p. 249.

47 MARQUES, NUNO CASTRO, **EU citizenship : challenges and opportunities = Cidadania europeia : desafios e oportunidades / coord. Sofia Oliveira Pais**, Porto, Universidade Católica, 2015, p. 400.

48 (...)A principal característica do cartel Hub and Spoke consubstancia-se na circunstância de o acordo ou a troca de informação subjacente à prática concertada entre empresas concorrentes (Spoke) ser feito de forma indirecta ou seja, através de outra empresa que serve de “base” (Hub). A empresa que serve de “base” poderá actuar no mesmo mercado mas noutra nível da cadeia de produção/distribuição<sup>39</sup> ou poderá nem actuar no mesmo mercado de todo<sup>40</sup>, sendo, de todo o modo, a troca de informação entre concorrentes através de outrem desde já proibida Exemplifiquemos: Empresa A (Spoke) troca informação comercialmente sensível/transmite a estratégia comercial que tenciona adoptar no futuro à empresa B (Hub) “em circunstâncias que levaram [A] a crer que [B] usará essa informação para influenciar as condições de mercado, passando a [referida] informação a outros [concorrentes]”. B, por sua vez, transmite a referida informação à empresa C (Spoke) em circunstâncias análogas. Com efeito, as circunstâncias em que a informação é transmitida de B para C têm de ser equivalentes às condições de transmissão de informação entre A e B, porque senão C tomaria a informação transmitida como mero rumor, especulação ou opinião de B, quando na realidade é informação comercial sensível e credível. As referidas circunstâncias poderão incluir, por exemplo, a prova de que C tinha meios de averiguar a credibilidade e confiabilidade da informação transmitida. Em seguida C poderá, exactamente nas mesmas circunstâncias aplicáveis a A: transmitir a B a estratégia que tenciona adoptar em consonância com a estratégia de A; não dizer nada a B ou; mesmo recusar-se formalmente perante B a entrar no cartel, mas se adoptar um comportamento que esteja em consonância com a estratégia de A e não reportar a situação às autoridades competentes ou se distanciar publicamente do acordo, estará a fazer parte do cartel, ainda que fique provado que o comportamento adoptado por C corresponde ao comportamento adequado às condições normais de mercado. Consequentemente, podemos afirmar que cartel Hub and Spoke tem como vantagem para os seus participantes a dificuldade de detecção por parte das autoridades competentes, na medida em que, enquanto que empresas concorrentes trocaram informação sensível entre si não é visto, por regra, como prática usual no âmbito do negócio e, como tal, é classificado quase automaticamente como um cartel, já assim não é se a referida informação for trocada entre uma empresa e o seu fornecedor/distribuidor ou com outra empresa que não seja sua concorrente.” BARREIRA, MARIANA ESTEVES, **Cartéis Hub And Spoke: Horizontal Ou Vertical?**, Dissertação de Mestrado, Escola de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa, 2017, p. 13 e 14.

transmitiria a informação a terceiros, influenciando, assim, o mercado; (ii) que o “Hub” efetivamente transmitiu o seu conhecimento a terceiros; (iii) que os terceiros tiveram por consideração da informação para a tomada de decisões; (iv) que a notícia da utilização da informação tenha sido devolvida pelo terceiro para o “Hub” em conclusão do ciclo e (v) que a informação circulada não era de conhecimento público prévio, que a informação era digna de credibilidade, que a informação não era mero rumor do mercado, especulação sem fundamento ou até mesmo um blefe.<sup>49</sup>

Conforme explica Okeoghene Odudu<sup>50</sup> para o Tribunal de Justiça da União Europeia existe uma prática concertada quando (1) a troca de informações é capaz de reduzir as incertezas naturais de um mercado saudavelmente competitivo – o que é diferente da troca de informações normalmente existentes entre uma relação comum de empresas ou empresários parceiras(os)<sup>51</sup> e, (2) que com a troca de informações houve o posicionamento dos envolvidos em um patamar privilegiado para a tomada de decisões mais direcionadas – o que acaba por ter relação, também, com a credibilidade da informação divulgada<sup>52</sup>.

Okeoghene Odudu destaca que não haverá lugar a caracterização da referida prática concertada quando a informação envolvida nos fatos era, previamente, de conhecimento público, com a possibilidade de ter sido obtida de forma independente<sup>53</sup>.

Diante do exposto, o ponto de partida<sup>54</sup> do processo investigatório é esclarecer a motivação da divulgação da informação. Inclusive, ainda que a informação não tenha sido requerida, haverá a infração legal, caso caso fique provado que o recebedor da informação aproveitou-se da mesma, utilizando-a como influência na tomada de suas decisões comerciais, diminuindo as incertezas naturais de uma concorrência lealmente estabelecida, vindo a surgir em uma posição de vantagem no mercado.

#### IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude da sensibilidade que envolve o processo investigatório e pelo constante investimento dos infratores em novas técnicas e formas de atuação, os cartéis acabam por serem descobertos quando já se encontram em um estágio muito avançado, a produzir efeitos

---

49 ODUDU, OKEOGHENE, **Hub and Spoke collusion** in Handbook on European Competition Law, 2013, chapter 6, p. 252.

50 “If (i) retailer A discloses to supplier B its future pricing intentions in circumstances where A may be taken to intend that B will make use of that information to influence market conditions by passing that information to other retailers (of whom C is or may be one), (ii) B does, in fact, pass that information to C in circumstances where C may be taken to know the circumstances in which the information as disclosed by A to B and (iii) C does, in fact, use the information in determining its own future pricing intentions.” ODUDU, OKEOGHENE, **Hub and Spoke collusion** in Handbook on European Competition Law, 2013, chapter 6, p. 246.

51 ODUDU, OKEOGHENE, **Hub and Spoke collusion** in Handbook on European Competition Law, 2013, chapter 6, p. 258.

52 ODUDU, OKEOGHENE, **Hub and Spoke collusion** in Handbook on European Competition Law, 2013, chapter 6, p. 252.

53 ODUDU, OKEOGHENE, **Hub and Spoke collusion** in Handbook on European Competition Law, 2013, chapter 6, p. 257.

54 ODUDU, OKEOGHENE, **Hub and Spoke collusion** in Handbook on European Competition Law, 2013, chapter 6, p. 254.

extremamente danosos à sociedade e ao bem-estar social.

Conforme vimos no presente artigo, a identificação da operação de um cartel precisa ter um cariz quase que cirúrgico e, ainda assim, a cada instante surgem modalidades mais aprimoradas de atuação com vistas a dificultar a identificação dos infratores por parte das Autoridades Reguladoras. E, por consequência, a cada demora ou ausência de punição, faz-se perpetuar a sensação de impunidade que acaba por motivar a continuidade da participação dos envolvidos bem como a agregação dos até então não infratores.

Nesse cenário surge a importante e difícil tarefa do Estado em investir cada vez mais em técnicas de altíssima performance, vindo a trazer, em paralelo, custo à sociedade. Assim é possível concluir que a manipulação do mercado além de trazer prejuízo aos consumidores e à defesa da Democracia gera, ainda, a necessidade do despêndio de recursos para otimização das ferramentas de identificação e controle dos infratores, penalizando<sup>55</sup>, assim, duplamente, a sociedade.

## V. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

AMARAL, DIOGO FREITAS do, Curso de Direito Administrativo, Coimbra, Almedina, Volume 1, 3ª edição, 2006.

AMARAL, MARIA LÚCIA, A forma da República, uma introdução ao estudo do Direito Constitucional, Coimbra Editora, Reimpressão, 2005.

AMORIM, JOÃO PACHECO DE, Direito Administrativo da Economia, Volume 1, Coimbra, Almedina, 2014.

AZEVEDO, MARIA EDUARDA, Temas de Direito da Economia, Coimbra, Almedina, 2014.

BARREIRA, MARIANA ESTEVES, Cartéis Hub And Spoke: Horizontal Ou Vertical?, Dissertação de Mestrado, Escola de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa, 2017.

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra, Almedina, 5ª edição, 2002.

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, Revista de Direito Público e Regulação, n. 1, O princípio democrático sobre a pressão dos novos esquemas regulatórios, 2009.

GONÇALVES, PEDRO COSTA, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Volume 7 (especial: Comunicações do I Triénio dos Encontros de Professores de Direito Público), Estado de garantia de garantia e mercado, 2010.

GOUVEIA, JORGE BACELAR, Manual de Direito Constitucional, Coimbra, Almedina, Volume 1, 5ª edição.

HABERMAS, JURGEN, Tendências de judicialização, in: Sociologia, n. 2º, 1987.

JACQUEMIN, ALEX ; SCHRANS, GUY, Direito Económico, Lisboa, Editorial Vega, 1979.

KELSEN, HANS, Teoria Pura do Direito (trad. João Baptista Machado), Coimbra, Almedina, 7ª edição, 2006.

---

55 MARQUES, NUNO CASTRO; CABURGUEIRA, MANUEL, *Cartel: quando uma conversa é uma conspiração contra o público*, Infrações económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito , Coimbra Editora, 2013, p.664.

LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA, *Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade e a criminalização do cartel*, Coimbra Editora, 2017.

MARQUES, NUNO CASTRO ; CABURGUEIRA , MANUEL, *Cartel: quando uma conversa é uma conspiração contra o público, Infrações económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito*, Coimbra Editora, 2013.

MARQUES, NUNO CASTRO, *EU citizenship : challenges and opportunities = Cidadania europeia : desafios e oportunidades / coord. Sofia Oliveira Pais*, Porto, Universidade Católica, 2015.

NUNO CASTRO; CABURGUEIRA, MANUEL, *Cartel: quando uma conversa é uma conspiração contra o público, Infrações económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito*, Coimbra Editora, 2013.

ODUDU, OKEOGHENE, “Hub and Spoke collusion” in *Handbook on European Competition Law*, 2013, chapter 6.

OTERO, PAULO, *O poder de substituição em Direito Administrativo, Enquadramento Dogmático-Constitucional*, Volume 2, Dissertação de Doutoramento, Lex, Lisboa, 1995.

SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS; GONÇALVES, MARIA EDUARDA; MARQUES, MARIA MANOEL LEITÃO, *Direito Económico*, Coimbra, Almedina, 6ª edição, 2011.

SOUSA, ANTÓNIO FRANCISCO DE, *Direito Administrativo Europeu, Vida Económica*, Porto, 2016.



# OS EFEITOS DA INDÚSTRIA 4.0 E AS RECEITAS FISCAIS COMO ALTERNATIVA PARA O FINANCIAMENTO DO REGIME GERAL DA SEGURANÇA SOCIAL

J. Eduardo Amorim<sup>1</sup>

**Resumo:** A chamada Indústria 4.0 ou 4ª Revolução Industrial está a transformar o mercado de trabalho. Os impactos no mercado de trabalho são diversos e distintos consoantes às novas tecnologias que surgem para efetivação da Indústria 4.0. Tais impactos podem ser divididos em quatro grupos: 1º - Criação de empregos por via da criação de novos sectores, produtos e serviços, ligados às novas tecnologias; 2º - Mudança no emprego tradicional, promovido pela digitalização, pela interação homem-máquina e novas formas de direção dos recursos humanos; 3º - Eliminação de empregos pela automação e robotização; e 4º - Transformação das relações de trabalho, uma vez que as mesmas se darão de forma e em ambientes distintos dos atuais, e.g., por via de plataforma digitais, *crowdsourcing*, *sharing economy*.

Grande parte destas alterações no mercado de trabalho impactará o modelo de financiamento da segurança social, nomeadamente no regime geral, sobretudo em países que como Portugal possui um modelo de financiamento demasiado depende da receita de tributos incidentes sobre remuneração de trabalhadores por conta de outrem, ou seja, com vínculo laboral.

Neste sentido, por via do levantamento bibliográfico e estudo comparado, objetivamos demonstrar os impactos negativos das alterações do mercado de trabalho promovidas pela Indústria 4.0 e como estes se transformarão em grandes desafios para o modelo de financiamento do regime geral da segurança social em Portugal. Por fim, trazemos como hipótese, a alteração do tributo pago pelos empregadores como forma de promover uma maior diversificação das fontes de financiamento do regime geral, privilegiando receitas fiscais provenientes de impostos sobre lucro e receita, em substituição, aos tributos incidentes sobre remuneração do trabalhador.

**Palavras Chaves:** indústria 4.0; 4ª revolução industrial; Segurança Social; Receita Fiscal.

**Abstract:** The Industry 4.0 or 4th Industrial Revolution is transforming the labor market. The impacts on the labor market are diverse and different depending on each new technology that comes with the implementation. They can be divided into four groups: 1 - Creation of jobs through the creation of new sectors, products and services, linked to new technologies; 2. - Change in traditional employment, promoted by digitalization, human-machine interaction, new ways of directing human resources, ...; 3. - Destruction of jobs through automation and robotization; and 4º - Transformation of labor relations, since they will take place in different ways and environments, such as digital platforms, crowdsourcing and sharing economy.

These changes in the labor market will impact in the model of financing of the social security, especially in the general regime, because in countries such as Portugal the model is more dependent on the income of taxes levied on the remuneration of workers.

---

<sup>1</sup> Jorge Eduardo Braz de Amorim; Doctorando – Universidad de Oviedo, Mestre em Direito – Universidade do Porto; MBA em Direito Tributário – FGV – RJ; inscrito na Ordem dos Advogados de Portugal e do Brasil. [j.eduardoamorim.law@gmail.com](mailto:j.eduardoamorim.law@gmail.com)

## Os Efeitos da Indústria 4.0 e as Receitas Fiscais como Alternativa Para o Financiamento do Regime Geral da Segurança Social

In this sense, through a bibliographical survey and a comparative study, we aimed to demonstrate the negative impacts of the changes in the labor market promoted by Industry 4.0 and how these will become major challenges for the model of financing of the general social security system in Portugal. Lastly, we hypothesize the change in the tax paid by employers as a way to promote a greater diversification of the sources of financing of the general scheme favouring tax revenues from taxes on profit and income, as a substitute for the taxes levied on the employee's remuneration.

**Keywords:** industry 4.0; 4th industrial revolution; Social Security; Tax Revenue.

### 1. Os efeitos da “indústria 4.0” no financiamento do regime geral da segurança social.

Indústria 4.0 é um conceito contemporâneo que faz referência às “fábricas inteligentes” onde se englobam as principais inovações tecnológicas atinentes à automação, controle e tecnologia da informação, aplicadas aos meios de produção.

O avanço tecnológico de máquinas e equipamentos sempre foi uma constante dentro do campo industrial<sup>2</sup>; porém, o surgimento da “internet das coisas”<sup>3</sup> e da inteligência artificial, representa um marco diferenciador que está a conduzir-nos à uma nova revolução industrial, posto que permitem promover um diálogo entre sistemas e equipamentos de forma autónoma (em relação ao homem), possibilitando, inclusive, a tomada de decisões sem interferência humana, alcançadas somente pelas leituras dos dados dos sistemas dos módulos de produção.

Segundo a doutrina e organismos internacionais, 4.<sup>a</sup> Revolução Industrial (ou Indústria 4.0), será responsável por três grandes impactos socioeconómicos em escala global: 1.º- o surgimento de novos modelos de negócios; 2.º- incremento da pesquisa e desenvolvimento em tecnologia da informação, objetivando o aumento da segurança e

---

<sup>2</sup> QUELHAS, Ana Paula Santos. *A refundação do papel do Estado nas políticas sociais*. Coimbra: Almedina, 2001, pp. 94-95; e ROCA, Raquel. *KNOWMADS: Los Trabajadores del Futuro*. Madrid: LID, 2015, pp. 188 e ss.

<sup>3</sup> IoT” na sigla em inglês. Para mais sobre Internet das Coisas, sua atuação e potencial mercado ver o Relatório da Comissão Europeia: “*Definition of a Research and Innovation Policy Leveraging Cloud Computing and IoT Combination*”, 2016. - ISBN 978-92-79-47760-7 doi:10.2759/38400.

confiabilidade dos sistemas; e 3.º- alterações no mercado de trabalho, com a criação de novas demandas especializadas<sup>4</sup> e com a extinção de postos de trabalhos e profissões<sup>5 6</sup>.

Conforme Klaus Schwab, com a 4ª revolução industrial passou a existir desenvolvimento económico e criação de riqueza, sem, por outro lado, haver necessariamente um aumento correspondente de empregos; facto que se agravará consoante a maior utilização, ao longo do tempo, dos conceitos e tecnologias que compõem este novo modelo de produção. As novas tecnologias de automação desenvolvidas a partir da “internet das coisas” e da inteligência artificial estão a desconstruir a relação direta que até aqui existia entre a procura, a produção e a força de trabalho. Como exemplo o autor faz referência à Uber<sup>7</sup>; bem como, provoca-nos com uma comparação entre as três maiores empresas<sup>8</sup> de Detroit em 1990, e as três maiores empresas do Silicon Valley, em 2014, constatando que as mesmas, nos diferentes períodos, auferiram receitas anuais equivalentes (de aproximadamente 250.000 milhões de dólares nos respectivos anos), sendo que as empresas de Detroit possuíam 1,2 milhões de empregados enquanto que as do Silicon Valley, somente 137 mil.<sup>9</sup> Ainda que a comparação tenha sido realizada entre empresas de atividades distintas, entendemos que cumpre com o objetivo de nos fazer refletir sobre a hipótese crescente de termos regiões ou mesmo países com predominância de modelos de negócios altamente rentáveis, com grande produção de riquezas, porém, de baixa geração de empregos.

Segundo o relatório do Fórum Económico Mundial, “The Future of Jobs”<sup>10</sup>, a indústria 4.0, promoverá o desenvolvimento do trabalho remoto, o que permitirá, por exemplo, parcerias entre especialistas de diversos países para projetos pontuais, acarretando uma diminuição considerável do núcleo de trabalhadores a tempo integral e em funções fixas

---

<sup>4</sup> Conforme observa Raquel Roca: “Según la Comisión Europea, frente al 3% de crecimiento estimado para el conjunto del empleo en 2020, las ocupaciones TIC (Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Electrónica y los Contenidos Digitales) crecerán un 14%.”: ROCA, Raquel. *KNOWMADS: Los Trabajadores del Futuro...*, op. cit., p. 189.

<sup>5</sup> Estima-se que 47% do total do emprego nos EUA estão na categoria de empregos com alto risco de extinção em uma ou duas décadas. FREY, Carl B. e OSBORNE, Michael A. “*The Future of Employment: How susceptible are job to computensation?*”, Universidade de Oxford, 2013, p. 38. Disponível em: [http://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The\\_Future\\_of\\_Employment.pdf](http://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf) (última consulta em 23.06.2017).

<sup>6</sup> Em termos globais, conforme relatório do Banco Mundial (*World Development Report*), estima-se que 57% dos empregos nos países da OCDE correm o risco de serem automatizados nos próximos 20 anos. ACEMOGLU, Daron e RESTREPO, Pascual. “*Robots and Jobs: Evidence from US Labor Markets*.” MIT, 2017, p. 1. Disponível em <https://economics.mit.edu/files/12763> (última consulta em 23.06.2017).

<sup>7</sup> Maior empresa de transporte, sem ter um veículo próprio e sem ter um empregado condutor de veículos.

<sup>8</sup> Em relação ao valor de mercado e volume de negócios.

<sup>9</sup> SCHWAB Klaus. *La cuarta revolución industrial*. 1.ª edición, Barcelona: Debate Editora, 2016, p. 23-24.

<sup>10</sup> World Economic Forum, “*The Future of Jobs...*”, January 2016, p. 15. Disponível em: [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_Future\\_of\\_Jobs.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs.pdf).

nas indústrias. Ainda segundo o relatório, até 2020, estima-se que 7,1 milhões de empregos desaparecerão no mundo; sendo certo que, por outro lado, face às novas demandas por profissionais qualificados, serão criadas 2,1 milhões de vagas que exigirão alta qualificação tecnológica. Portanto, ainda assim, teremos um saldo negativo de 5 milhões de empregos extintos até 2020. ACEMOGLU e RESTREPO também alertam para a capacidade limitada que a automação tem de criação de empregos compensatórios em outras ocupações<sup>11</sup>.

Uma vez que o modelo de financiamento do regime geral da segurança social em Portugal possui um alto nível de dependência do trabalhador ativo para cumprir com eficiência seu objetivo, todos os fatores que promovam uma queda do contingente de trabalhadores com vínculo laboral no mercado de trabalho, bem como a diminuição da remuneração, podem comprometer o equilíbrio e a sustentabilidade do regime.

Portanto, eliminação de empregos e baixa remuneração dos trabalhadores, afetam negativamente a obtenção de receitas à medida que o financiamento do regime geral da segurança social em Portugal, efetiva-se exclusivamente pelas contribuições das entidades empregadoras e das quotizações dos empregados, ambas incidentes sobre a remuneração dos trabalhadores e, por consequência, altamente dependente de um contínuo crescimento económico e do mercado de trabalho ativo.

## 2. Receitas Fiscais como fonte do subsistema contributivo.

Como elucidada Ilídio das Neves, o uso das obrigações contributivas incidentes sobre a remuneração dos trabalhadores como fonte de captação de receitas para a segurança social foi o primeiro método de financiamento de uma segurança social institucionalizada e estatal. Fundamenta-se no pensamento funcional segundo o qual as prestações substitutivas de remuneração do trabalho devem estar relacionadas com encargos sobre o salário, tendo por alicerce o “princípio do seguro social” pelo o qual as prestações devem ser suportadas pelos beneficiários diretos (trabalhadores) e os indiretos (entidades empregadoras, que beneficiam-se da segurança económica e estabilidade social)<sup>12</sup>.

Desta forma a produtividade e o crescimento económico, como motores para a criação de emprego, são fundamentais para o financiamento da segurança social<sup>13</sup>. Porém,

---

<sup>11</sup> ACEMOGLU, Daron e RESTREPO, Pascual. *“Robots and Jobs: Evidence...”,* op. cit., p. 37.

<sup>12</sup> NEVES, Ilídio das. *Direito da Segurança Social. Princípios Fundamentais numa análise prospectiva.* Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 339.

<sup>13</sup> SORIA, José Vida [et. al.]. *Manual de Seguridad Social*, 5ª edición. Madrid: Tecnos, 2009, p. 165.

por deixar de considerar os efeitos das alterações no mercado de trabalho promovidas pela chamada “indústrias 4.0”, o financiamento pautado pela solidariedade de grupo através de tributos incidentes sobre remuneração dos trabalhadores, peca por não considerar que de hoje para o futuro, certamente teremos crescimento económico e ganho em produtividade, sem necessariamente termos criação de empregos e aumento de remuneração na mesma proporção.

Logo, as reduções dos custos para manter uma economia competitiva e a busca pelo crescimento económico continuam a ter elevado grau de importância na solução do problema de financiamento do sistema contributivo, porém, ante aos efeitos da indústria 4.0 no mercado de trabalho (listados no ponto anterior), não podemos deixar de considerar a imperiosa necessidade de diversificação das fontes de financiamento, melhor dizendo, da diversificação das bases de incidências dos tributos financiadores do regime geral, através da criação de tipos tributários que possam gravar a capacidade contributiva de uma forma justa e sustentável.

O modelo de financiamento do regime geral (regime que pertence ao subsistema previdencial, do sistema de segurança social em Portugal) revela-se demasiado dependente do mercado de trabalho ativo e da remuneração dos trabalhadores<sup>14</sup>. Esta dependência, ante aos desafios que listamos no ponto anterior, pode gerar uma perda de receita e aumento dos gastos no avançar dos anos.

Assim sendo, conforme Noémia Goulart, a busca por fontes alternativas de financiamento da segurança social é alimentada pela expectável diminuição da massa salarial devido à quebra do nível de emprego no médio e longo prazo<sup>15</sup>. Conforme a autora: “Para muitos países o caminho tem sido no sentido do financiamento através de receitas gerais (impostos diretos e indiretos)...”. Como exemplo cita o caso da França, que através da Contribuição Social Generalizada diversificou a base de incidência através da tributação sobre rendimentos do trabalho, rendimento substitutivo do trabalho e do rendimento de capitais<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Para mais sobre o sistema de segurança social em Portugal e o financiamento do regime geral ver: AMORIM, Jorge Eduardo Braz de. *“A contribuição para a Segurança Social a cargo das entidades empregadoras e a sustentabilidade do modelo de financiamento do regime geral dos trabalhadores por conta de outrem.”*, Dissertação de Mestrado, Universidade do Porto, Porto, 2018. Disponível em <http://hdl.handle.net/10216/110411>. (acessado em 12.05.2019).

<sup>15</sup> GOULART, Noémia. “O financiamento da segurança social” in Por onde vai o Estado Social em Portugal?, Org.: Fernando Ribeiro Menezes e Nazaré da Costa Cabral, Porto: Vida Económica, 2014, pp. 297-327, p. 312.

<sup>16</sup> GOULART, Noémia. “O Financiamento da Segurança Social.”..., op. cit., p. 313.

Como reforço de dados que demonstram essa tendência citamos Miguel Ángel García Díaz y Jesús Ruiz-Huerta Carbonell<sup>17</sup>, os autores demonstram que no período entre 1995 a 2010, entre os países da UE-15, houve uma alteração na composição da estrutura do financiamento da segurança social, onde as contribuições e quotizações que representavam 63,8% passaram a representar 55,3% do total da fonte de financiamento e em contrapartida os impostos tiveram um aumento na participação do financiamento da segurança social, uma vez que representavam em 1995, 32,2% e passaram a representar 41,1% em 2010.

É inegável que em Portugal a participação do Estado no financiamento do sistema de segurança social através de transferência do O.E. suportou um aumento significativo. Mas este aumento não significa uma efetiva diversificação de fontes de financiamento para o subsistema contributivo, visto que o aumento da participação do Estado pautou-se no cumprimento do princípio da adequação seletiva pelo qual o Estado se viu obrigado a aumentar a sua participação no financiamento do sistema na proporção do aumento de sua responsabilidade para com as prestações do subsistema não contributivo<sup>18</sup>.

A partir da análise das fontes de financiamento do subsistema contributivo (mas especificamente do regime geral), propomos uma divisão das mesmas em: i – ordinárias: formadas pelas quotizações pagas pelos trabalhadores e contribuições pagas pelas entidades empregadoras; e ii – extraordinárias: representadas pelas transferências do Orçamento do Estado. Ambas as fontes ordinárias representam prestações compulsórias calculadas pela aplicação da taxa contributiva sobre a remuneração ilíquida do trabalhador (base de incidência contributiva). Desta forma, podemos concluir que o modelo de financiamento é excessivamente dependente do mercado de trabalho.

Como aponta Ilídio das Neves, tanto por ser o garante final do Sistema de Segurança Social, como por ser o responsável pela compensação financeira necessária para abonar eventuais desajustes que ações políticas possam provocar no financiamento do subsistema contributivo, o Estado também é parte integrante da relação jurídica contributiva, ao lado dos beneficiários e das entidades empregadoras.<sup>19</sup> Assim sendo, o Estado, pelo princípio da solidariedade geral, fazendo parte da relação jurídico contributiva, deve contribuir para o

---

<sup>17</sup> CARBONELL, Jesús Ruiz-Huerta, et al. *Estado del Bienestar y sistemas fiscales en Europa*. Colección Estudios n.º 232. Madrid: Consejo Económico y Social España, 2015, p. 230.

<sup>18</sup> De 1995 a 2006 as contribuições para a segurança social tiveram um crescimento de 90%, enquanto que as transferências do O.E. no mesmo período tiveram um crescimento de 507%. Cfr. CABRAL, Nazaré da Costa. *Contribuições para a segurança social*. Cadernos IDEFF, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 27-28.

<sup>19</sup> NEVES, Ilídio das. *Direito da Segurança Social. Princípios Fundamentais numa análise prospectiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 334.

financiamento do subsistema previdencial (e por via de consequência para o Regime Geral), através da transferência de suas receitas fiscais.

É evidente que nesta alteração, o financiamento por via de receita fiscal não pode ocorrer na forma de criação de um imposto com consignação direta, ou seja, não se pode, ao menos no sistema normativo português, face ao princípio orçamental da não consignação de receitas<sup>20</sup>, destinar, como regra, o produto da arrecadação de um imposto para uma determinada obrigação estatal (ainda que tal princípio normatizado possibilite a consignação em caso excepcional e fundamentado).

Desta forma, entendemos que a alteração da composição do financiamento deve ocorrer através da inclusão da transferência orçamental do Estado como fonte de financiamento “ordinária” e não só “extraordinária”, ou seja, a participação do Estado no financiamento do Regime Geral deve aumentar na proporção em que a contribuição das entidades patronais diminua. Devendo esta participação estatal ser gerida por normas da “constituição orçamental e do direito constitucional financeiro” que, como aponta Jónatas E. M. Machado e Paulo N. da Costa: “... tem uma função de sinalização do compromisso do Estado com umas finanças públicas saudáveis.”, acrescenta os autores que o texto normativo pode adotar inúmeras formas de ação do Estado, inclusive “a imposição de percentagens de receitas para despesas em prestações sociais.”<sup>21</sup> É certo que os autores quando defendem a importância da “constituição orçamental” o fazem no sentido de preservar o equilíbrio financeiro evitando injustiças intergeracionais face à dívida pública. Não obstante esta constatação, entendemos que da mesma forma o constituinte ou legislador infraconstitucional pode utiliza-la também para garantir um rigor orçamental não só no controle dos gastos como na destinação vinculada de receita fiscal via transferência no Orçamento do Estado. Não olvidando que tais normas de destinação e controle orçamentais devem estar acompanhadas de mecanismos de controle preventivo e sanções precisas e de aplicação imediata em caso de descumprimentos.

### 3. Conclusão

---

<sup>20</sup> Art.º 16.º da Lei n.º 151/2015, de 11 de setembro – Lei de Enquadramento Orçamental.

<sup>21</sup> MACHADO, Jónatas E. M. e COSTA, Paulo Nogueira da. *Manual de Direito Fiscal Perspectiva multinível*. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 50-51.

## Os Efeitos da Indústria 4.0 e as Receitas Fiscais como Alternativa Para o Financiamento do Regime Geral da Segurança Social

Entendemos que as alterações no mercado de trabalho, na estruturar familiar, na expectativa de vida, nas finanças e economia nacional interferem nos regimes de segurança social e que essa interferência tem grau distinto entre os regimes, consoante o modelo de financiamento de cada um. Assim como aponta Luísa Gonçalves, “nos sistemas essencialmente autofinanciados e de repartição, as mutações sociodemográficas e laborais poderão por em causa a sustentabilidade do sistema...”<sup>22</sup>.

Assim sendo, em linhas gerais, defendemos algumas ações para mitigar os impactos negativos da indústria 4.0 no mercado de trabalho e por via de consequência no financiamento do regime geral da segurança social. A primeira passa por fomentar políticas de formação contínua voltadas para qualificações e requalificações dos trabalhadores para ocupação das atividades tecnológicas. Porém, entendemos que tais medidas não serão suficientes face à reduzida capacidade de criação de emprego de substituição, ou seja, que permite o regresso ao mercado de trabalho por via dos novos empregos tecnológicos.

Desta forma, defendemos o reforço da receita para o financiamento da segurança social através de uma substituição gradual da contribuição para a segurança social das entidades empregadoras que incide sobre salários, por uma tributação incidente sobre receitas e lucros das pessoas coletivas<sup>23</sup>, com fundamento no princípio da solidariedade geral, independente de serem ou não empregadoras.

Para tanto, ante a vedação da criação de impostos com consignação de receitas, a adequação ao tipo tributário das contribuições a cargo das entidades empregadoras poderá operar-se através da majoração dos impostos sobre o rendimento real (ou normal) das pessoas coletivas ou entidades a elas equiparadas e através da criação de uma sobretaxa, para a tributação do volume de negócio dos mesmos sujeitos passivos, promovendo assim a necessária diversificação da base de incidência. As receitas fiscais auferidas com a tributação por via dos impostos formariam a dotação necessária para que o Estado possa figurar como fonte ordinária do sistema contributivo (mais especificamente do regime geral), efetivando-se o financiamento através das transferências via Orçamento do Estado.

---

<sup>22</sup> GONÇALVES, Luísa Andias. “*Reflexões em torno da reforma das prestações sociais – Das pensões em especial.*” In *Por onde vai o Estado Social em Portugal?*, Org.: Fernando Ribeiro Menezes e Nazaré da Costa Cabral, Porto: Vida Económica, 2014, p. 197.

<sup>23</sup> Pessoas Jurídicas no Brasil



#### 4. Referências Bibliográficas

ACEMOGLU, Daron e RESTREPO, Pascual. “*Robots and Jobs: Evidence from US Labor Markets.*” MIT, 2017. Disponível em <https://economics.mit.edu/files/12763> (última consulta em 23.06.2017).

AMORIM, Jorge Eduardo Braz de. “*A contribuição para a Segurança Social a cargo das entidades empregadoras e a sustentabilidade do modelo de financiamento do regime geral dos trabalhadores por conta de outrem.*”, Dissertação de Mestrado, Universidade do Porto, Porto, 2018.

CABRAL, Nazaré da Costa. *Contribuições para a segurança social.* Cadernos IDEFF, Coimbra: Almedina, 2010.

CARBONELL, Jesús Ruiz-Herta, et al. *Estado del Bienestar y sistemas fiscales en Europa.* Colección Estudios n.º 232. Madrid: Consejo Económico y Social España, 2015.

CUESTA, Henar Álvarez. *El futuro del trabajo vs. el trabajo del futuro. Implicaciones laborales de la industria 4.0.* A Coruña: Colex, 2017.

FREY, Carl B. e OSBORNE, Michael A. “*The Future of Employment: How susceptible are job to computensation?*”, Universidade de Oxford, 2013. Disponível em: [http://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The\\_Future\\_of\\_Employment.pdf](http://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf) (última consulta em 23.06.2017).

GOULART, Noémia. “*O financiamento da segurança social*” in *Por onde vai o Estado Social em Portugal?*, Org.: Fernando Ribeiro Menezes e Nazaré da Costa Cabral, Porto: Vida Económica, 2014, pp. 297-327.

GONÇALVES, Luísa Andias. “*Reflexões em torno da reforma das prestações sociais – Das pensões em especial.*” In *Por onde vai o Estado Social em Portugal?*, Org.: Fernando Ribeiro Menezes e Nazaré da Costa Cabral, Porto: Vida Económica, 2014, pp. 189-214.

MACHADO, Jónatas E. M. e COSTA, Paulo Nogueira da. *Manual de Direito Fiscal Perspectiva multinível.* Coimbra: Almedina, 2016.

NEVES, Ilídio das. *Direito da Segurança Social. Princípios Fundamentais numa análise prospectiva.* Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

QUELHAS, Ana Paula Santos. *A refundação do papel do Estado nas políticas sociais.* Coimbra: Almedina, 2001.

ROCA, Raquel (2015). *KNOWMADS: Los Trabajadores del Futuro.* Madrid: LID, 2015.

SCHWAB Klaus. *La cuarta revolución industrial.* 1.ª edición, Barcelona: Debate Editora, 2016.

SORIA, José Vida [et. al.]. *Manual de Seguridad Social,* 5ª edición. Madrid: Tecnos, 2009.

Word Economic Forum, “*The Future of Jobs...*”, January 2016, p. 15. Disponível em: [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_Future\\_of\\_Jobs.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs.pdf).

# QUESTIONANDO A OBVIDADE DO PRINCÍPIO BRASILEIRO DA INDISPONIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO COM INSPIRAÇÃO PORTUGUESA

Ana Paula Pasinato<sup>1</sup>

**RESUMO:** No Brasil, ainda não há previsão legal para a Arbitragem Tributária. A principal razão é o dogma da indisponibilidade do crédito tributário. Considerado, pela maior parte da doutrina, como óbvio demais para merecer uma análise crítica. Eis o objetivo do presente trabalho, questionar este princípio da indisponibilidade do crédito tributário, inspirando-se, para tanto, na experiência portuguesa. Experiência esta que, felizmente, não apenas buscou discutir o campo de aplicação do objeto da presente pesquisa como, também, consolidou a Arbitragem Tributária. E, mais, em Portugal, apesar de tal princípio da indisponibilidade do crédito tributário não estar previsto na Constituição portuguesa, está previsto na Lei Geral Tributária e, assim mesmo, foi questionado por inúmeros doutrinadores portugueses. No Brasil não temos previsão legal sobre este princípio, apenas certa resistência em questioná-lo, o que nos leva à carência de obras sobre o assunto, justificando o presente estudo. Para tanto, partimos do método hipotético-dedutivo e, sob a influência da obra de Karl Popper, de conjecturas, proposições e especulações. Concluímos que o princípio da indisponibilidade do crédito tributário perde seu caráter de obviedade a partir do momento em que há uma segunda verdade, qual seja, ser o crédito tributário interesse público secundário, o verdadeiro interesse da Administração e, portanto, disponível.

**Palavras-Chave:** Princípios; Indisponibilidade; Crédito Tributário; Brasil; Portugal.

## 1. PALAVRAS INICIAIS

*“O Direito Tributário está em desgraça e a razão deve  
buscar-se – não na superestrutura – mas precisamente naqueles  
seus fundamentos que costumam ser aceitos como demasiado  
‘óbvios’ para merecerem a análise crítica”.<sup>2</sup>*  
*(Alfredo Augusto Becker)*

---

<sup>1</sup> Mestranda da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Vice-Presidente da Subcomissão de Arbitragem da OAB/DF. Integrante do Grupo de Pesquisa em Arbitragem Tributária do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr). Integrou o Grupo de Pesquisa e Iniciação Científica em Arbitragem do Centro Universitário de Curitiba - UniCuritiba. Realizou estudos e pesquisas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL - Portugal), com curso em Arbitragem, Direito Fiscal Internacional, Contencioso Tributário (Arbitragem Tributária). Endereço eletrônico: anapasinatto@hotmail.com

<sup>2</sup> BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 10.

Costumamos aceitar o que é “*óbvio*” por ser cômodo e estar em frente aos olhos.<sup>3</sup> Como comentamos em outra oportunidade<sup>4</sup>, um argumento não suscetível de dúvidas, incontestável, é “*óbvio*”. Mas ele se restringe àquele determinado campo de conhecimento.<sup>5</sup> Por essa razão concordamos com Alfredo Augusto Becker ao mencionar que “*cada contendedor atribuiu um diferente conceito às premissas ‘óbvias’*. Esta dualidade de conclusões deixa ambos os contendedores surpresos e perplexos (pois partiram das ‘mesmas’ premissas ‘óbvias’).”

As premissas óbvias aparentam serem óbvias justamente por não serem analisadas de forma crítica. A partir do momento que começam os questionamentos, o imaculado perde sua característica de obviedade.

Eis a razão do presente estudo, inspirado nas análises críticas portuguesas por terem sido feitas com o desafio de existir previsão legal sobre tal princípio. No Brasil, o objeto da presente pesquisa não possui sequer previsão legal, o que aumenta nossas oportunidades de discussão.

Partindo do método hipotético-dedutivo de Karl Popper, por se tratar de conjecturas ousadas no nosso campo de conhecimento<sup>6</sup>, a presente pesquisa buscará questionar o princípio brasileiro da indisponibilidade do crédito tributário. Analisando as considerações sobre o crédito tributário ser interesse público secundário, disponível e, mais, arbitrável.

## 2. COMENTÁRIOS SOBRE PRINCÍPIOS

Para JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO a Carta Magna de 1988 é “*um sistema de regras e princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a forma de regras*”.<sup>7</sup> Sobre regras e princípios, RONALD DWORKIN considera que “*podem desempenhar papéis*

---

<sup>3</sup> Ibid., p. 12.

<sup>4</sup> PASINATTO, Ana Paula; VALLE, Maurício Timm do. Arbitragem Tributária: Breve Análise Luso-Brasileira, in: **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Ano 3 (2017), no 6, p. 1041-1073. Disponível em: <[https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/6/2017\\_06\\_1041\\_1073.pdf](https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/6/2017_06_1041_1073.pdf)>. Acesso em: 18 abril 2019.

<sup>5</sup> Expressão utilizada por Martin Heidegger. HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Edição em alemão e português, tradução e organização por Fausto Castilho. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p. 307.

<sup>6</sup> “[...] a tradição racionalista, a tradição do debate crítico, é a única maneira viável de expandir o nosso conhecimento – conhecimento conjectural ou hipotético, é claro. [...] Nessa tradição racionalista, mudanças ousadas na doutrina não são proibidas. Ao contrário, a inovação é incentivada e vista como [...] um aperfeiçoamento, quando se baseia em debate crítico dos predecessores. [...] A respeito do caráter conjectural do conhecimento humano: ‘Não é da natureza ou do caráter do homem possuir o verdadeiro conhecimento [...] aquele que não espera o inesperado não o identificará: ele permanecerá indetectável e inabordável’”. POPPER, Karl. Os primórdios do racionalismo. In.: MILLER, David (org.). **Textos Escolhidos**. Tradução: Vera Ribeiro. Revisão de tradução: César Benjamin. Rio de Janeiro: PUC Rio, 2010. p. 36.

<sup>7</sup> Esclarece a afirmação dizendo “...é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; [...] é sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica [...] traduzida na disponibilidade e «capacidade de aprendizagem» das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da «verdade» e da «justiça» [...] é um sistema

## Questionando a Obviedade do Princípio Brasileiro da Indisponibilidade do Crédito Tributário com Inspiração Portuguesa

*bastante semelhantes e a diferença entre eles reduz-se quase a uma questão de forma*".<sup>8</sup> Concordamos com GUSTAVO ZAGREBELSKY ao afirmar ser relevante distinguir regras e princípios<sup>9</sup>, eis que espécies do gênero norma.<sup>10</sup>

Primeiro existe a tese inaugurada por RONALD DWORKIN e desenvolvida por ROBERT ALEXY, que indica uma distinção forte entre regras e princípios. Para ele, o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é o fato de serem os princípios "*normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas e reales existentes*". Nos informa que "*los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas*".<sup>11</sup>

Segundo há a sugestão de distinção débil ou fraca. Enquanto os princípios "*são mais indeterminados*", as regras são "*menos indeterminadas*". Possuem as "*mesmas propiedades, embora em graus diferentes*".<sup>12</sup>

---

*normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas [...] é um sistema de regras e de princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a forma de regras*" – **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1159.

<sup>8</sup> DWORKIN, 2002, p. 44/45.

<sup>9</sup> ...**Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36.

<sup>10</sup> "*La literatura sobre el modo de entender la diferencia entre los principios y las reglas jurídicas es extensísima y constituye por sí misma una demostración elocuente no sólo del carácter problemático, sino también de la relevancia de esta distinción...*" – ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 7. ed. [Madrid]: Trotta, [2007], p. 109; ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007, p. 65.

<sup>11</sup> "*...todo intento de dividir las normas en dos clases, la de las reglas y la de los principios, es vano debido a la pluralidad existente en la realidad. Esto quedaría demostrado, si se tiene en cuenta que, por ejemplo, los criterios antes mencionados, algunos de los cuales sólo permiten diferenciaciones de grado, son combinables entre sí de la manera que se desee. De esta manera, no habría ninguna dificultad en imaginar una norma que tuviera alto grado de generalidad pero no fuera inmediatamente aplicable, que no hubiera sido establecida expresamente, que llevara en la frente su contenido valorativo, que tuviera una estrecha relación con la idea del derecho, que tuviera gran importancia para el ordenamiento jurídico y que se aplicara como fundamento de ciertas reglas y como criterio para la evaluación de argumentos jurídicos. A ello se agregaría el hecho de que aquellos que estos criterios, tomados en sí mismos, separan, es, a su vez, un tipo muy heterogéneo. Por ello, habría que dirigir la atención a los numerosos elementos comunes y diferencias, similitudes y disimilitudes, que se encuentran dentro de la clase de las normas, algo que podría ser comprendido mejor con el concepto wittgensteiniano de parecido de familia que con la división en dos clases*" – **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007. p. 67.

<sup>12</sup> "*...A primeira corrente sustenta que os princípios são normas portadoras de elevado grau de abstração (dirigem-se a um indeterminado número de situações) e generalidade (dirigem-se a um número indeterminado de pessoas) e, por isso, exigem uma aplicação influenciada por um elevado grau de subjetividade do aplicador, contrariamente às regras, que denotam pouco ou nenhum grau de abstração (destinam-se a um número (quase) determinado de situações) e generalidade (dirigem-se a um número (quase) determinado de pessoas) e, por isso, demandam uma aplicação com pouca ou nenhuma influência de subjetividade do intérprete. Essa é a teoria clássica do Direito Público, inicialmente difundida pelos estudos de Direito Administrativo e, depois, transplantada para os trabalhos de Direito Constitucional. É dessa concepção que vem a afirmação de que os princípios são os alicerces, as vigas mestras ou os valores do ordenamento jurídico, sobre o qual irradiam os seus efeitos. Dela também decorrem as assertivas no sentido de que os princípios, em contraposição às regras, veiculam valores. O fundamento dessa distinção, dependendo da radicalidade com que seja defendido, está no grau de indeterminação das espécies normativas: os princípios, porque fluidos, permitem maior mobilidade valorativa, ao passo que as regras, porque pretensamente determinadas, eliminam ou diminuem sensivelmente a liberdade apreciativa do aplicador. Trata-se, como se pode ver, de uma distinção fraca: os princípios e as regras têm as mesmas propriedades, embora em graus diferentes – enquanto os princípios são mais indeterminados, as regras são menos...*" – ÁVILA, Humberto Bergamnn. Princípios e regras e a segurança jurídica. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). **Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito**. São Paulo: Noeses, 2005. p. 252-253.

## Questionando a Obviedade do Princípio Brasileiro da Indisponibilidade do Crédito Tributário com Inspiração Portuguesa

A terceira e última nega qualquer possibilidade de distinção entre princípios e regras. Primeiro por serem iguais e, segundo que se não forem iguais apresentarão diferença mínima que não fará sentido distingui-las.<sup>13</sup>

No caso dos princípios se “*entrecruzarem*”, deve ser feita uma resolução ponderada a partir do peso relativo de cada um deles.<sup>14</sup>

### 3. INDISPONIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM PORTUGAL

Corolário dos princípios da igualdade e da legalidade<sup>15</sup>, que vinculam toda a atividade da administração tributária<sup>16</sup>, foi utilizado como “*ferramenta de espanto*” da Arbitragem Tributária. Apesar de não estar explicitamente na Constituição portuguesa, a Lei Geral Tributária (LGT) o prescreve em seu art. 30<sup>17</sup>. Do mesmo modo a LGT prevê, em seu art. 55, juntamente com a Constituição portuguesa em seu art. 266, n. 2, que a Administração Tributária deve observar o princípio da legalidade durante sua atuação, “*devido revogar os actos cuja ilegalidade detectar e, por isso, o cumprimento deste dever leal não pode simultaneamente constituir uma actuação proibida pelo princípio da indisponibilidade dos créditos tributários*”.<sup>18</sup>

Como bem aponta FRANCISCO NICOLAU DOMINGOS, uma das premissas é o fato de a obrigação tributária ter a “*gênese na lei e reveste natureza obrigacional, pelo que não só o sujeito credor, como também o devedor, devem obediência estrita aos elementos da obrigação vertidos na lei*”.<sup>19</sup>

---

<sup>13</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 31.

<sup>14</sup> “[...] *ya se ha insinuado entre la teoría de los principios y la máxima de la proporcionalidad existe una conexión. esta conexión no puede ser más estrecha: el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, u ésta implica aquélla. Que el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad significa que la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de la adecuación necesidad y de la proporcionalidad en sentido stricto se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de él. El TRIBUNAL Constitucional Federal ha dicho, en una formulación algo oscura, que la máxima de la proporcionalidad resulta "en el fondo ya de la propia esencia de los derechos fundamentales"* ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007. p. 105/134.

<sup>15</sup> Constituição da República Portuguesa. Art. 266: 2 - Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.

<sup>16</sup> SOUSA, Jorge Manuel Lopes de. Algumas notas sobre o regime da arbitragem tributária. In.: CELESTE, Isabel (coord.). 2. ed. **Arbitragem Administrativa e Tributária – Problemas e Desafios**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 115-130.

<sup>17</sup> Lei Geral Tributária (LGT). Autoridade Tributária e Aduaneira. Última atualização: Lei n.º 13/2016 de 23 de maio. Art. 30: 2 - O crédito tributário é indisponível, só podendo fixar-se condições para a sua redução ou extinção com respeito pelo princípio da igualdade e da legalidade tributária. Disponível em: <<https://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/87CAB3CA-4ED1-411A-9BDE-3E9725C24F21/0/LGT.pdf>>.

<sup>18</sup> SOUSA, 2012. p. 123.

<sup>19</sup> DOMINGOS, Francisco Nicolau. **Os métodos alternativos de resolução de conflitos tributários**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2016. p. 376-377.

Tanto que, assim como tal princípio em comento é, no Brasil, o principal óbice à plena arbitrabilidade objetiva, também é na Espanha e em São Tomé e Príncipe.<sup>20</sup>

Concordamos com Francisco Nicolau Domingos ao afirmar que o princípio da indisponibilidade do crédito tributário “*apenas exige que exista habilitação legal prévia*” e com Samuel Almeida ao mencionar que “*decidindo os árbitros de acordo com o Direito constituído, o princípio da indisponibilidade do crédito tributário não é posto em causa por um Tribunal Arbitral, tal como não é colocado em causa por qualquer órgão jurisdicional*”<sup>21</sup>. Dessa forma, passamos à breves análises críticas sobre tal princípio no Direito Tributário brasileiro.

#### 4. REPENSANDO O PRINCÍPIO BRASILEIRO DA INDISPONIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

No Brasil, diferente de Portugal, não há previsão legal sobre tal princípio da indisponibilidade do crédito tributário. Nem no Código Tributário Nacional, Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, nem na nossa Constituição Federal de 1988.

Costumamos mencionar que essa indisponibilidade reside no fato de o sujeito ativo não poder agir arbitrariamente, como, por exemplo “*dispensar o tributo sem autorização legislativa*”.<sup>22</sup> Se de um lado temos a obrigatoriedade da Administração cobrar o tributo devido após o lançamento, do outro lado há a hipótese “*de a Administração contratar com o particular a dispensa de um tributo devido*”.<sup>23</sup>

Tal termo “*indisponível*” é vago<sup>24</sup> e, por essa razão, existem várias definições.<sup>25</sup> Lembremos com RENATO ALESSI que essa “*indisponibilidade*” constitui como característica

---

<sup>20</sup> VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais. A Implementação da Arbitragem Tributária em Portugal: Origens e Resultados. In.: PISCITELLI, Thathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem Tributária: Desafios Institucionais Brasileiros e a Experiência Portuguesa**. São Paulo: Afiliada, 2018. p. 34.

<sup>21</sup> ALMEIDA, Samuel. Primeiras reflexões sobre a lei de arbitragem em matéria tributária. In.: **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Saldanha Sanches**. Coimbra: Almedina. p. 382.

<sup>22</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 8.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 550.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 701.

<sup>24</sup> **Um termo é vago não quando suscitam dúvidas a respeito do seu significado, da sua definição léxica ou informacional, mas quando não se sabe até onde vai seu campo de aplicação.** CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. 5. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006. p. 31-35.

<sup>25</sup> “(2) *Estamos informando de lo que la gente en general y, más específicamente, la que usan este lenguaje, significa con ella. [...] En el segundo caso, estamos informando del uso de los demás y tenemos una definición informativa o léxica. Usualmente, cuando formulamos definiciones, formulamos definiciones léxicas, el tipo que generalmente encontramos en un diccionario, que informa de los significados que actualmente se les adscribe a las diferentes palabras de un lenguaje. [...] Geralmente no inventamos nuevos significados para una palabra; informamos de aquellos que tiene ya, esto es, que le han dado los demás.*” HOSPERS, John. **Introducción al análisis filosófico**. 2. ed.. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1984. p. 51-52.

do patrimônio indisponível frente ao disponível.<sup>26</sup> Para EDUARDO TALAMINI<sup>27</sup> existem duas possibilidades de indisponibilidades dentro da indisponibilidade do direito material. O primeiro referente à indisponibilidade como “*vedaçãõ à renúncia de um direito existente*” e o segundo como “*necessariedade de intervenção jurisdicional*”.<sup>28</sup>

Como menciona LUÍS EDUARDO SCHOUERI a respeito de tal dogma da indisponibilidade do crédito tributário, basta refletirmos “*sobre a realidade da tributação, para se concluir que o dogma acima referido não pode ser tomado de forma absoluta*”.<sup>29</sup> Em outras palavras, o dogma da indisponibilidade do crédito tributário é visto como demasiadamente óbvio para merecer uma análise crítica.<sup>30</sup>

*Eis a razão de levantarmos uma segunda verdade que contraponha a hipotética obviedade da primeira verdade. Afinal, a partir do momento que há uma segunda verdade, a primeira é falseada e, conseqüentemente, deixa de ser óbvia.*<sup>31</sup>

*Para tanto, analisaremos, aqui, a disponibilidade do crédito tributário frente a sua suposta indisponibilidade.* Para chegarmos na segunda verdade, basta refletirmos “*sobre a realidade da tributação, para se concluir que o dogma acima referido não pode ser tomado de forma absoluta*”.<sup>32</sup> Concordamos com DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO ao afirmar que a disponibilidade reside nos interesses patrimoniais que podem ser quantificados monetariamente.<sup>33</sup>

Ao nosso ver, há distinção jus-filosófica do interesse público. O interesse público em si é denominado como primário, por refletir a coletividade. Enquanto o interesse público da administração é um direito do Estado, conhecido como secundário. Tal distinção nos permite mencionar que o interesse público primário é o interesse efetivamente dotado de indisponibilidade. Enquanto o interesse público secundário é, e sempre foi, disponível pelo Estado poder dispor com a finalidade de gerar patrimônio.<sup>34</sup> Salientamos que o Código

---

<sup>26</sup> “*La indisponibilidad constituye precisamente la característica del patrimonio indisponible frente al disponible. Se trata de una indisponibilidad que tiene un contenido bastante más restringido que la propia de los bienes de dominio público y en ello radica precisamente la diferencia entre patrimonio indisponible y dicho dominio*”. ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. t. I. Barcelona: Bosch, 1970. p. 432.

<sup>27</sup> TALAMINI, Eduardo. **A (in)disponibilidade do Interesse Público: consequências Processuais** (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. [S.l.]: Re Pro 264, 2017.. p. 88.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 96-97.

<sup>29</sup> SCHOUERI, 2018. p. 700.

<sup>30</sup> BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 10.

<sup>31</sup> PASINATTO; VALLE, 2017, p. 1041-1073.

<sup>32</sup> SCHOUERI, *op. cit.*, p. 700.

<sup>33</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos Contratos Administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, 209. Rio de Janeiro: RDA, jul.set., 1997. p. 81-90.

<sup>34</sup> GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato Administrativo. V. 3, nº. 2. São Paulo: **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, jul./dez., 2002. Disponível em: <[http://www.epm.tjsp.jus.br/FileFetch.ashx?id\\_arquivo=20533](http://www.epm.tjsp.jus.br/FileFetch.ashx?id_arquivo=20533)>. Acesso em: 15 abril 2019. p. 56.

Tributário Nacional brasileiro permite tanto a anistia, como a remissão ou, até mesmo, a transação.

Concordamos, portanto, com ALEXANDRE LUIZ MORAES DO RÊGO MONTEIRO ao afirmar ser inexistente o dogma da indisponibilidade por ente estatal.<sup>35</sup> Tal postura já está, também, com certa estabilidade na jurisprudência.<sup>36</sup>

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A necessidade de analisarmos criticamente a obviedade deste dogma da indisponibilidade do crédito tributário reside em certas consequências de não o fazer. Como a discussão que paira sobre a possibilidade da Arbitragem Tributária no Brasil. Afinal, sendo os interesses públicos secundários efetivamente disponíveis <que, adianta-se, são disponíveis> “estaria a Administração Pública autorizada a se submeter ao júízo arbitral em tais casos. E isso porque os bens e direitos em referência existem para que o Administrador Público deles disponha para concretização de interesses públicos primários, estes sim indisponíveis”.

---

<sup>35</sup> MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. **Direito Tributário Internacional**. A arbitragem nos Acordos de Bitributação Celebrados pelo Brasil – Série Doutrina Tributária. Vol. XX. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 341.

<sup>36</sup> Existem dois acórdãos no Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. O primeiro proferido no julgamento do Recurso Especial n. 303.806 /RO, de relatoria do Ministro Luiz Fux, que reconhece serem “os direitos secundários ou derivados têm natureza instrumental e existem para operacionalizar os interesses primários”, eis sua ementa: “*Processual civil. Recurso especial. Intervenção do Ministério Público em ação reparatória de danos morais. Desnecessidade. [...] 4. Deveras, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração. Nessa última hipótese, não é necessária a atuação do Parquet no mister de custos legis, máxime porque a entidade pública empreende a sua defesa através de corpo próprio de profissionais da advocacia da União. Precedentes jurisprudenciais que se reforçam, na medida em que a atuação do Ministério Público não é exigível em várias ações movidas contra a administração, como, v.g., sói ocorrer com a ação de desapropriação prevista no Decreto-Lei n. 3.365/41 (Lei de Desapropriação).*”

5. *In genere, as ações que visam ao ressarcimento pecuniário contêm interesses disponíveis das partes, não necessitando, portanto, de um órgão a fiscalizar a boa aplicação das leis em prol da defesa da sociedade.*

6. *Hipótese em que revela-se evidente a ausência de interesse público indisponível, haja vista tratar-se de litígio travado entre o Estado de Rondônia e INSS e o Procurador do Estado Beniamine Gagle de Oliveira Chaves, onde se questiona a reparação por danos morais, tendo em vista ter sido injustamente denunciado pelo crime tipificado no art. 89 da Lei n. 8.666/93.*

7. *Ademais, a suposta nulidade somente pode ser decretada se comprovado o prejuízo para os fins da justiça do processo, em razão do princípio de que “não há nulidade sem prejuízo” (pas des nullités sans grief).*

8. *Recurso especial desprovido”.*

O segundo acórdão existente sobre o tema, por sua vez, é o do julgamento do Recurso Especial n. 640.412/SC, de relatoria também no Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 19.5.2005, DJ de 13 jun. 2005. Eis parte de sua ementa: “[...] 3. A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado ‘interesse público secundário’.

4. *Deveras, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração. Nessa última hipótese, não é necessária a atuação do Parquet no mister de custos legis.*

5. *Hipótese em que se revela evidente a ausência de interesse público indisponível, haja vista tratar-se de litígio travado entre o INSS e Município, onde se questiona o pagamento de contribuições previdenciárias.”.*



Por tal razão, concordamos com KARL POPPER quando explica que “*a crítica e o debate são os únicos meios de chegar mais perto da verdade*”.<sup>37</sup>

Precisamos buscar, dentro da academia, analisar criticamente as teorias, especialmente aquelas vistas como dogmas. Nos inspirando, principalmente, em países como Portugal, que estão a nossa frente em tais discussões. Tão a nossa frente que já possuem consolidada a Arbitragem Tributária. Do contrário, se não questionarmos, se não nos valermos dos exemplos que deram certo, se não sairmos das zonas de conforto, não há evolução da ciência.

Se não tivesse sido questionada a Teoria do Geocentrismo, de que a Terra seria o centro do universo, estaríamos ultrapassados e sem o conhecimento da Teoria Heliocêntrica.

## 5. REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. t. I. Barcelona: Bosch, 1970.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007.

ALMEIDA, Samuel. Primeiras reflexões sobre a lei de arbitragem em matéria tributária. In.: **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Saldanha Sanches**. Coimbra: Almedina.

ÁVILA, Humberto Bergamnn. Princípios e regras e a segurança jurídica. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). **Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito**. São Paulo: Noeses, 2005.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. 5. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.

DOMINGOS, Francisco Nicolau. **Os métodos alternativos de resolução de conflitos tributários**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato Administrativo. V. 3, n.º. 2. São Paulo: **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, jul./dez., 2002. Disponível em: <[http://www.epm.tjsp.jus.br/FileFetch.ashx?id\\_arquivo=20533](http://www.epm.tjsp.jus.br/FileFetch.ashx?id_arquivo=20533)>. Acesso em: 15 abril 2019.

HOSPERS, John. **Introducción al análisis filosófico**. 2. ed.. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1984.

MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. **Direito Tributário Internacional**. A arbitragem nos Acordos de Bitributação Celebrados pelo Brasil – Série Doutrina Tributária. Vol. XX. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

---

<sup>37</sup> POPPER, Karl. Os primórdios do racionalismo. In.: MILLER, David (org.), **Textos Escolhidos**. Tradução: Vera Ribeiro. Revisão de tradução: César Benjamin. Rio de Janeiro: PUC Rio, 2010. p. 26-31.

Questionando a Obviedade do Princípio Brasileiro da Indisponibilidade do Crédito Tributário com Inspiração Portuguesa

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos Contratos Administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, 209. Rio de Janeiro: RDA, jul.set., 1997.

PASINATTO, Ana Paula; VALLE, Maurício Timm do. Arbitragem Tributária: Breve Análise Luso-Brasileira, in: **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Ano 3 (2017), no 6, p. 1041-1073. Disponível em: <[https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/6/2017\\_06\\_1041\\_1073.pdf](https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/6/2017_06_1041_1073.pdf)>. Acesso em: 18 abril 2019.

POPPER, Karl. Os primórdios do racionalismo. In.: MILLER, David (org.), **Textos Escolhidos**. Tradução: Vera Ribeiro. Revisão de tradução: César Benjamin. Rio de Janeiro: PUC Rio, 2010.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 8.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUSA, Jorge Manuel Lopes de. Algumas Notas sobre o Regime da Arbitragem Tributária. In.: FONSECA, Isabel Celeste M. **A Arbitragem Administrativa e Tributária – Problemas e Desafios**. Coimbra: Almedina, 2012.

TALAMINI, Eduardo. **A (in)disponibilidade do Interesse Público: consequências Processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015**. [S.l]: Re Pro 264, 2017.

VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais. A Implementação da Arbitragem Tributária em Portugal: Origens e Resultados. In.: PISCITELLI, Thathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem Tributária: Desafios Institucionais Brasileiros e a Experiência Portuguesa**. São Paulo: Afilada, 2018.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 7. ed. [Madrid]: Trotta, [2007].

## A PEC 145/2019 E A REFORMA TRIBUTÁRIA NO BRASIL

Renata Gomes de Albuquerque Sá<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho examina a Proposta de Emenda à Constituição nº 45/2019, que pretende realizar uma ampla reforma tributária no Brasil. O foco central do estudo será o Imposto de Bens e Serviços – IBS, novo imposto, a ser criado por lei complementar nacional, em substituição a cinco tributos existentes no Sistema Tributário Nacional: imposto sobre produtos industrializados – IPI, imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços – ICMS, imposto sobre serviços de qualquer natureza – ISS, contribuição aos programas de integração social – PIS e a contribuição para financiamento da seguridade social – COFINS. Serão analisados os dispositivos a serem inseridos e os que terão sua redação alterada na Constituição Federal, caso a proposta de emenda seja aprovada, apontando as principais diferenças entre o que se verifica na atualidade e a nova sistemática, principalmente no que concerne à redução da competência dos Estados, Municípios e Distrito Federal. Também serão colacionados o entendimento dos autores e estudiosos do direito tributário que já se manifestaram sobre este importante tema. Em seguida, será demonstrado o nosso posicionamento sobre as grandes modificações no Sistema Tributário Nacional que serão promovidas com a aprovação da PEC, em especial no que tange ao princípio federativo, à autonomia financeira e à competência tributária dos entes federativos.

**ABSTRACT:** The present work examines the Proposal of Amendment to the Constitution nº 45/2019, that intends to realize a broad tax reform in Brazil. The central focus of the study will be the Tax on Goods and Services – IBS, a new tax, to be created by a national supplementary law, replacing five existing taxes in the National Tax System: industrialized products tax – IPI, tax on the circulation of goods and services - ICMS, service tax of any kind - ISS, contribution to social integration programs - PIS and contribution to social security financing - COFINS. We will analyze the devices to be inserted and those that will have their wording changed in the Federal Constitution, if the proposed amendment is approved, pointing out the main differences between what is happening nowadays and the new system, especially with regard to the reduction of competence of the States, Municipalities and Federal District. They will also be collated the understanding of authors and scholars of tax law who have already manifested on this important topic. Next, we will show our position on the major changes in the National Tax System that will be promoted with the approval of the PEC, especially regarding the federative principle, the financial autonomy and the tax jurisdiction of the federative entities.

**PALAVRAS-CHAVE:** Reforma tributária – imposto sobre bens e serviços – simplificação tributária – federalismo fiscal

**KEYWORDS:** Tax reform - tax on goods and services - tax simplification - fiscal federalism

### INTRODUÇÃO

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra, Mestre em Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada e Professora de Direito Tributário. Email: renatagt@gmail.com.

No presente estudo, pretendemos tratar de assunto recorrente no cotidiano tributário brasileiro, que é a necessidade de se promover uma ampla reforma tributária no Brasil, de modo a simplificar o sistema, modificar a sistemática de cobrança de tributos e reduzir a carga tributária.

Analisaremos a Proposta de Emenda Constitucional nº 45, de 2019, protocolada na Câmara dos Deputados, a qual altera sensivelmente a dinâmica da tributação sobre bens e serviços, alterando diversos artigos da Constituição Federal sobre o tema e criando um novo imposto, sobre bens e serviços, a partir da unificação de tributos existentes.

Nesse sentido, explicitaremos o entendimento da doutrina acerca da proposta, bem como nosso posicionamento sobre as grandes modificações no Sistema Tributário Nacional que serão promovidas caso a proposta for aprovada, em especial no que tange ao princípio federativo, à autonomia financeira e à competência tributária dos entes federativos.

Por fim, registramos que o presente artigo se funda em pesquisa eminentemente teórica, utilizando-se das fontes jurídicas ortodoxas, como a legislação, a doutrina especializada e a jurisprudência.

## 1. A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 45/2019

No dia 03 de abril de 2019, foi apresentada pelo Deputado Baleia Rossi, do MDB, a Proposta de Emenda Constitucional nº 45<sup>2</sup>, que, dentre outras alterações, extingue diversos impostos federais, estaduais e municipais e prevendo a criação de um imposto nacional, o imposto sobre bens e serviços (IBS).

Conforme noticiado pela imprensa<sup>3</sup>, o conteúdo dessa pretensa reforma não é novo, haja vista que é o texto substitutivo apresentado pelo Deputado Mendes Thaeme e rejeitado quando do andamento da PEC 293/2004 na Comissão Especial de Reforma Tributária que tramitou na Câmara dos Deputados até 2018 e aguarda votação.

---

<sup>2</sup> BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de Emenda à Constituição nº 45/2019**. Disponível em:

<[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=DBD37400D03CCF6E044A62ACB2238688.proposicoesWebExterno2?codteor=1728369&filename=Tramitacao-PEC+45/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DBD37400D03CCF6E044A62ACB2238688.proposicoesWebExterno2?codteor=1728369&filename=Tramitacao-PEC+45/2019)>.

Acesso em 14 mai. 2019.

<sup>3</sup> PACHECO, Alexandre Sansone. **A Reforma Tributária da Câmara dos Deputados virou pauta bomba. 2019**. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/blogs/economia-e-politica/jogo-das-regras/post/8112865/a-reforma-tributaria-da-camara-dos-deputados-virou-pauta-bomba>>. Acesso em: 14 mai. 2019.

Nos termos do art. 152-A<sup>4</sup> da proposta, lei complementar instituirá esse imposto, o qual será uniforme em todo o território nacional e incidirá sobre os intangíveis, a cessão e o licenciamento de direitos, a locação de bens e sobre as importações de modo geral, ressalvada a imunidade sobre as exportações.

Ademais, o IBS não será cumulativo, terá suas alíquotas serão fixadas por lei da União, do Distrito Federal, dos Estados e Municípios, conforme explicitado pelo § 2º do art. 152-A da proposta, além de não admitir a concessão de benefício fiscal de qualquer natureza.

---

<sup>4</sup> Art. 152-A. Lei complementar instituirá imposto sobre bens e serviços, que será uniforme em todo o território nacional, cabendo à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exercer sua competência exclusivamente por meio da alteração de suas alíquotas.

§1º. O imposto sobre bens e serviços:

I – incidirá também sobre:

a) os intangíveis;  
b) a cessão e o licenciamento de direitos;  
c) a locação de bens;  
d) as importações de bens, tangíveis e intangíveis, serviços e direitos

II – será regulado exclusivamente pela lei complementar referida no caput deste artigo;

III – será não-cumulativo, compensando-se o imposto devido em cada operação com aquele incidente nas etapas anteriores;

IV – não será objeto de concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, inclusive de redução de base de cálculo ou de crédito presumido ou outorgado, ou sob qualquer outra forma que resulte, direta ou indiretamente, em carga tributária menor que a decorrente da aplicação das alíquotas nominais;

V – não incidirá sobre as exportações, assegurada a manutenção dos créditos;

VI – terá alíquota uniforme para todos os bens, tangíveis e intangíveis, serviços e direitos, podendo variar entre Estados, Distrito Federal e Municípios.

§ 2º A alíquota do imposto aplicável a cada operação será formada pela soma das alíquotas fixadas pela União, pelos Estados ou Distrito Federal e pelos Municípios, observado o seguinte:

I – a competência para alteração da alíquota pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios será exercida por lei do respectivo ente;

II – na ausência de disposição específica na lei federal, estadual, distrital ou municipal, a alíquota do imposto será a alíquota de referência, fixada nos termos do art. 119 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

§ 3º Nas operações interestaduais e intermunicipais:

I – incidirá a alíquota do Estado ou Distrito Federal e do Município de destino;

II – o imposto pertencerá ao Estado ou Distrito Federal e ao Município de destino.

§ 4º Os débitos e créditos serão escriturados por estabelecimento e o imposto será apurado e pago de forma centralizada.

§ 5º A receita do imposto sobre bens e serviços será distribuída entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios proporcionalmente ao saldo líquido entre débitos e créditos do imposto atribuível a cada ente, nos termos da lei complementar referida no caput.

§ 6º A lei complementar referida no caput criará o comitê gestor nacional do imposto sobre bens e serviços, integrado por representantes da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios, a quem caberá:

I – editar o regulamento do imposto, o qual será uniforme em todo o território nacional;

II – gerir a arrecadação centralizada do imposto;

III – estabelecer os critérios para a atuação coordenada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na fiscalização do imposto;

IV – operacionalizar a distribuição da receita do imposto, nos termos estabelecidos no parágrafo 5º deste artigo;

V – representar, judicial e extrajudicialmente, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas matérias relativas ao imposto sobre bens e serviços.

§ 7º A representação judicial e extrajudicial do comitê gestor será exercida de forma coordenada pelos procuradores da Fazenda Nacional, dos Estados e dos Municípios.

§ 8º Cabe à lei complementar disciplinar o processo administrativo do imposto sobre bens e serviços, que será uniforme em todo o território nacional.

§ 9º Excetua-se do disposto no inciso IV do § 1º a devolução parcial, através de mecanismos de transferência de renda, do imposto recolhido pelos contribuintes de baixa renda, nos termos da lei complementar referida no caput.

Impende ainda mencionar o disposto no §6º do art. 152-A da PEC, que cria a figura de um Comitê Gestor do IBS, integrado por representantes da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios, que terá como funções editar o regulamento do imposto, fazer a gestão da arrecadação centralizada do imposto, operacionalizar a distribuição da receita arrecadada, bem como estabelecer os critérios para a atuação coordenada dos entes e representa-los, judicial e extrajudicialmente.

Aprovada a proposta, serão extintos o IPI (imposto sobre produtos industrializados), ICMS (imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços), ISS (imposto sobre serviços de qualquer natureza), a contribuição ao PIS (Programas de Integração Social) e a COFINS (Contribuição para Financiamento da Seguridade Social).

Segundo a justificativa da proposta, o IBS apresenta as características de um bom imposto sobre o valor adicionado (IVA), sendo tal modelo o adotado por diversos países para a tributação do consumo de bens e serviços; afirma, ainda, que o modelo proposto busca simplificar radicalmente o sistema tributário brasileiro, sem, no entanto, reduzir a autonomia dos Estados e Municípios, que manteriam o poder de gerir suas receitas através da alteração da alíquota do IBS.

Outrossim, o novo imposto será apurado e pago de forma centralizada, sendo a receita distribuída entre todos os entes de forma proporcional ao saldo entre débitos e créditos atribuível a cada um, cabendo à lei complementar dispor sobre o modo pelo qual essa distribuição será operacionalizada.

Cumprindo, por fim, trazer o comentário de Ricardo Lodi Ribeiro<sup>5</sup>, de que essa proposta resulta de profundo e competente estudo conduzido pelo Centro de Cidadania Fiscal (CCIF)<sup>6</sup>, o qual foi recebido com bastante entusiasmo pela doutrina tributária nacional e por setores empresariais importantes, com o objetivo principal de enfrentar a complexidade do sistema tributário brasileiro.

## 2. OPINIÕES SOBRE A PROPOSTA DE EMENDA

Salientamos que em 11/04/2019, o Secretário da Receita Federal, Marcos Cintra, sinalizou que o Governo criará um IVA Federal que irá substituir o PIS/COFINS, IPI, CSLL

---

<sup>5</sup> RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Reforma tributária simplifica, mas tem efeitos regressivos e centralizadores**. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-08/ricardo-lodi-reforma-tributaria-simplifica-efeitos-regressivos>>. Disponível em: 14 mai. 2019.

<sup>6</sup> CENTRO DE CIDADANIA FISCAL. **Reforma do Modelo Brasileiro de Tributação de Bens e Serviços Nota técnica nº 1**. São Paulo: CCiF, 2017. Disponível em: <<http://ccif.com.br/wp-content/uploads/2018/12/NT-IBS-Principal-v1.1.pdf>>. Acesso em: 14 mai. 2019.

e IOF, fundindo cinco tributos federais em só um, ideia a ser trabalhada simultaneamente com a PEC nº 45/2019<sup>7</sup>.

Nesse sentido, a análise realizada pela imprensa especializada e, em especial, pelos doutrinadores e estudiosos do Direito Tributário foi majoritariamente no sentido de se questionar se a nova configuração dos tributos violaria o Pacto Federativo da Constituição de 1988 e a autonomia dos entes federativos, ao retirar o ICMS da competência dos Estados e o ISS da competência dos Municípios.

Roberto Nogueira<sup>8</sup>, ao analisar o tema, entende que a PEC nº 45/2019, ao propor a criação do comitê gestor nacional para gerir o IBS, a princípio não fere a forma federativa de Estado, e nem os direitos e garantias individuais do contribuinte, se por outros meios vier a garantir a autonomia financeira e tributária dos municípios, ocasião em que não será “tendente a abolir” estas duas cláusulas pétreas tributárias.

O Relatório da PEC 45/2019<sup>9</sup> elaborado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, conclui que o federalismo cooperativo assegurado pela Constituição Federal não apenas é preservado mas pode, inclusive, ser aprimorado com a emenda constitucional.

O relator explica que o modelo proposto possibilitará que os repasses de receita efetuados entre os entes federativos, previstos constitucionalmente e relacionados aos impostos a serem substituídos, sejam automáticos no IBS, evitando a ocorrência de retenções e atrasos nos repasses, o que aumenta de forma efetivamente a independência financeira dos entes<sup>10</sup>.

Outrossim, a vedação da concessão de incentivos fiscais também resulta no fortalecimento do Pacto Federativo e na diminuição da interferência dos entes nos repasses efetuados entre si, já que o IPI e o ICMS possuem parcelas que são destinadas a entes diferentes daqueles competentes para sua instituição e arrecadação, os quais acabam sendo prejudicados pelos benefícios fiscais concedidos por ente diverso<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> CINTRA, Marcos. **Carga tributária pode cair a 30% do PIB**. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,carga-tributaria-pode-cair-a-30-do-pib,70002787209>>. Acesso em: 14 mai. 2019.

<sup>8</sup> NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. **A PEC APPY/CCiF nº 45/2019 da reforma tributária é ‘tendente a abolir a federação’?** Disponível em: <[https://rwnogueira.jusbrasil.com.br/artigos/698744678/a-pec-appy-ccif-n-45-2019-da-reforma-tributaria-e-tendente-a-abolir-a-federacao#\\_edn3](https://rwnogueira.jusbrasil.com.br/artigos/698744678/a-pec-appy-ccif-n-45-2019-da-reforma-tributaria-e-tendente-a-abolir-a-federacao#_edn3)>. Acesso em: 14 mai. 2019.

<sup>9</sup> BRASIL. CÂMARA DO DEPUTADOS. COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA. **Relatório da PEC nº 45/2019: Reforma Tributária do Estado Brasileiro**. p. 17 Disponível em:

<[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=DBD37400D03CCF6E044A62ACB2238688.proposicoesWebExterno2?codteor=1747193&filename=Parecer-CCJC-14-05-2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DBD37400D03CCF6E044A62ACB2238688.proposicoesWebExterno2?codteor=1747193&filename=Parecer-CCJC-14-05-2019)>.

Acesso em 14 mai. 2019.

<sup>10</sup> Ibidem.

<sup>11</sup> Ibid, p. 18.

Fernando Facury Scaff<sup>12</sup> defende ser imprescindível para a federação a existência de recursos suficientes para que estados e municípios sejam autônomos, podendo recebe-los e gerenciá-los sem condições impostas pelo governo central, o qual também não pode ter a possibilidade de manipulação de tais valores, o que tornaria os entes subnacionais subservientes ao poder central.

Referindo-se ao estudo elaborado pelo CCIF<sup>13</sup>, Scaff<sup>14</sup> afirma que a concentração dos recursos nas mãos da União tem o potencial para transformar estados e municípios em autarquias federais, o que modificaria completamente o federalismo brasileiro, tão decantado teoricamente, mas capenga na prática<sup>15</sup>.

Ricardo Lodi Ribeiro<sup>16</sup> informa que é no princípio federativo que reside o principal problema da proposta, com a gigantesca redução da competência tributária dos estados e municípios. Outrossim, a possibilidade de Estados, Municípios e Distrito Federal fixarem as alíquotas do IBS não atendem à exigência de atribuição de competência tributária própria para cada um dos integrantes da federação.

O autor explica, ainda, com base na exposição de motivos da PEC, que ela tem por meta restringir as vinculações orçamentárias dos tributos afetados, a partir da flexibilização da destinação constitucional das contribuições sobre o faturamento ou receita, sendo as finalidades de PIS e COFINS substituídas por alíquotas singulares do IBS, de modo que a maior flexibilidade orçamentária se dá em detrimento da seguridade social<sup>17</sup>.

Ao analisarmos a proposta, entendemos que a dimensão fiscal do federalismo, consoante descrito na Carta Maior, não é satisfeita com a mera repartição de receitas arrecadadas, sendo indispensável a adequada repartição de competências tributárias entre os entes federativos.

Nestes termos, a PEC 45/2019 viola, a nosso sentir, o federalismo fiscal, visto que atribui à União a criação do novo imposto através de lei complementar e subtrai dos demais entes a possibilidade de definir regras a respeito de tributos responsáveis por parte substancial de sua arrecadação.

---

<sup>12</sup> SCAFF, Fernando Facury. (2019) **Reforma tributária, a cláusula pétrea do federalismo e o STF**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-16/contas-vista-reforma-tributaria-clausula-petrea-federalismo-stf?imprimir=1>>. Acesso em: 14 mai. 2019.

<sup>13</sup> CENTRO DE CIDADANIA FISCAL. Op. Cit.

<sup>14</sup> SCAFF, Fernando Facury. Op. Cit.

<sup>15</sup> Ressalte-se que o autor não tratou da PEC 45/2019 em seu texto.

<sup>16</sup> RIBEIRO, Ricardo Lodi. Op. Cit.

<sup>17</sup> Ibidem.



Por fim, nos coadunamos com a opinião de Roberto Nogueira<sup>18</sup>, que explicita ainda que a PEC é disruptiva e por demais abrangente, revirando o sistema tributário de cabeça a baixo, o que pode trazer consequências imprevisíveis de serem mensuradas para economia brasileira, com possibilidade de se afetar ainda mais a já combalida estabilidade e segurança jurídica no direito tributário do país.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente estudo, analisamos a Proposta de Emenda Constitucional nº 45/2019, que pretende realizar substanciais modificações no Sistema Tributário Nacional, especialmente no que concerne à simplificação da rotina tributária, ao extinguir diversos tributos e mediante a criação do IBS e do IS.

Verificamos que o IBS surge para substituir o IPI, o ICMS, o ISS, o PIS e a COFINS, a ser criado por lei complementar federal, se aproximando da ideia de IVA (imposto sobre valor agregado), que existe da União Europeia, o que garantiria uma maior flexibilidade na gestão do orçamento e maior transparência para os contribuintes, sem que fique prejudicada nenhuma das áreas beneficiadas pelas atuais destinações de receita dos tributos extintos.

Sob o prisma da federação, é importante salientar que a retirada do ICMS e do ISS da competência dos Estados e dos Municípios, respectivamente, acaba por minuar a autonomia destes entes, que deixam de ter seus principais tributos. Mesmo que os recursos dos IBS sejam repartidos entre os entes, eles serão geridos de forma centralizada pelo comitê gestor, sem que eles tenham maior ingerência sobre as regras do imposto.

Ademais, entendemos que a disposição que possibilita a fixação de alíquotas singulares por parte dos Estados e Municípios não torna o IBS um tributo de competência da União, Estados, DF e Municípios, como exposto na justificativa da PEC, haja vista que ele será criado por lei complementar federal e será gerido de forma centralizada pelo comitê gestor, e, ainda que ele tenha representantes de todos os entes, isso não reflete a participação efetiva destes.

Desta feita, ainda que a proposta sinalize a manutenção das receitas atuais dos entes por meio da distribuição do produto da arrecadação do imposto por um comitê gestor

---

<sup>18</sup> NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. A propósito da PEC Apy/CCif nº 45/2019 sobre a reforma tributária. Tributário. In: **Revista Digital**, Volume 20, Número 58, abril de 2019. São Paulo: Tributário, abril 2019. Disponível em: <<https://tributario.com.br/rnogueira/a-proposito-da-pec-appy-ccif-no-45-2019-sobre-a-reforma-tributaria/>>. Acesso em: 14 mai. 2019.

nacional integrado por representantes dos três entes, a mera repartição de receitas tributárias não atende de forma plena a cláusula pétrea do federalismo fiscal.

Isso porque a Constituição Federal determinou a autonomia administrativa e financeira dos entes, estabelecendo um arcabouço de competências tributárias para que eles arquem com suas despesas e realizem as políticas públicas adequadas e necessárias para o seu desenvolvimento.

Ante o exposto, é forçoso admitir a complexidade do Sistema Tributário Nacional e a necessidade mais do que urgente de reforma. Entretanto, ainda que se deva reconhecer algumas intenções louváveis na PEC 45/2019, ela não pode utilizar a simplificação como argumento para violar a cláusula pétrea da federação e retirar, deliberadamente, a autonomia dos entes federativos.

#### 4. REFERÊNCIAS

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de Emenda à Constituição nº 45/2019.** Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=DBD37400D03CCF6E044A62ACB2238688.proposicoesWebExterno2?codteor=1728369&filename=Tramitacao-PEC+45/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DBD37400D03CCF6E044A62ACB2238688.proposicoesWebExterno2?codteor=1728369&filename=Tramitacao-PEC+45/2019)>. Acesso em 14 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA. **Relatório da PEC nº 45/2019.** Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=DBD37400D03CCF6E044A62ACB2238688.proposicoesWebExterno2?codteor=1747193&filename=Parecer-CCJC-14-05-2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DBD37400D03CCF6E044A62ACB2238688.proposicoesWebExterno2?codteor=1747193&filename=Parecer-CCJC-14-05-2019)>. Acesso em 14 mai. 2019.

CENTRO DE CIDADANIA FISCAL. **Reforma do Modelo Brasileiro de Tributação de Bens e Serviços Nota técnica nº 1.** São Paulo: CCiF, 2017. Disponível em: <<http://ccif.com.br/wp-content/uploads/2018/12/NT-IBS-Principal-v1.1.pdf>>. Acesso em: 14 mai. 2019.

CINTRA, Marcos. **Carga tributária pode cair a 30% do PIB.** Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,carga-tributaria-pode-cair-a-30-do-pib,70002787209>>. Acesso em: 14 mai. 2019.

GUEDES, Paulo. **Guedes anuncia a criação de imposto único federal em evento de prefeitos.** Disponível em: <[https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2019/04/09/internas\\_economia,748475/guedes-anuncia-a-criacao-de-imposto-unico-federal-em-evento-de-prefeit.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2019/04/09/internas_economia,748475/guedes-anuncia-a-criacao-de-imposto-unico-federal-em-evento-de-prefeit.shtml)>. Acesso em: 14 mai. 2019.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. A propósito da PEC Apy/CCiF nº 45/2019 sobre a reforma tributária. **Tributário: Revista Digital**, Volume 20, Número 58, abril de 2019. [on-line]. São Paulo: Tributário, abril 2019. Disponível em: <<https://tributario.com.br/rnogueira/a-proposito-da-pec-appy-ccif-no-45-2019-sobre-a-reforma-tributaria/>>. Acesso em: 14 mai. 2019.

PACHECO, Alexandre Sansone. **A Reforma Tributária da Câmara dos Deputados virou pauta bomba.** 2019. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/blogs/economia-e-politica/jogo-das->

regras/post/8112865/a-reforma-tributaria-da-camara-dos-deputados-virou-pauta-bomba>. Acesso em: 14 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. **Os erros repetidos das propostas de reforma tributária - e o que deve ser feito para resolvê-los.** 2019. In: InfoMoney. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/blogs/economia-e-politica/jogo-das-regras/post/7819688/os-erros-repetidos-das-propostas-de-reforma-tributaria---e-o-que-deve-ser-feito-para-resolve-los>>. Acesso em: 14 mai. 2019.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Reforma tributária simplifica, mas tem efeitos regressivos e centralizadores.** 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-08/ricardo-lodi-reforma-tributaria-simplifica-efeitos-regressivos>>. Disponível em: 14 mai. 2019.

SCAFF, Fernando Facury. (2019) **Reforma tributária, a cláusula pétrea do federalismo e o STF.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-16/contas-vista-reforma-tributaria-clausula-petrea-federalismo-stf?imprimir=1>>. Acesso em: 14 mai. 2019.

## BENEFÍCIOS FISCAIS E BOA GOVERNAÇÃO FISCAL – BREVE REFLEXÃO

Ângela Patrícia Ferreira<sup>1</sup>

Liliana Ivone da Silva Pereira<sup>2</sup>

**RESUMO:** A atribuição dos benefícios fiscais justifica-se por uma política fiscal direcionada para a sustentabilidade, o desenvolvimento económico e a internacionalização do nosso país. Face a este paradigma atual, a questão que assume especial relevância é saber se serão estas medidas promocionais atribuídas às empresas e que justificam a diminuição ou ausência de tributação de IRC o caminho para a (in) sustentabilidade do Estado, uma vez que o Estado tem como principal função a arrecadação de receita através dos impostos.

Pelo que o presente tema abrange diversos conceitos, considerados por nós de elevada importância quando associados aos benefícios fiscais e visa sobretudo uma reflexão consciente do dever cívico de contribuir através dos impostos, no âmbito da Cidadania e Educação fiscal como medida de boa governação fiscal.

**Palavras Chave:** Impostos; Benefícios fiscais; Política fiscal; Governação fiscal; Cidadania e Educação fiscal

**ABSTRACT:** The attribution of tax benefits is justified by a fiscal policy directed towards the sustainability, economic development and internationalization of our country.

In view of this current paradigm, the question that is of particular relevance is whether these promotional measures are attributed to companies and justify the reduction or non-taxation of the Corporate Income Tax, the road to (in) sustainability of the State, since the State's main function is to collect revenue through taxes.

Therefore, this theme covers several concepts, considered by us to be of great importance when associated with tax benefits and is mainly aimed at a conscious reflection of the civic duty to contribute through taxes, within the scope of Citizenship and Tax education as a measure of good tax governance.

**Keywords:** Taxes; Tax benefits; Fiscal policy; Tax governance; Citizenship and Tax Education

### Introdução

Os impostos são parte do património de que os cidadãos e as empresas abdicam para contribuírem solidariamente para o funcionamento do Estado, justificando esta solidariedade recíproca como fundamental para o desenvolvimento económico, social e cultural do país.

Esta solidariedade do sistema fiscal está esplanada no artigo 103.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) “*O sistema fiscal visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas e uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza.*”.

---

<sup>1</sup> Docente convidada da ESG-IPCA. Mestre em Fiscalidade.

<sup>2</sup> Professora Adjunta da ESG-IPCA. Doutora em Fiscalidade .

As necessidades financeiras são suportadas essencialmente através dos impostos, conforme previsto no artigo 104.º CRP “*O imposto sobre o rendimento pessoal visa a diminuição das desigualdades e será único e progressivo, tendo em conta as necessidades e os rendimentos do agregado familiar. A tributação das empresas incide fundamentalmente sobre o seu rendimento real.*”.

Ora, se os cidadãos e as empresas são os que verdadeiramente suportam a despesa do Estado social, é importante termos conhecimento da adequada aplicação e transparência na utilização dos impostos por parte do Estado baseado na confiança e boa governação fiscal do dinheiro público.

Na nossa sociedade ainda não existe uma relação de “amizade” entre o Estado e o contribuinte, daí surgir alguma desconfiança de ambas as partes relativamente à verdadeira natureza do tributo, por um lado o dever cívico e moral de todos contribuírem através dos impostos para uma sociedade mais justa e igualitária, e por outro lado a desconfiança do Estado se todos estão efetivamente a contribuir para vivermos numa sociedade dita desenvolvida e civilizada.

Face ao atual contexto económico vivido em Portugal, o Governo tem vindo a adotar medidas de política fiscal direcionadas para a atribuição de benefícios fiscais principalmente os benefícios destinados ao investimento, à capitalização e ao emprego com vista a promover o crescimento e desenvolvimento económico favorável à sua internacionalização.

Contextualizando, os benefícios fiscais surgem da necessidade de uma política favorável ao crescimento económico, tornando assim o sistema fiscal puramente financeiro. É certo que estes benefícios fiscais detêm uma elevada importância na gestão fiscal das empresas e funcionam como uma fonte de valor.

Tomando em consideração a utilidade dos benefícios fiscais e a sua envolvente no seio político e empresarial, tornou-se premente uma abordagem ao regime dos benefícios fiscais que pode influenciar a tomada de decisões, ao nível das empresas. Neste contexto, o regime dos benefícios fiscais, apesar de se traduzir numa solução que permite a eliminação de obstáculos de natureza fiscal imediatos às empresas, pode conduzir a um desincentivo de todos aqueles que contribuem para a sustentabilidade do Estado.

## **I. BOA GOVERNAÇÃO FISCAL E BENEFÍCIOS FISCAIS: TRIBUTAÇÃO OU BENEFICIAÇÃO**

Nos dias de hoje, um país intelectualmente vocacionado e consciencializado do dever fundamental de pagar impostos só é possível quando existe uma boa governação fiscal.

Assim, para uma melhor reflexão entre a tributação e a beneficiação é importante entendermos o paradigma da tributação das empresas no atual sistema fiscal português, asfixiada por benefícios fiscais ao investimento, capitalização e ao emprego, levando-nos a citar as palavras de XAVIER DE BASTO quando refere que “*O melhor benefício que o sistema pode trazer é o da prática de taxas de tributação baixas, aplicáveis a todos, sem diferenciação, mostrando-se assim avesso à política de benefícios fiscais. (...) o que é benefício para uns será uma penalização para outros e, por isso mesmo, a equidade fica, desde logo, ferida.*”<sup>3</sup>.

Partindo deste contexto, da relação entre o sistema fiscal e a tributação das empresas, é ele próprio discriminatório quando confrontado com os benefícios fiscais. Face a este paradigma, será essa a base de *governação* e política fiscal assente numa solidariedade de benefícios fiscais? Será que todos os que contribuem para a sustentabilidade do Estado social concordam que é manifestamente mais apelativo para o desenvolvimento económico a via de atribuição de benefícios fiscais às empresas?

Entende-se que, devido à conjuntura que as empresas enfrentam, do ponto de vista económico e financeiro, derivada da crise económica, torna-se crucial falar dos benefícios fiscais, pela necessidade de o Estado intervir, ajudando as empresas, para colmatar falhas do sistema político.

No entanto, assistimos ao barómetro da crescente tributação e beneficiação, distintamente onerando os cidadãos e desonerando as empresas<sup>4</sup>. Economicamente, os benefícios fiscais correspondem a um sacrifício e renúncia à arrecadação de receita fiscal, por via da despesa fiscal<sup>5</sup>.

Concordamos com MORAIS ao considerar que Portugal viola em permanência o princípio constitucional da redistribuição dos rendimentos, afirmando que “*Em Portugal, os impostos já nem cumprem sequer o princípio da redistribuição. Ao contrário, as desigualdades agravam-se pela via Fiscal.*”. O autor afirma ainda que nos vários impostos previstos no nosso sistema fiscal, quem tem maior carga fiscal “*são os pobres que pagam os impostos dos ricos*”. Acrescenta ainda, que as maiores empresas são menos tributadas, originando inversamente o princípio da redistribuição fiscal<sup>6</sup>. O que nos leva a questionar se serão as empresas tributadas efetivamente pelo seu rendimento real ou existe um princípio extrafiscal que suprime o que foi prescrito na CRP.

---

<sup>3</sup> XAVIER DE BASTO, José: “Travão aos benefícios fiscais” in Revista TOC, N.º 16, 2001, pp. 6-13.

<sup>4</sup> CASALTA NABAIS, José: *Direito Fiscal*, 6.ª Edição, Almedina, 2010, p. 126.

<sup>5</sup> Refere CASALTA NABAIS que as despesas fiscais integram uma disciplina jurídica derogatória da disciplina ordinária do respetivo imposto, revelando um regime mais favorável para o contribuinte. CASALTA NABAIS, José: *Direito Fiscal*, 6.º Edição, Almedina, 2010, p. 434.

<sup>6</sup> MORAIS, Paulo de: *Desafios Tributários*, Vida Económica, Porto, 2015, p. 218-219.

Apesar da finalidade dos benefícios fiscais, a questão que continua a assumir relevância é a de saber se as empresas com maior rendimento, com maior capacidade de investimento beneficiam de maior redução de carga fiscal. E se estaremos perante uma verdadeira ilusão de capacidade contributiva titulada por um sistema fiscal clássico, não conduzindo à realidade da tributação implícita no artigo 104.º da CRP ou perante um novo paradigma casuísta tacitamente aceite pelos contribuintes.

Veja-se a definição de benefício fiscal está prevista no artigo 2.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF) que nos diz que “*Consideram-se benefícios fiscais as medidas de carácter excepcional instituídas para tutela de interesses públicos extrafiscais relevantes que sejam superiores aos da própria tributação que impedem.*”.

São vários os autores que abordam a temática dos benefícios fiscais, justificando as razões que levam o Estado soberano, livremente, a intervir politicamente com medidas que derrogam o sistema regra de tributação.

MARTINS defende que “*a origem do benefício fiscal está associada à teoria das limitações dos actos do poder político que tiveram a sua concretização no período medieval. É que o limite do poder político encontra-se na esfera privada. Neste sentido, podemos dizer que o campo dos benefícios fiscais começa onde a legitimidade para tributar termina.*”<sup>7</sup>.

CASALTA NABAIS acrescenta “*que os benefícios se enquadram numa noção mais ampla – a noção de desagravamentos fiscais – que integra: de um lado, as não sujeições tributárias (ou desagravamentos fiscais), cuja modalidade mais significativa é constituída pelas chamadas exclusões tributárias (...)*”<sup>8</sup>.

Na mesma linha de pensamento, SÁ GOMES vai mais longe dizendo que “*os benefícios fiscais em sentido estrito, estáticos ou dinâmicos, devem tutelar interesses públicos constitucionalmente relevantes superiores aos da própria tributação sob pena de se traduzirem em privilégios inconstitucionais.*”<sup>9</sup>.

Assim, os benefícios fiscais são considerados como despesa fiscal, porque se trata de receitas que estavam sujeitas a imposto, mas que o Estado está disposto a abdicar com o objetivo de apenas diferir a receita fiscal. Sem dúvida que o nosso sistema fiscal ainda está longe de conseguir quantificar as medidas desagravadoras de natureza excecional, com finalidade extrafiscal e os benefícios fiscais estruturais qualificados como exclusões tributárias.

Daí que, atualmente, uma das críticas generalizada à “indústria dos benefícios fiscais” é a de que privilegia certos contribuintes, invertendo a redistribuição do rendimento por via

---

<sup>7</sup> MARTINS, Guilherme Waldemar d’Oliveira: *Os Benefícios Fiscais: Sistema e Regime*, Cadernos IDEFF, N.º 6, Almedina, 2006, p. 18.

<sup>8</sup> CASALTA NABAIS, José: *Direito Fiscal*, 8.ª Edição, Almedina, 2015, p. 390.

<sup>9</sup> SÁ GOMES, Nuno: *Teoria Geral dos Benefícios Fiscais*, Volume II. Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, N.º 165, Lisboa, 1991, p. 108.

de tais benefícios, que representam uma verdadeira despesa fiscal<sup>10</sup>. Levando muitos autores a equacionarem a relação entre a tributação e beneficiação, principalmente a influência da fiscalidade sobre a tributação das empresas<sup>11</sup>.

## II. A UTOPIA DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Na teia do sistema fiscal estão integrados um conjunto de princípios fundamentais fortemente disciplinados que integram na Constituição, todavia, no âmbito dos benefícios fiscais, emanam dois princípios fundamentais: o princípio da equidade e da capacidade contributiva<sup>12</sup>.

Apesar de parecer ser algo subjetivo no contexto atual do nosso sistema fiscal, a capacidade contributiva não resulta de uma escolha, mas sim de uma proteção daqueles que não têm poder económico de sustento em detrimento dos que têm capacidade económica<sup>13</sup>. Assim, os benefícios fiscais encontram-se notoriamente fora do fundamento da capacidade contributiva e da igualdade tributária. Aliás, assistimos à sua conversão no atual cenário do regime dos benefícios fiscais. Quer isto significar que, na verdade, aqueles que possuem capacidade económica para investir presuntivamente são os que contribuem para a elevada despesa fiscal, parcialmente justificada pela atribuição dos benefícios fiscais.

Ora, pelo contrário, o grau de maior ou menor capacidade contributiva e económica está a ser arbitrariamente “usado” com objetivos extrafiscais, para um fim social (ou não), que na realidade, viola o direito constitucional do princípio da capacidade contributiva, da

---

<sup>10</sup> Todas as despesas fiscais devem seguir os mesmos processos de avaliação e controlo. No mesmo sentido, veja-se que o TC recomenda “*Que o Governo, através da Autoridade Tributária e Aduaneira, inventarie e classifique os benefícios fiscais, por imposto, de acordo com o respetivo Estatuto e tendo em conta as diretrizes internacionais nesse domínio e que aprove a correspondente metodologia de quantificação da despesa fiscal assegurando a relevação apropriada dessa despesa na Conta Geral do Estado.*” Consultado em: <http://www.tcontas.pt/pt/actos/parecer-cge/2013/pcge2013.pdf> p. 391. Veja-se ainda que de acordo com o artigo 106.º da CRP a proposta do OE é acompanhada pelo relatório sobre os benefícios fiscais e a estimativa da receita cessante.

<sup>11</sup> FREITAS PEREIRA, M. H. de: *Fiscalidade*, 5.ª Edição, Almedina, 2014, p. 409. Veja-se também CASALTA NABAIS “*Ainda fará sentido o artigo 104º da Constituição?*” CASALTA NABAIS, José: *Por um Estado Fiscal Suportável - Estudos de Direito Fiscal, Volume IV*, Almedina, 2005, p. 236.

<sup>12</sup> A capacidade contributiva assenta na filosofia de que paga mais impostos quem tem maior rendimento líquido. SÁ GOMES distingue a capacidade contributiva em duas funções: *garantística* pois só ficam sujeitos a tributação os sujeitos passivos com capacidade de pagar impostos; e *solidarística*, porque todos os sujeitos passivos que tenham capacidade contributiva, devem pagar impostos mediante a sua capacidade. SÁ GOMES, Manuel: *Manual de direito fiscal vol. II*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, N.º 174, Centro de Estudos Fiscais, 1996, p. 200. Para CAMPOS, a capacidade contributiva está baseada numa ótica de justiça individual. Visa estabelecer “*(...) a justa medida para a contribuição de cada membro da sociedade para as despesas estatais (...)*” CAMPOS, Gustavo Caldas Guimarães de: *O Princípio da Capacidade Contributiva e as Normas de Simplificação do Sistema Fiscal: Conflitos e Convergências*, Estudos de Direito Fiscal, Coordenador CAMPOS, Diogo Leite, Almedina, 2007, p. 106.

<sup>13</sup> MARTINS distingue capacidade contributiva numa dupla vertente: objetiva (tributação do rendimento disponível) e subjetiva (tributação tendo em conta o enquadramento do agregado familiar). MARTINS, Guilherme Waldemar d'Oliveira: *Os Benefícios Fiscais: Sistema e Regime*, Cadernos IDEFF, N.º 6, Almedina, 2006, pp. 30-31.



solidariedade, da igualdade tributária, da progressividade para o financiamento das despesas do Estado.

Se atualmente os impostos são cobrados e se caracterizam por serem um dever para a sustentabilidade de um Estado moderno<sup>14</sup>, quem na verdade tem a capacidade contributiva: os cidadãos ou as empresas? Por outras palavras, os impostos são um preço que a sociedade se dispõe a pagar, assente no reconhecimento prévio dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos indivíduos e as suas organizações<sup>15</sup>.

Por sua vez MORAIS questiona a capacidade contributiva das empresas: “*porque tributar as sociedades e demais pessoas coletivas?*” e ainda “*Têm as pessoas coletivas capacidade contributiva?*”, questionando ainda se o conceito da capacidade contributiva apenas se refere a pessoas singulares. Ora, se as empresas são titulares de bens e rendimentos que geram riqueza própria, na mesma lógica que as pessoas singulares, então, entende-se que são possuidores de capacidade contributiva. Apesar da resposta não ser clara, alegando que “*aparentemente, seriam os sócios, que, por força dos tributos pagos pela sociedade, veriam reduzido o montante dos lucros distribuíveis*” resultaria num forte incentivo de os sócios não distribuírem os lucros das empresas, gerando assim uma dupla não tributação<sup>16</sup>.

A particularidade da tributação das empresas no nosso sistema fiscal é uma matéria de extrema complexidade, veja-se a moderna tributação das sociedades abrangidas pelo regime de transparência fiscal previsto no artigo 6.º do Código do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (CIRC), em que a matéria coletável é imputada aos sócios, pelo que a tributação deixa de ter lugar na esfera societária passando a ser unicamente tributada na esfera do sócio. Face a sofisticação de tributação transporta-nos para questões fundamentais do sistema fiscal, nomeadamente quem são os detentores de capacidade contributiva?

### III. O TRATAMENTO PRIVILEGIADO DAS PEQUENAS E MÉDIAS EMPRESAS (PME)

---

<sup>14</sup> Conforme o artigo 12.º da CRP. Sobre este tema vejam CASALTA NABAIS, José: *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, Almedina, 2013, p. 11.

<sup>15</sup> CASALTA NABAIS, José: *Direito Fiscal*, 6.ª Edição, Almedina, 2010, p. 126.

<sup>16</sup> MORAIS, Rui Duarte: *Apontamentos ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas*, Almedina, 2007, pp. 5-7.

Já COELHO MARTINS no âmbito da capacidade contributiva refere-se a pessoas... “*todas as pessoas devem pagar impostos*”, ficando a dúvida se se refere a pessoas singulares ou também a pessoas coletivas. MARTINS, Alexandra Coelho: “*A Admissibilidade de uma Cláusula Geral Anti-Abuso em Sede de IVA*” Cadernos IDEFF, N.º 7, Almedina, 2007, p. 31.

A relação existente entre as empresas denominadas por PME e a tributação (ou falta dela), resulta, desde logo, consagrada no artigo 86.º, n.º 1 da CRP: “O Estado incentiva a actividade empresarial, em particular das pequenas e médias empresas, e fiscaliza o cumprimento das respectivas obrigações legais, em especial por parte das empresas que prossigam actividades de interesse económico geral.” Podemos arriscar a afirmar que um contribuinte com o estatuto PME é, por conseguinte, um contribuinte privilegiado ou mesmo especial.

Ora, centremo-nos nesta amizade coligada com os *benefícios* ou *incentivos* ou *estímulos* fiscais, que se encontram associados à neutralidade fiscal. Assim, a questão que se soleva é a de saber se os benefícios fiscais ao investimento, que privilegiam as PME, são ou não uma incoerência do próprio sistema fiscal. Não estaremos a emergir num paradigma que sustenta as PME<sup>17</sup>, levando à (in) sustentabilidade do sistema fiscal? Se assim for, os declarados benefícios fiscais a favor das PME limitam de certa forma os verdadeiros incentivos fiscais, permitindo a estas empresas uma gestão fiscal, tendo em conta a obtenção do estatuto PME. Estaremos assim perante uma legítima ausência de tributação?

De uma forma sumária, podemos afirmar que estamos a caminhar para uma tributação das empresas divididas em dois grandes grupos económicos (as PME e as grandes empresas), com plena capacidade contributiva, mas que legitimamente gozam de um direito tributário, em vez de um dever tributário<sup>18</sup>. Paradoxalmente, o sistema fiscal atual do nosso país privilegia o “país das empresas” (*sujeitos passivos de IRC*), em desfavor do “país das pessoas” (*sujeitos passivos do IRS*)<sup>19</sup>.

Sob o olhar crítico do sistema fiscal, CASALTA NABAIS considera que se assiste à falta de medidas legislativas, sobretudo falta de coragem política para adotar soluções legais em matéria de racionalização e redução drástica dos benefícios fiscais, que se têm multiplicado e proliferado ao sabor da pressão dos mais variados *lobbies*, afirmando que o

---

<sup>17</sup> Veja-se que a preocupação em torno das PME não se refere apenas ao nível da tributação, existindo atualmente uma crescente consciencialização na procura de equilíbrios sociais e na preservação ambiental, com vista a promoverem um crescimento económico sustentado, focado na *Responsabilidade social empresarial*, e respeitando as regras do mercado e da concorrência livre, desafiando assim uma “*Nova Governância*” em torno da Competitividade; Coesão Social; Sustentabilidade ambiental e Diversidade cultural. SANTOS, Maria João Nicloulau (Coord.): *Responsabilidade Social nas PME*, Editora RH, 2006, pp. 7-21.

<sup>18</sup> Para mais desenvolvimentos sobre a personalidade e a capacidade tributárias, veja-se CASALTA NABAIS, José: *Direito Fiscal*, 6.ª Edição, Almedina, 2010, pp. 259-261.

Com isto, é fácil de entender a ideia de LOPES que apresenta 10 lições sobre a educação fiscal das quais destacamos a lição 5 “Os impostos e as suas finalidades... fiscais e/ou extrafiscais?” “(...) *Existem assim contribuintes, empresas e entidades que não estão sujeitos, estão isentos, e, no limite, não pagam qualquer imposto porque existem interesses públicos extrafiscais importantes e superiores à própria tributação. (...) Porque são só alguns que beneficiam, e não todos, de vantagens fiscais?*” LOPES, Cidália: *A Joana e os impostos – Uma história de educação fiscal na Universidade*, Ordem dos Contabilistas Certificados, 2015, pp. 21-25.

<sup>19</sup> Expressão do Dr. José Pacheco Pereira citado por Pedro Patrício Amorim sobre “*a Reforma do IRC e a Litigação*”, CARLOS DOS SANTOS, António e VENTURA, André (Coord.): *A reforma do IRC – Do Processo de Decisão Política à Revisão do Código*, Vida Económica, 2014, p. 143.

atual sistema fiscal atinge grau de iniquidade inaceitáveis num Estado de direito, conduzindo assim a um verdadeiro “*apartheid*” fiscal entre contribuintes<sup>20</sup>.

Na verdade, sendo a extrafiscalidade vista como um instrumento financeiro com objetivos direcionados para a modelação do comportamento das pessoas e das organizações económicas, traduzido na obtenção de receitas para alcançar resultados económicos e sociais, parece óbvio, em certa medida que os destinatários sejam as empresas<sup>21</sup>.

Não há dúvida que as empresas representam um papel preponderante na recuperação e evolução forte e sustentada do crescimento económico. Por essa razão, temos atualmente um sistema de benefícios fiscais que cumpre o requisito da seletividade (setores e regiões). Deste modo, FREITAS PEREIRA recorda-nos que em alternativa a um sistema de benefícios que conduzem ao favorecimento de uns, penalizando outros, seria mais justo pelo método da simplificação e da justiça social: “*tributação mais baixa e estimulante – para todos.*”<sup>22</sup>.

Neste prisma, somos levados a questionar se os incentivos fiscais ao investimento, à capitalização e ao emprego, sustentados pela globalização e internacionalização das empresas em determinados setores e regiões, bem como na captação de investimento estrangeiro, podem provocar desigualdades fiscais quer nas empresas, quer nos cidadãos. Consequentemente, apesar dos inúmeros méritos e oportunidades que criam, a atribuição dos benefícios fiscais pode levar à inversão dos seus objetivos, forçando a não incentivar e ainda conduzir a desincentivar todos aqueles que “*pretendem contribuir para um Estado social, isto porque se converte em despesa fiscal que é paga por todos nós*”<sup>23</sup>.

Numa análise de política fiscal, instrumentalizada pelos benefícios fiscais e articulada pela manipulação de poderosos *lobbies* sobre a estratégia necessária para dar respostas sustentáveis, os sistemas fiscais necessitam de assegurar os recursos para a realização de despesas públicas. Analisando uma outra perspetiva, a verdade é que se as medidas adotadas se baseassem numa tributação com taxas mais baixas, atrair-se-ia mais investimento estrangeiro e evitar-se-ia elevados esquemas de evasão fiscal. No entanto, assistimos ainda à manutenção da relação intrínseca entre a despesa fiscal e a derrogação da tributação e a

---

<sup>20</sup> CASALTA NABAIS, José: *Direito Fiscal*, 6.ª Edição, Almedina, 2010, pp. 508-511.

<sup>21</sup> CASALTA NABAIS, José: *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, Almedina, 2013, p. 26.

<sup>22</sup> FREITAS PEREIRA, M. H.: *Os incentivos fiscais e o financiamento privado - Influência da Fiscalidade na forma de financiamento das empresas*. Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, N.º 121.1980, p. 227.

<sup>23</sup> Veja-se PAIVA caracterizando estes incentivos ao investimento como “*super crédito fiscal*” no âmbito do benefício extraordinário ao investimento CFEI, que “*apesar de todos estes incentivos o investimento em Portugal diminuiu em 8,3% no ano de 2013.*” PAIVA, Pedro: “Fiscalidade(s) na vanguarda do pensamento 2 anos, 104 reflexões”, in ERNST & YOUNG, Almedina, 2015, pp. 199-200.

extrafiscalidade presente no sistema fiscal contemporâneo, que resulta numa indeterminação quantitativa<sup>24</sup> de renúncia de receitas adotadas pelo sistema fiscal.

### Síntese conclusiva

Com este artigo pretendeu-se invocar uma reflexão cuidada para o paradigma que os benefícios fiscais atribuídos às empresas, de forma a enformar o desenvolvimento económico de um país cuja a base de tributação do sistema fiscal provém dos impostos dos contribuintes.

Os benefícios fiscais direcionados às empresas estão inseridos numa liberdade de gestão fiscal e integradas no ordenamento comunitário, atuando de forma cada vez mais criativa e vasta, facto que nos leva a indagar e a tecer breves considerações de real importância, como por exemplo: será que continua a fazer sentido tributar as empresas pelo seu rendimento real? Num futuro próximo, mantendo o padrão dos últimos anos, quem irá suportar as receitas do Estado? Os cidadãos?

O objetivo original dos benefícios fiscais consiste na adoção de medidas destinadas a reduzir ou a eliminar o custo fiscal que incidiria sobre um certo sujeito passivo ou atividade, com vista a promover o desenvolvimento económico e a sustentabilidade do Estado.

A sofisticação da tributação das empresas, ora por via da despesa (tributação autónoma), ora por via da transparência fiscal (imputação na esfera dos sócios), ora por via da beneficiação (ausência tributação pelos benefícios fiscais) demonstra-nos que a tributação das empresas apresenta carácter discriminatório, colocando em causa constitucionalmente os princípios fundamentais: *princípio da igualdade* e o *princípio da capacidade contributiva*.

A progressividade com que os benefícios fiscais alcançaram o nosso sistema fiscal é uma preocupação que já vem dos sermões do ilustríssimo Padre António Vieira quando referiu num sermão: “*Da boca do peixe se tirou o dinheiro do tributo; porque é bem que para o tributo se tire da boca. Mas esta diferença há entre os tributos suaves e os violentos; que os suaves tiram-se da boca do peixe; os violentos da boca do pescador.*”<sup>25</sup>.

Concluimos este tema citando as palavras de XAVIER DE BASTO “*deve pôr-se um travão forte, no limite mesmo de eliminar, toda a filosofia dos benefícios fiscais e tratamentos preferenciais ou*

---

<sup>24</sup> SÁ GOMES realça a complexidade relativamente à quantificação dos gastos fiscais e a sua “inventariação” e classificação das despesas fiscais, uma vez que em muitos casos a própria Lei não os qualifica como benefícios fiscais. Assim, a harmonia desse critério como primeira fase de “inventariação dos benefícios” e a sua qualificação como despesa fiscal apresentada em OE ou nos relatórios de despesa fiscal não determina efetivamente a perda de receita fiscal para efeitos de controlo. SÁ GOMES, Nuno: *Teoria Geral dos Benefícios Fiscais*. Caderno de Ciências e Técnica Fiscal, N.º 165, Lisboa, 1991. pp. 318-336.

<sup>25</sup> Vos estis sal terra, Sermão de Santo António, Pe. António Vieira

*diferenciados que, por justamente serem sempre em penalização para os que não estão em condições de os obter.*<sup>26</sup>.

## BIBLIOGRAFIA

CAMPOS, Gustavo Caldas Guimarães de: *O Princípio da Capacidade Contributiva e as Normas de Simplificação do Sistema Fiscal: Conflitos e Convergências*, Estudos de Direito Fiscal, Coordenador CAMPOS, Diogo Leite, Almedina, 2007.

CARLOS DOS SANTOS, António e VENTURA, André (Coord.): *A reforma do IRC – Do Processo de Decisão Política à Revisão do Código*, Vida Económica, 2014.

CASALTA NABAIS, José: *Direito Fiscal*, 6.<sup>a</sup> Edição, Almedina, 2010.

CASALTA NABAIS, José: *Direito Fiscal*, 8.<sup>a</sup> Edição, Almedina, 2015.

CASALTA NABAIS, José: *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, Almedina, 2013.

CASALTA NABAIS, José: *Por um Estado Fiscal Suportável - Estudos de Direito Fiscal*, Almedina, 2005.

FREITAS PEREIRA, M. H.: *Fiscalidade*, 5.<sup>a</sup> Edição, Almedina, 2014.

FREITAS PEREIRA, M. H.: *Os incentivos fiscais e o financiamento privado - Influência da Fiscalidade na forma de financiamento das empresas*. Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, N.º 121.1980.

LOPES, Cidália: *A Joana e os impostos – Uma história de educação fiscal na Universidade*, Ordem dos Contabilistas Certificados, 2015.

MARTINS, Alexandra Coelho: *A Admissibilidade de uma Cláusula Geral Anti-Abuso em Sede de IVA*, Cadernos IDEFF, N.º 7, Almedina, 2007.

MARTINS, Guilherme Waldemar d'Oliveira: *Os Benefícios Fiscais: Sistema e Regime*, Cadernos IDEFF, N.º 6, Almedina, 2006.

MORAIS, Paulo de: *Desafios Tributários*, Vida Económica, Porto, 2015.

MORAIS, Rui Duarte: *Apontamentos ao imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas*, Almedina, 2007.

PAIVA, Pedro: *Fiscalidade(s) na vanguarda do pensamento 2 anos, 104 reflexões*, in ERNST & YOUNG, Almedina, 2015.

SÁ GOMES, Manuel: *Manual de direito fiscal vol. II*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, N.º 174, Centro de Estudos Fiscais, 1996.

SÁ GOMES, Nuno: *Teoria Geral dos Benefícios Fiscais*. Caderno de Ciências e Técnica Fiscal, N.º 165, Lisboa, 1991.

SANTOS, Maria João Nicolau (Coord.): *Responsabilidade Social nas PME*, Editora RH, 2006.

XAVIER DE BASTO, José: “*Travão aos benefícios fiscais*” in Revista TOC, N.º 16, 2001.

---

<sup>26</sup> XAVIER DE BASTO, José: *Travão aos benefícios fiscais*, Revista TOC, N.º 16, 2001, p. 13.

## INDUÇÕES FISCAIS, SUSTENTABILIDADE E NOVAS TECNOLOGIAS

Marcelo Mazin<sup>1</sup>

Laura Regina Echeverria da Silva<sup>2</sup>

**RESUMO:** Este artigo trata da intervenção do Estado no domínio econômico pertinente a novas tecnologias e sua face tributária sustentável. Após um breve estudo sobre a atividade estatal tributária, passando pelos aspectos da fiscalidade, extrafiscalidade, políticas públicas indutoras na seara de novas tecnologias classificadas como estratégicas e sua capacidade em promover o desenvolvimento nacional de forma sustentável ocorrendo ambiente profícuo para a justiça distributiva. Tratou-se também dos aspectos da neutralidade tributária e suas vicissitudes como instrumentos de estímulo ao mercado promovendo-se o desenvolvimento social e econômico. Por fim, comenta-se a face sustentável tributária no aspecto do desenvolvimento social multidimensional, inclusive nos aspetos que envolvem a gestão financeira dos recursos públicos. Por meio do método dedutivo e análise documental, conclui-se que a tributação sustentável, quando realizada de forma acertada, responsável e transparente resulta em justa redistribuição de renda a toda sociedade, contribuindo para a realização dos direitos fundamentais e o desenvolvimento nacional.

**Palavras-chaves:** Neutralidade; Novas tecnologias; Sustentabilidade.

**ABSTRACT:** This article deals with intervention in the economic domain pertinent to new technologies and their sustainable tax side. After a brief study on the state tax activity, going through the aspects of taxation, extrafiscality, public policies inducing in the area of new technologies classified as strategic and its capacity to promote national development in a sustainable way, creating a favorable environment for distributive justice. It also dealt with aspects of tax neutrality and its vicissitudes as instruments to stimulate the market by promoting social and economic development. Finally, the sustainable tax side is discussed in the aspect of multidimensional social development, including aspects that involve the financial management of public resources. Through the deductive method and documentary analysis, it can be concluded that sustainable taxation, when carried out in a proper, responsible and transparent way, results in a fair redistribution of income to every society, contributing to the realization of fundamental rights and national development.

**Keywords:** Neutrality; New technologies; Sustainability.

---

<sup>1</sup> Afiliação: Universidade de Marília/SP. Mestrando pela Universidade de Marília- UNIMAR. Pós-graduado pela Faculdade Única em Direito e Processo Penal e em Registros Públicos. Email: [marcelomazin0777@gmail.com](mailto:marcelomazin0777@gmail.com)

<sup>2</sup> Afiliação: Universidade de Marília/SP. Mestranda pela Universidade de Marília – UNIMAR e Mestranda pela Universidade de Girona-UDG. Pós- graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Católica Dom Bosco e Pós- graduada em Registros Públicos pela Universidade Cândido Mendes. Email: [lauraicheverriasilva@gmail.com](mailto:lauraicheverriasilva@gmail.com)

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa possui alta relevância social, pois tem como foco a intervenção econômica do Estado no setor das inovações tecnológicas e sua face tributária sustentável com suas repercussões macroeconômicas e sociais.

Trata-se também do emprego acertado da neutralidade e da proatividade estatal na concessão de incentivos fiscais como forma de estimulação dos mercados e concretização do desenvolvimento social sustentável.

Este trabalho também visa contribuir com o estudo de condutas necessárias do Estado por intermédio de políticas públicas para a realização da justiça distributiva tributária como forma de garantia da sustentabilidade fiscal arrecadatória.

Tal sustentabilidade também se observa em sua face multidimensional social, inclusive, no tocante aos direitos fundamentais garantidos à pessoa humana e oportunidades para seu acesso com o implemento dos direitos sociais mínimos.

A pesquisa foi realizada por meio de estudo bibliográfico, legislativo e jurisprudencial buscando efetuar análise ao tratamento e implementação da efetiva sustentabilidade tributária.

### **2. Inovações tecnológicas, iniciativas a serem preservadas**

Como forma de se demonstrar o efeito desastroso de políticas econômicas não inclinadas à uma extrafiscalidade com capacidade indutora ineficaz para fomentar o parque tecnológico nacional. Para tanto selecionou-se para análise o lapso temporal relativo ao final da década de oitenta e durante toda a década seguinte (1990-1999), com isso, se expressa a ideia subsequente.

Acerca da consequência da ausência de políticas indutoras eficazes e sujeição a políticas econômicas externas, não se passou despercebido que a economia nacional foi fortemente influenciada pelos ditames do mercado internacional e não demonstrou forças para competir em setores estratégicos, notadamente no setor de novas tecnológicas, frente a interesses comerciais de grandes economias como a Norte Americana, seguindo nesta linha o trecho expositivo:

[...]

os percalços de uma política que navegou ao sabor das diretrizes políticas e econômico-financeiras internacionais. Uma sucessão de políticas econômicas inconsistentes com os desejos constantemente

enunciados pelo governo em promover a prosperidade econômica, principalmente a partir de empreendimentos privados<sup>3</sup>

Outrora grandes e promissoras iniciativas privadas, a elas dispensadas políticas estatais pouco preservacionistas e descompromissadas com o empreendedorismo privado tecnológico nacional e paralelamente a isso, gestões políticas inclinadas a um viés ideológico contraditório na condução da política econômica, repassando ao setor privado a responsabilidade pelo investimento produtivo. Deixando com isso grande parte da indústria empreendedora de novas tecnologias em desigualdade de condições frente a incursões de grandes economias visando a inserção forçada de seus respectivos produtos tecnológicos. Desta forma, notável se tornou a ausência de créditos no setor produtivo, e se direcionou o capital empreendedor aos atrativos do mercado financeiro, nos termos seguintes:

Essa estratégia de responsabilizar o setor privado pelo investimento produtivo mostrava-se contraditória com a condução da política econômica em toda a década de 90. As altas taxas de juros praticadas no período direcionaram a poupança privada para o financiamento público. Essa distorção implicou em escassez de crédito para o setor produtivo, bem como na mudança no próprio direcionamento das atividades deste por exemplo, com empresas aplicando no mercado financeiro em vez de investir nas suas atividades, por conta de retornos financeiros altamente atraentes<sup>4</sup>.

Ao passo que grandes países industrializados principalmente como U.S.A., países europeus, posteriormente membros da U.E. (1993), e mesmo outros países alinhados com o ocidente como o Japão e não alinhados como Rússia e China, procederam a uma vasta assimilação dos avanços tecnológicos herdados do pós-guerra (1945). Servindo oportunamente de base para o desenvolvimento de novos produtos tecnologicamente de vanguarda com forte apelo comercial, em uma época onde o mundo se reconstruía economicamente.

O Brasil tem tentado estimular tecnologias inovadoras, prova disso foi a publicação da Lei n° 11.196/2005, também denominada lei do bem, a qual dentre outros assuntos tratou da inclusão digital e incentivos para inovações tecnológicas.

Diante do exposto, salta aos olhos a grande capacidade de concorrência do mercado internacional e a flagrante necessidade de, por meio de políticas indutoras para os setores de

---

<sup>3</sup> DE BRITO, Érico Henrique Garcia; MENDES, Áquilas. **Os impasses da política econômica brasileira nos anos 90**, p.7.

<sup>4</sup> DE BRITO, Érico Henrique Garcia; MENDES, Áquilas. **Os impasses da política econômica brasileira nos anos 90**, p.7.



novas tecnologias, reduzir o déficit tecnológico e implementar fortes políticas indutoras para se preservar a planta de montagem de altas tecnologias.

Desta forma, oportuno se torna apresentar um *case* ocorrido no Brasil na década de 1990, conforme parágrafos seguintes.

Houve outrora no país o nascimento de uma grande *startup*<sup>5</sup> genuinamente nacional fundada na década de 1950: a maior empresa de alta tecnologia estratégica de capital privado nacional, a ENGESA (Engenheiros Especializados S/A) fruto da iniciativa de profissionais formados pelo ITA (Instituto Tecnológico Aeroespacial) uma universidade totalmente nacional fundada em 1950, onde em 1958 a referida empresa teve seu nascimento com sucessivos desenvolvimentos de projetos tecnológicos bem sucedidos que saíram da planta de montagem e demonstraram grande competitividade dentro e fora do país protagonizando a exportação para 18 (dezoito) países, sendo em sua época a mais brilhante e notável expressão do potencial tecnológico privado nacional.

A Engesa atravessou grandes turbulências nas décadas seguintes e implementou linhas de montagem bem sucedidas tanto na área bélica, como no segmento de grandes tratores agrícolas, e em decorrência de uma audaciosa aposta na construção do projeto denominado blindado pesado Osório<sup>6</sup>, considerado em sua época a obra prima da alta tecnologia nacional e avaliado internacionalmente como um dos três melhores projetos do mundo ocidental. Com essa aposta, foi selado o destino da empresa.

Associado à uma visão empresarial que apostava na capacidade protecionista do Estado, com isso esperava-se que ocorresse como último recurso uma medida de socorro à empresa, por conta de uma política agressiva e ambiciosa que a Engesa adotou para suas atividades de exportação. Com isso veio a recusa (política indutora ineficaz) do estado brasileiro em equipar suas forças armadas com o novíssimo projeto do blindado Osório, resultando com isso uma imagem de descrédito do projeto do blindado nacional para o mundo e potenciais compradores.

A esperada aquisição do blindado nacional pelo governo brasileiro era vista como uma forma de suportar imensa pressão norte americana (ineficácia na correção de falhas de mercado) que tomava espaço das exportações nacionais no exterior, notadamente na Arábia Saudita, a qual testou o projeto brasileiro resultando ser o único produto que suportou todos os rigores do deserto e obteve a maior nota de avaliação do governo saudita. A Engesa fechou

---

<sup>5</sup> É uma empresa emergente que tem como fim desenvolver um modelo produto escalável em condições extremas de incerteza.

<sup>6</sup> Blindado pesado com projeto revolucionário hi-tech com tecnologia genuinamente brasileira surpreendeu o mundo. Disponível em Disponível em [www.institutodeengenharia.org.br](http://www.institutodeengenharia.org.br). Acessado em 18 de dez de 2018.

por adotar em uma política muito agressiva de exportação e por apostar no socorro do Estado com a adoção eficaz de políticas indutoras e preservacionista. Aposto essa que selou o destino da empresa.

Mesmo com todo o potencial do projeto brasileiro a contundente pressão norte americana fez com que se optasse por comprar o blindado Abrams, um projeto menos avançado tecnologicamente, mas um produto U.S.A.

Com uma visão desalinhada das novas mudanças promovidas pelo limiar da (4ª) quarta geração do empreendedorismo globalizante<sup>7</sup> no trato com a alta tecnologia nacional por parte do governo brasileiro, em 1994 a Engesa, empresa privada, já em concordata foi à falência, muito embora uma parte da empresa denominada Engesa Química tivesse como participação minoritária da IMBEL (Indústria de Material Bélico do Brasil) o que não obsteu sua bancarrota. Muito embora por ser a IMBEL uma empresa estatal, em 2004 conseguiu judicialmente a transferência o acervo tecnológico da outrora Engesa, contudo o prejuízo não se fez reduzir visto o atraso tecnológico proporcionado pela janela de tempo de dez anos entre a falência e a transferência da tecnologia.

Contudo, se tornava progressivamente perceptível o distanciamento da realidade com o estabelecimento na época de prioridades outras, se distanciando da mudança efetiva de um cenário social antiquado. Com isso antecede o limiar da (4ª) quarta geração do empreendedorismo industrial que floresceu logo no início da virada do milênio (2000), que já se percebia como incompatíveis certos comportamentos desalinhados da vertente globalizadora que dava sinais de implantação.

### **3. Proteção a novas tecnologias, um imperativo de sustentabilidade econômica**

O capítulo dos grandes investimentos em tecnologias herdadas da grande corrida tecnológica desencadeada pelo segundo grande conflito mundial não tardou a virar suas páginas. Atualmente a ordem econômica mundial tomou contornos de grande influência político mercadológica largamente praticada pelas economias desenvolvidas para a exportação de suas tecnologias decorrendo com isso complexidade e competitividade exigindo dos governos grande comprometimento com o setor de novas tecnológicas *high-tech*<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Início da quarta revolução industrial que se seguiu após o ano de 2000, advindo o conceito de empresa 4.0.

<sup>8</sup> Apositivo de alta tecnologia, centrado no emprego de materiais de tecnologias muito avançadas.

O desenvolvimento sustentável aplicado à proteção ambiental encontra-se consagrado no artigo 225 da Carta Magna: “no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar”.

Foi somente no apagar das luzes de 02 de dezembro de 2004 que por meio da Medida Provisória 255/2005 que passou a existir um instrumento normativo fomentador da inovação da pesquisa científica e tecnológica. Com a conversão da MP em lei surge com um déficit medido em décadas, quando vista no cenário comparado, a lei nº 11.196 de 21 de novembro de 2005 mais conhecida como LIT (Lei de Inovação Tecnológica).

Apesar de ser considerada a LIT um avanço no que se refere ao incentivo da pesquisa científica e tecnológica com seus diversos dispositivos, não sendo o foco do artigo discriminá-los. Entretanto seguem em ritmo lento, porém constante de adesão aos benefícios proporcionados pela LIT.

Se o texto constitucional é imperativo no que tange ao objetivo fundamental de desenvolvimento, a realidade empresarial ainda é bastante carente. A implementação de medidas tributárias voltadas ao atingimento do desenvolvimento tecnológico-empresarial mostra-se bastante tímida, sobretudo, quando se tem ciência dos cenários comparados.<sup>9</sup>

Contudo existe ainda outra figura normativa que reflete bem o nascimento da consciência sobre a valorização do potencial das novas tecnologias, a Lei nº 10.168 de 30 de dezembro de 2000, que criou a contribuição de intervenção no domínio econômico que estabelece como devedora a pessoa jurídica possuidora de licença para utilização ou aquisição de conhecimentos tecnológicos, assim como a pessoa jurídica signatária dos contratos que decorram transferência de tecnologia que fora firmado no exterior. Desta forma foi instituída a CIDE-Royalties, também conhecida como CIDE-Tecnologia, apresentando-se como uma ferramenta de impacto sobre o setor de novas tecnologias. Entretanto, o sistema tributário pesado e complexo acaba por desestimular as iniciativas empreendedoras.

#### **4. Justiça distributiva e a sustentabilidade tributária**

Induz o presente raciocínio expositivo, uma forma concisa de se analisar a questão da desigualdade gerada pelos desacertos tributários, catalizadores de grandes mazelas que atingem fundamentalmente muitos aspectos dos direitos sociais e humanos guarnecidos pela

---

<sup>9</sup> CALIENDO, Paulo; MUNIZ, Veyzon. Política fiscal e desenvolvimento tecnológico-empresarial: uma análise crítica sobre inovação e tributação, 2015, p. 164.

Carta Magna. Não sendo despautado usar o termo ‘hipertributação’, estabelecido pelo Estado e incidindo sobre a prestação de serviços, obtenção de lucro, propriedade, impostos diretos e indiretos, etc., bem como sobre os bens de consumo, este a forma mais impactante.

Procura-se apresentar um panorama do que se reconhece atualmente como justiça distributiva na atual conjuntura de um Estado Democrático de Direito, com visualização das outras realidades globais juntamente com abordagens pontuais sobre direitos sociais e direitos humanos amplamente defendidos pelo rico acervo de medidas e disposições legais estabelecidas pela Constituição da República Federativa do Brasil, 1988 (BRASIL, 2005).

Contudo, quando a intervenção se torna necessária por meio, *v.g.*, de incentivos fiscais este deve ter como parâmetro os benefícios que geram para dignificar a condição humana e não somente para atender a interesses de minorias ocasionais. Nessa seara, tem-se que a “dignidade da pessoa humana possui uma ideia multidimensional, na medida em que congrega várias e distintas facetas da existência humana, autodeterminação, saúde, educação, propriedade, etc”.<sup>10</sup>

Ocorre que, no Brasil existe a necessidade de se proceder adequações junto ao sistema arrecadatório e no tratamento financeiro das contas públicas, com a devida destinação dos valores recolhidos para a manutenção da máquina pública, contudo o país tem o dever de efetivar a arrecadação justa e eficiente para fazer frente aos seus gastos e garantir a manutenção sustentável dos direitos fundamentais.

Salienta-se, junto à questão orçamentária, a nota de referência da professora Maria de Fátima Ribeiro:

A destinação e os valores que serão utilizados para a implementação dos serviços públicos, dependem de decisão política quando da elaboração do orçamento público. Neste contexto há que se falar no desenvolvimento de políticas públicas, antes, porém, a sua inclusão no orçamento. É o Estado que elege quais despesas pretende realizar e suas respectivas prioridades.<sup>11</sup>

Desta feita, o Estado tem nos tributos a nascente financeira para a realização de seus fins essenciais, dentre eles: a garantia do bem estar social, o fornecimento efetivo de serviços públicos eficientes, a igualdade, liberdade, a realização da dignidade de seus cidadãos, o desenvolvimento nacional, dentre outros.

No tocante à sustentabilidade, esta implica em ter uma visão multidimensional acerca de institutos que assegurem uma vida digna. “Devendo estar associado ao aumento do

---

<sup>10</sup> BELTRAMELLI NETO, Silvio. Direitos humano, 2015, p. 32.

<sup>11</sup> RIBEIRO, Maria de Fátima Ribeiro; MACIEL, Lucas Pires. A tributação como vetor para o atingimento do direito ao desenvolvimento econômico e sustentável, 2011, p. 1-2.

crescimento econômico como condição de possibilidade para se alcançar maior sustentabilidade das condições de vida globais.”<sup>12</sup>

Nesse sentido, tem-se que a sustentabilidade demonstra a “ideia de satisfação de necessidades presentes sem comprometimento da garantia das mesmas possibilidades às gerações futuras, indicando também a perspectiva de um olhar intergeracional, aspecto da solidariedade que denota uma dimensão ética”.<sup>13</sup>

Assim, a Constituição Federal no seu art. 225, caput, assegura a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, considerando este essencial à sadia qualidade de vida<sup>14</sup>, ou seja, um ambiente saudável é aquele sustentável e socialmente viável, eis que ali todos teriam acesso aos requisitos mínimos garantidores da dignidade humana.

Portanto, hoje se observa aspectos da sustentabilidade associados a novas tecnologias. Salienta-se a sucessão das três revoluções industriais que implementaram a produção em massa, as grandes plantas de montagem, a energia elétrica e a TI (*information technology* - tecnologia da informação), proporcionando a ascensão da renda das pessoas envolvidas direta ou indiretamente nesse processo de construção de tecnologias de forma incessante e global, fazendo da corrida tecnológica o âmago do desenvolvimento tecnológico. Com isso, a quarta revolução industrial, traduzindo aquilo que se concebe atualmente como empresa 4.0<sup>15</sup> (empresa de quarta geração).

Aumentar a produtividade e diminuir os custos é sempre um desafio para o empreendedor e a manutenção da indústria. Assim, a indústria 4.0 surge como sendo uma espécie da grande revolução industrial<sup>16</sup>, pois visa permitir a fusão no ambiente físico, digital e biológico por meio das novíssimas ferramentas de tecnologia chamadas de Manufatura Aditiva, a IA (inteligência artificial), IoT (*internet of things* – internet das coisas), Biologia Sintética e os CPS (*cyber-physical system* - Sistemas Ciber Físicos).

Assim, como as empresas e mercados de capitais, que já nascem com suas genéticas voltadas não só para fabricar, implementar e desenvolver produtos mais competitivos, mas não essencialmente obter lucro puro e simplesmente divorciado de um objetivo maior, qual

---

<sup>12</sup> ELALI, André. Incentivos fiscais, neutralidade da tributação e desenvolvimento econômico: a questão da redução das desigualdades regionais e sociais, 2007, p. 8.

<sup>13</sup> CHAVES, Vinícius Figueiredo. Governança da sustentabilidade: o papel de direito, 2016, p. 119.

<sup>14</sup> BRASIL. Constituição (1988). Obra coletiva de autoria da editora Saraiva com colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto et al, 2005, p. 157.

<sup>15</sup> Empresa que integra os moldes da (4ª) quarta revolução industrial.

<sup>16</sup> Pode ser atualmente classificada a revolução industrial em quatro fases distintas, sendo (1ª) primeira a mecânica em 1780; a (2ª) segunda a elétrica em 1870; a (3ª) terceira a automação em 1969 e a (4ª) quarta e atual, implementada pelas ferramentas conhecidas como: inteligência artificial, robótica, gig data, manufatura aditiva, IoT, Biologia Sintética e CPS, desencadeada a partir de 2000.

seja a empresa atualmente tende a buscar ser um ator da sustentabilidade útil. Por sustentabilidade útil se entende aqueles objetivos humanitários, colaborativos e solidários que fornecem um caráter humanizado e justificativas mais aceitáveis para a formação de grandes capitais.

Desta forma, garantindo assim a sustentação do empreendimento, atualmente, não se concebe uma empresa somente produzir comutativamente com eficiência robótica obtendo lucro pura e simplesmente e não conseguir competir, por estar desprovida para a fabricação de produtos tecnologicamente inovadores, conectáveis, atrativos a o exigente mercado globalizado e ainda assim com destinação de parte de seu potencial inclinado a atividades ambientais sustentáveis.

Assim, empreender socialmente visa empoderar os cidadãos de atividade produtiva sustentável, trazendo acesso a capacitações, orientações no desenvolvimento de profissões, atividades de diminuíam a pobreza e reduzam a necessidade do investimento público, pois é forma da sociedade, no exercício da solidariedade social, desenvolver métodos sustentáveis de incrementar a redução de desigualdades.

A ideia estabelecida de correlação entre o empreendedorismo, novas tecnologias e a sustentabilidade, estabelece um paralelo comparativo entre a iniciativa privada e políticas de desenvolvimento estatal, visto estarem sujeitos as mesmas leis que exercem atração gravitacional sobre as respectivas políticas empreendedoras.

Conforme exposto, em linhas *supra*, a sustentabilidade econômica nos moldes atuais se tomou caráter multidimensional, visto que com o limiar da quarta revolução industrial (a partir de 2000) traduzida hoje na empresa 4.0 as exigências para o empreendedorismo abarcam áreas distintas, como a gestão globalizada, a adoção de novas tecnologias de quarta geração como a citadas ferramentas de tecnologia chamadas de Manufatura Aditiva, a IA (inteligência artificial), IoT (internet *of things* – internet das coisas), Biologia Sintética e os CPS (*cyber-physical system* - Sistemas Ciber Físicos).

Assim, o Estado deve atuar no desenvolvimento de formas de se induzir a economia de maneira compatível com atual (4ª) geração industrial e promover a fiscalização exercitando o poder de polícia visando a coibição de abusos, já no que se refere aos indivíduos, na observância dos respectivos deveres sociais de eticidade, solidarismo. Contudo, também a sociedade por meio de mecanismos com Ministério Público, Imprensa e ações correlatas, cabe como forma de controle externo promover ações de fiscalização das condutas das empresas, dos entes estatais e também dos entes estatais, como forma de se coibir desvios e fraudes.

Portanto, o acesso democrático às tecnologias fomenta a solidariedade social e o desenvolvimento de produtos por cidadãos de qualquer localidade, contribuindo com a sustentabilidade econômica em diferentes regiões do País.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a ideia desenvolvida no presente artigo, buscou demonstrar que o equilíbrio macroeconômico, de setores convencionais (não estratégicos), do Estado Democrático e Republicano de Direito perpassa pelo princípio da neutralidade tributária, ou seja, a busca contínua da eficiência econômica mercadológica do Estado significa realmente uma menor interferência frente aos tributos nas escolhas dos agentes econômicos.

Porém, existem certas situações que exigem uma postura de proatividade do Estado em busca do equilíbrio mercadológico. Tal conduta reflete na intervenção do ente estatal na ordem econômica.

Desta forma, a neutralidade se traduz na modificação do *status quo* por mecanismos como intervenções, incentivos e onerações. Com isso, a fiscalidade poderia coexistir em harmonia com a precisa aquilatação real e verdadeira da neutralidade tributária, sem se dobrar ao canto da sereia do capital especulativo e de minorias privilegiadas, nisso se refletindo a justiça distributiva dos recursos providos pela tributação.

No que se refere ao desenvolvimento sustentável no meio econômico e social, este é refletido nos agentes do mercado, visto ser exigível de todos o cumprimento dos interesses sociais e coletivos, assim como no caso supra se comenta a função social da empresa, o Estado e a sociedade desempenham papel de relevo na sustentabilidade do desenvolvimento econômico pautado por valores dignificantes da pessoa humana.

Entretanto, a economia não se encontra mais no cenário do início do século passado onde o Estado era visto de forma clássica com ingerências elementares, mais relacionadas com direitos fundamentais, direito de propriedade, etc., contudo os tempos são outros e atualmente o Estado está inserido dentro de um contexto altamente globalizante, o ambiente da (4ª) geração do empreendedorismo que espelha com perfeição as faces da empresa 4.0, onde decisões despautadas da realidade posta e dissociadas de uma política ambiental causam impactos sensíveis a longas distancias, como uma pedra jogada ao lago.

Neste ponto, encontra-se o Estado globalizado e indiscutivelmente não existem para ele alternativas piores que se furtar a gerir a economia estatal por meio de políticas indutoras,

notadamente no que se refere à novas tecnologias 4.0 classificadas como estratégicas economicamente para o país.

Especificamente ao se tratar do Brasil, foi trazido à baila um *case* que teve seu desfecho nos anos noventa, o caso da empresa de alta tecnologia Engesa. Que foi tida como a maior expressão da iniciativa privada brasileira no campo da alta tecnologia estratégica, sendo reconhecida internacionalmente e exportando seus produtos para mais de 18 (dezoito) países. Contudo, houve uma gestão privada que apostou muito no socorro estatal por meio de políticas protecionistas e associado a isso o implemento de políticas indutoras ineficiente e uma ingerência estatal equivocada, onde o governo de 1994 com forte inclinação para navegar aos sabores do capital internacional, priorizou tecnologias obsoletas como a ressuscitação do carro popular conhecido como Fusca.

Com posturas intervencionistas pouco impactantes e descompromissadas com a planta de montagem de inovações tecnológicas nacionais, naturalmente não se pode furtar a pagar essa conta, que foi o enfraquecimento do parque tecnológico nacional, e a vulnerabilização econômica pela perda de considerável acervo de tecnologias de ponta nacionais, as quais, por meio de empresas totalmente nacionais, o país detinha com exclusividade.

O cerne da questão não está propriamente no trato da questão histórica, polêmica e obscura que envolve a maior empresa de alta tecnologia terrestre estratégica que o Brasil já possuiu, mas sim a forma de gestão sobre as inovações tecnológicas trazidas pela empresa 4.0 que se fazem presentes na atualidade, visto necessitar o Estado tomar certas posturas de proatividade que não são viáveis quando se referem ao grande universo de atividades empreendedoras convencionais (não classificadas com estratégicas). Mas, as posturas proativas indutoras estatais, se justificam quando se referem ao setor de Inovações tecnológicas dentro daquilo que se considera como de (4<sup>a</sup>) quarta geração.

As posturas relativas à gestão de políticas indutoras de inovações tecnológicas estratégica, devem obedecer a certas particularidades que o caso específico exige, dentre elas a observância do princípio da neutralidade de forma real e justa, aquilatada precisamente com a realidade posta, *status quo*, onde se faz necessária a flexibilização do princípio da neutralidade, ou seja, em casos que envolvem as inovações tecnológicas deve o estado após lançar mão de todas as medidas extrafiscais deve preservar o referido setor tecnológico mesmo através de atuação direta.

Outro aspecto relevante é a seletividade, visto como uma medida excepcionalíssima coadjuvante da neutralidade tributária, visto que ao se desconsiderar a neutralidade,



notadamente no setor de novas tecnologias, está necessariamente ocorrendo a seletivização, ou seja, a classificação da empresa detentora de inovações tecnológicas como elemento estratégico econômico nacional. Com isso, a empresa tida como estratégica para a economia passa a ter um trato de preservação e reconhecimento como patrimônio nacional as inovações tecnológicas.

Entretanto, deve-se ter o cuidado quando da aplicação excepcionalíssima da desconsideração da neutralidade e aplicação da seletividade na classificação de empresas como economicamente estratégicas, prioritariamente nos moldes da empresa 4.0, para o país, cuidado esse traduzido na preservação das empresas residuais, aquelas tidas como convencionais e não classificadas como estratégicas, por meio da correção de externalidade causadas pela ingerência estatal excepcional, devendo ocorrer a correção das assimetrias concorrenciais a serem pagas pelo Estado Republicano, justificado no solidarismo tributário.

Assim, não existe sustentabilidade tributária sem uma sustentabilidade de crescimento econômico, e tal crescimento guarda correlação estrita com o desenvolvimento de novas tecnologias.

Portanto, o desenvolvimento e a preservação dessas novas tecnologias são de importância existencial para o Estado, pois não há como atender ao fundamento constitucional do desenvolvimento nacional sem que tenha se alcançado a sustentabilidade tributária, nos contornos que se adotam para a empresa 4.0. E esta tangida sustentabilidade naturalmente é alcançada por meio da implementação da atualização da planta de montagem de novas tecnologias dentro da novel realidade das tecnologias de última geração, que avançam a galope sobre parque tecnológico nacional.

Tem se como consequência da linha defendida por este estudo que: adquirida a sustentabilidade tributária por meio de indução a novas tecnologias nacionais dentro do conceito inexorável dos novos contornos e exigências promovidos pela (4ª) quarta geração industrial, com isso, cria-se consequentemente por meio da constante busca pela sustentabilidade o ambiente fértil para que se desenvolva proficuamente princípios maiores como o da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana.

### REFERÊNCIAS

- BELTRAMELLI NETO, Silvio. **Direitos humanos**. 2. ed. Bahia: Jus Podivm, 2015.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Obra coletiva de autoria da editora saraiva com colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto et al. 37. ed. atual. e ampl. São Paulo: 2005.
- BRASIL. **Lei nº 10.168/2000**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L10168.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10168.htm)>. Acesso em 27 de dez. 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.196/2005.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11196compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11196compilado.htm)>. Acesso em 27 de dez. de 2018.

CALIENDO, Paulo; MUNIZ, Veyzon. Política fiscal e desenvolvimento tecnológico-empresarial: uma análise crítica sobre inovação e tributação. **Revista de direito brasileira.** Ano 5, v. 12, p. 160. 2015.

CHAVES, Vinícius Figueiredo. Governança da sustentabilidade: o papel de direito. **Revista Argumentum** – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 17, pp. 111-133, Jan.-Dez. 2016. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/196/49>>. Acesso em 07 de dez. de 2018.

CLARK, Giovani. **O Município em face do direito econômico.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CERVO, Fernando Antônio Sacchetim. **Anotações à intervenção do estado no domínio econômico.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,anotacoes-a-intervencao-do-estado-no-dominio-economico,50545.html>>. Acesso em: 05 de dez. de 2018.

DALLAZEN, Dalton Luiz; LIMA JÚNIOR, Joel Gonçalves de. Tributação e ordem econômica. **Revista Argumentum** de Direito da Universidade de Marília, ano 9, nº 09 de 2008 – 2, p. 39 a 60. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/196/49>>. Acesso em 20 de nov. de 2018

DE BRITO, Érico Henrique Garcia; MENDES, Áquilas. **Os impasses da política econômica brasileira nos anos 90**, volume 2, número 4, jan. 2004, p. 1 a7. Disponível em: <[http://www.fAAP.br/revista\\_faap/rel\\_internacionais/rel\\_04/garcia.htm](http://www.fAAP.br/revista_faap/rel_internacionais/rel_04/garcia.htm)>. Acesso em 24 de dez. de 2018.

ELALI, André. **Incentivos fiscais, neutralidade da tributação e desenvolvimento econômico:** a questão da redução das desigualdades regionais e sociais, 2007. Disponível em: <<https://www.sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/070807.pdf>>. Acesso em 02/11/2018.

LUCENA, Fernanda Pettersen. **Intervenção direta do estado no domínio econômico como forma de amenizar os efeitos negativos da globalização.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,intervencao-direta-do-estado-no-dominio-economico-como-forma-de-amenizar-os-efeitos-negativos-da-globalizacao,37245.html>>. Acesso em: 05 de dez. de 2018.

RIBEIRO, Maria de Fátima. **Efetivação de políticas públicas: uma questão orçamentária.** In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando F. Orçamentos públicos e direito financeiro, p. 1.087 a 1.110. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RIBEIRO, Maria de Fátima Ribeiro; MACIEL, Lucas Pires. **A tributação como vetor para o atingimento do direito ao desenvolvimento econômico e sustentável,** 2017. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/696vp84u/blocounico/5E5V5Xx9vLShoAnX.pdf>>. Acesso em 04 de nov.2018.

SOUZA, Adriane Aparecida Moreira de. **A especialização do lugar: São José dos Campos como centro da tecnologia aeroespacial no País,** 2008. Disponível em: <[https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8136/tde-04032009-173126/publico/ADRIANE\\_APARECIDA\\_MOREIRA\\_DE\\_SOUZA.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8136/tde-04032009-173126/publico/ADRIANE_APARECIDA_MOREIRA_DE_SOUZA.pdf)>. Acesso em: 8 nov. 2018.

# A OBTENÇÃO DA CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA RELATIVA A DÉBITOS TRIBUTÁRIOS NÃO-EXECUTADOS, APÓS O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Valterlei A. Da Costa<sup>1</sup>

Maurício Dalri Timm Do Valle<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem por escopo a análise, frente ao novo Código de Processo Civil, da forma mais adequada de o sujeito passivo garantir dívida que possua junto à Fazenda Pública que ainda não esteja ajuizada. Após perpassar os casos expressos que conduzem à concessão de certidão positiva com efeito de negativa, bem como a regulação dada pelo novo sistema processual ao instituto da tutela, conclui então que a tutela de evidência é a mais adequada para, na ausência de execução fiscal, obter-se a referida certidão.

**Palavras-chave:** direito tributário; novo código de processo civil; tutela; garantia; certidão de débito.

## 1 Introdução

Muito foi discutido, ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, sobre qual a forma mais adequada de o contribuinte valer-se do seu direito de antecipar a garantia e assim obter a certidão positiva com efeito de negativa, nos termos do art. 206 do CTN. Afinal, se aquele que já se encontra executado pode, sem maiores obstáculos, apresentar garantia e obter certidão positiva com efeito de negativa, por que razão se negaria a quem nem executado ainda é o mesmo direito?

No entanto, se podemos ter certeza intuitivamente de que a situação do executado não pode ser uma situação melhor do que a daquele que nem executado é, afinal, seria um

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito do Estado e Bacharel em Direito pela UFPR. ex-Técnico de Finanças e Controle da Procuradoria da Fazenda Nacional. Advogado em Curitiba. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3426-5878>. e.mail: [costa.valterlei@gmail.com](mailto:costa.valterlei@gmail.com)

<sup>2</sup> Bacharel, Mestre e Doutor em Direito do Estado pela UFPR. Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Católica de Brasília e Professor de Direito Tributário do Centro Universitário Curitiba. Ex-Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-7361-595X>. Advogado em Curitiba e em Brasília. e.mail: [mauricio@ttva.com.br](mailto:mauricio@ttva.com.br)

Como o Direito Ambiental Internacional, Inserido no Contexto dos Direitos Humanos, Pode Levar À Possibilidade de Ingerência na Soberania Estatal

discriminação sem qualquer padrão, nunca houve um consenso sobre a melhor forma processual de se proceder para se alcançar a isonomia<sup>3</sup>.

De todo modo, a discussão foi renovada com o advento do novo Código de Processo Civil de 2015 e é sobre a forma processual de se garantir um débito tributário ainda não executado, para fins de obtenção de certidão positiva com efeito de negativa, que tratará este artigo.

## 2 Da Certidão Positiva com Efeito de Negativa

Hodiernamente vem se valendo a Administração Pública de várias formas de cobranças indiretas dos tributos. E uma das formas mais comuns de coagir o contribuinte a pagar o tributo que tem ela por devido, independentemente de qualquer processo de cobrança, é a exigência, cada vez maior, de se apresentar certidão negativa de débito para uma série de atos da vida empresarial.

Nos dias atuais, praticamente torna-se inviável a atividade empresarial na ausência de certidão negativa (ou positiva com efeito negativa). Não só nos casos expressos, cuja necessidade de apresentação decorre da lei, mas em uma série de outras situações. Pode-se dizer, *v.g.*, que até a concessão de crédito bancário decorre do referido documento, já que entidades financeiras não costumam fazer operações com quem tem dívida em aberto com o fisco. De igual forma, a compra a prazo com fornecedores é influenciada pela presença/ausência da citada certidão.

Questão à parte sobre a conveniência/constitucionalidade de tal procedimento, que pode ser considerado conforme o prisma, cobrança indireta (MACHADO, 2008, p.81), é certo que, ao lado da certidão negativa de débito, há a positiva, nos termos dos arts. 205 e 206 do Código Tributário Nacional, que, por sua vez, em certos casos, pode ter os mesmos efeitos da negativa (MACHADO, 2002, pp. 225-226).

Assim, um débito para com o Fisco, desde que garantido, permite que se obtenha uma certidão, apesar de positiva, com os mesmos efeitos de uma negativa. No entanto, para tanto, deve haver uma execução fiscal, pois é a partir dela que se é citado para pagar ou garantir a dívida, nos termos do artigo 8º da LEF. No entanto, pode não ter sido ainda proposta a execução fiscal por parte da Fazenda Pública.

---

<sup>3</sup> Eduardo Jardim apontava ainda na vigência do antigo Código de Processo Civil várias possibilidades para se obter a certidão positiva com efeito de negativa em virtude de garantia da dívida antes mesmo da execução fiscal [JARDIM, 2002, p. 552]. A ideia da doutrina, de forma geral, era que a garantia fosse aceita com base no poder geral de cautela (BUSCHMANN, 2002, p.114). Mas nada impedia que se buscasse o fundamento específico no art. 829 do antigo CPC (SILVA, 2001, p.329).

## Como o Direito Ambiental Internacional, Inserido no Contexto dos Direitos Humanos, Pode Levar À Possibilidade de Ingerência na Soberania Estatal

Não tem o contribuinte o controle de quando irá o sujeito ativo ajuizar a execução fiscal e nada pode fazer a respeito disso. Na verdade, tem esta última, a Fazenda Pública, o prazo prescricional do art. 174 do Código Tributário Nacional para ingressar em juízo para haver o que imagina ter a receber. Sem embargo, se é seu direito, do fisco, a opção pelo quando do protocolo da inicial do executivo fiscal, é direito do contribuinte não sofrer consequências dessa morosidade.

Assim, devemos ter na retina que se é garantido ao executado oferecer bens à penhora e obter certidão positiva com efeito de negativa, *a fortiori*, ao contribuinte devedor sob a ótica do Fisco, porém não executado, deve-se garantir o mesmo direito. Dito isso, não se fazem imperativas maiores explicações para se concluir que é cabível ao sujeito passivo antecipar a garantia que daria caso fosse citado para pagar ao fisco, sem a necessidade de se aguardar a execução fiscal.

### 3 Da Tutela de Urgência e Evidência

Há em relação à dívida tributária que impede a expedição da certidão negativa duas ideias que devem ser bem distintas. Uma, é a possibilidade de mesmo sem a execução fiscal, garantir-se a dívida e ato contínuo obter certidão positiva com efeito de negativa. Outra, é a discussão sobre a própria dívida. No primeiro caso, “[...] o contribuinte não busca questionar o mérito (se o tributo é devido ou não), mas apenas apresentar a garantia para efeitos do artigo 206 do CTN (especialmente obter CPEN)”. (ROSA, 2016, p.630). Na segunda situação, não havendo possibilidade de se oferecer embargos à execução, pois ainda nem execução existe, é cabível além do mandado de segurança, desde que respeitado o prazo decadencial, a propositura da ação declaratória ou ainda da anulatória de débito (PACHECO, 2009, p.332).

Dadas essas duas ideias, se ainda estivessemos sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, então poderíamos dizer que para o primeiro caso, da garantia, far-se-ia um processo cautelar e então deixaríamos a discussão do débito para o processo principal, com o respeito à autonomia dos processos (THEODORO JÚNIOR, 2002, p.136). Entretanto, o novo *Codex* teve como um dos seus fins imediatos dar cabo da rigidez das formas (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017, p.550). Assim, deixou de ter sentido invocar uma separação entre processo de conhecimento e processo cautelar, pois “[o] sincretismo processual do CPC/2015 permitiu a veiculação da providência cautelar e da providência satisfativa na mesma petição inicial”. (COUTINHO, 2017, p.150).

## Como o Direito Ambiental Internacional, Inserido no Contexto dos Direitos Humanos, Pode Levar À Possibilidade de Ingerência na Soberania Estatal

Temos portanto que será por meio de um pedido de tutela provisória, após o Novo Código de Processo Civil, que será feita a antecipação da garantia à dívida tributária ainda não executada, ao invés do processo cautelar que já não tem mais lugar na nova sistemática processual. No entanto, ficamos ainda com a seguinte questão: será por meio de uma tutela satisfativa ou cautelar que se obterá tal garantia e a consequente expedição da certidão positiva com efeito de negativa?

Nunca é uma linha fácil de traçar aquela que determina “[...] quando um provimento é ‘meramente conservativo’ ou quando é ‘antecipatório’”. (MACHADO SEGUNDO, 2014, p.473). E tendo isso em conta, o legislador processual previu expressamente, no artigo 305 do NCPC, a possibilidade da fungibilidade das medidas cautelar e satisfativa a ser determinada pelo juiz. No entanto, a permissão para a conversão do pedido de tutela não afasta a necessidade de se saber qual é a medida que se pleiteia. Isso porque, “[a]o conceder a tutela, o juiz deve deixar claro que a tutela concedida é uma tutela antecipada, para que o réu saiba que se não se insurgir contra ela ocorrerá a estabilização prevista no art. 304 do Novo CPC. Ao denegar a tutela, é importante o autor saber se a tutela é antecipada, e assim, deverá aditar a petição inicial no prazo de 5 dias para converter o pedido de tutela provisória em processo principal (art. 303, § 6º, do Novo CPC) ou se a tutela é cautelar, prosseguirá o processo normalmente”. (NEVES, 2016, p.497).

Entretanto, como nosso ponto neste artigo é que a dívida fiscal, caso seja questionada, é um caso e a sua garantia, outro, vemo-nos na condição de expor ser a tutela que garante o crédito tributário antes do protocolo da petição inicial da execução fiscal uma tutela satisfativa, que se exaure em si mesmo. Afinal, somente quando houver o ajuizamento da execução fiscal é que a garantia será então convertida em penhora e aí sim se abrirá para o executado o prazo para o oferecimento dos embargos à execução.

Ademais, não se pleiteia, de modo algum, quanto ao crédito do fisco, qualquer medida suspensiva, pois “[...] o contribuinte, ao oferecer caução real, não pretende suspender a exigibilidade do crédito tributário, até porque tal hipótese não consta do rol exaustivo do citado artigo 151, do Código Tributário Nacional”. (ATTIE, 2004, p.65). Com efeito, a garantia da dívida não impede *per se* que se prossiga com a cobrança do tributo. Seu efeito é a obtenção da certidão positiva com efeito de negativa num primeiro momento e posteriormente oferecer embargos à execução<sup>4</sup>. Já a suspensão da exigibilidade do crédito tributário “[...] tem função nitidamente acautelatória, pois não se adianta o pedido da ação que é a extinção do crédito tributário nos termos do art. 156, X, do CTN, apenas impede-se

---

<sup>4</sup> Parte da doutrina entende como não necessária a penhora para que se possa opor embargos à execução CUNHA, 2010, p.405. Outros entendem que devem ser recebidos, mas com função limitada: CHIMENTI, ABRÃO, BOTTESINI e FERNANDES, 2008, p.199.

Como o Direito Ambiental Internacional, Inserido no Contexto dos Direitos Humanos, Pode Levar À Possibilidade de Ingerência na Soberania Estatal

o processo de cobrança do crédito tributário [...]”. (VERGUEIRO, 2016, p.211). Assim, “[...] não pode ser antecipada a anulação do débito discutido, pois isto implicaria a extinção do crédito tributário, sem se contemplar o disposto no artigo 156, X do CTN que exige decisão judicial passada em julgado”. (COSTA, 2000, p.468).

Não se deve, no entanto, negar a possibilidade de se oferecer a garantia, fazendo a antecipação da dívida, na mesma petição inicial em que instaura uma ação anulatória de débito. Ocorre que isso não significa qualquer caráter de cautelaridade já que não há contato entre a garantia e a discussão sobre o crédito tributário. Apenas por questão célere, utiliza-se um único instrumento para realizar dois pedidos diversos que não se coligam.

De todo modo, tendo em conta o caráter de satisfatoriedade, deve ser expressamente informada a Fazenda Pública que caso não recorra da decisão que defere a garantia da dívida antes mesmo da propositura da execução fiscal, então haverá a estabilização da tutela antecipada (artigo 304, NCPC).

Demarcado que a tutela provisória que garante a antecipação da garantia é satisfativa, vale por em si, já que não se busca um acautelamento em relação a dívida, então podemos passar à próxima indagação: se ela é de urgência ou também pode ser de evidência, lembrando que, parece-nos, toda tutela de evidência encerra uma satisfação.

O ponto-chave do estudo da tutela provisória de urgência, além da consabida necessidade de se demonstrar a probabilidade do direito (AMENDOEIRA JR, 2018, p.758), é a presença do perigo na demora. Afinal, a própria ideia de urgência transmite essa mensagem.

No caso da certidão negativa, ou positiva com efeito de negativa, não há necessidade de maior arrazoado para demonstrar quanto ela é imprescindível para o bom funcionamento empresarial. E com base nisso, não haveria maiores dificuldades de se comprovar a presença de um perigo da demora que ampare a concessão da tutela provisória de urgência quando se tratar de obter certidão quanto à dívida<sup>5</sup>.

Não temos dúvidas, portanto, da razoabilidade de se utilizar de uma tutela de urgência para se conseguir a garantia da dívida para com o fisco e então obter certidão positiva com efeito de negativa, pois quanto à probabilidade do direito, não parece apresentar maiores obstáculos expor que aquele que ainda não foi executado se encontra em situação pior do que aquele que já o foi. Ademais, o perigo da demora também se faz bem presente, já que a

---

<sup>5</sup> “A falta da certidão positiva com efeito de negativa carrearão prejuízos financeiros à empresa, que por sua vez gerará prejuízos à sociedade e, por fim, prejuízo ao próprio Fisco, que arrecadará menos, tendo em vista que o faturamento e o lucro da empresa serão diminuídos com a impossibilidade de contratar com a Administração Pública”. (BUSCHMANN, 2002, p.108).

Como o Direito Ambiental Internacional, Inserido no Contexto dos Direitos Humanos, Pode Levar À Possibilidade de Ingerência na Soberania Estatal

atuação de uma empresa sem certidão negativa — no caso, positiva com efeito de negativa — é por demais prejudicada.

Quanto à tutela de evidência, sem entrarmos em discussões sobre o quanto ela é realmente uma inovação do novo Código frente ao sistema de 1973, podemos dispor que “[e]m comparação com a tutela de urgência, a tutela de evidência igualmente exige a plausibilidade do direito invocado, mas prescinde da demonstração do risco de dano”. (NERY JUNIOR e ANDRADE NERY, 2016, p.947). Na verdade, temos, com mais ênfase, que ela exige, é da sua natureza, uma verossimilhança mais do que qualificada, pois, entre uma das suas hipóteses de concessão, está, além de que devem as alegações ser comprovadas apenas documentalmente, a necessidade de que a tese defendida esteja contemplada por julgamento de casos repetitivos ou ainda em súmula vinculante (artigo 311, NCPC).

Os casos repetitivos passaram, desde a Lei nº 11.672, de 8.5.2008, a ser julgados por amostragem, sendo a técnica mantida pelo Novo Código de Processo Civil, com valorização do precedente (artigo 1.036, NCPC). Melindres iniciais à parte<sup>6</sup>, a questão é mais um passo no caminho da eficiência e que ganha novos contornos com a tutela de evidência. Já a súmula vinculante adveio pelas mãos da reforma que se deu com a Emenda Constitucional nº 45, de 30.12.2004 que incluiu no texto constitucional o art. 103-A. A partir de então, o mérito das súmulas<sup>7</sup> foi redimensionado, passando a ter uma importância fundamental no sistema processual.

Toda a ideia da tutela de evidência gira em torno, haja vista a exigência de súmula vinculante ou de decisão que será aplicada a todos os casos repetitivos, de uma qualificada probabilidade de o direito apresentado pelo autor ser ao final concedido pelo judiciário, o que permitiria sua antecipação por meio de uma tutela. Afinal, se a tese defendida é mais do que verossímil e não há a necessidade de dilação probatória para se conhecer os fatos, sendo bastante a documentação apresentada junto com o pedido de tutela, então não haveria um porquê de se fazer o requerente arcar com o custo tempo, permitindo-lhe assim fluir desde o início de seu direito.

E quando se está diante de um pedido de antecipação da garantia da dívida na falta da execução fiscal, pois ainda não proposta pela Fazenda Pública, para então se obter certidão positiva com efeito de negativa, nos termos do art. 206 do Código Tributário Nacional. É

---

<sup>6</sup> “[...] os espíritos mais sensíveis ficarão melindrados com a autêntica renovação do julgamento pretérito por força de simples precedente do STJ. No entanto, a medida guarda coerência com o objetivo maior de assegurar a isonomia dos litigantes, motivo por que o sacrifício do convencimento do órgão fracionário do tribunal justifica-se plenamente”. (ASSIS, 2014, p.878).

<sup>7</sup> “A súmula é o conjunto das teses jurídicas reveladoras da jurisprudência predominante no tribunal e vem traduzida em forma de verbetes sintéticos numerados”. (NERY JUNIOR, 2004, p.109).



Como o Direito Ambiental Internacional, Inserido no Contexto dos Direitos Humanos, Pode Levar À Possibilidade de Ingerência na Soberania Estatal

possível se utilizar do instrumento processual que é a tutela de urgência. Sobre o tema, inclusive, há decisão favorável ao sujeito passivo proferida sob o rito dos julgamentos de recursos repetitivos pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça.<sup>8</sup>

Portanto, quando está o sujeito passivo que possui uma dívida com a Fazenda Pública carecendo de certidão positiva com efeito de negativa, pode então obtê-la de vários modos. Uma forma simples seria depositar o montante da dívida integral. Outra seria apontar alguma irregularidade e ser contemplado com uma decisão que suspenda a exigibilidade do crédito tributário. Pode ainda, se já houver o ajuizamento de execução fiscal para cobrar a dívida, então garantir o juízo. No entanto, ainda pode, além dessas opções, se não houver a execução fiscal, pleitear um tutela exauriente em si, que não discuta o crédito tributário do fisco. E como há sobre o tema — antecipação de garantia na falta de execução fiscal — decisão proferida sobre o rito dos recursos repetitivos, então a tutela que melhor se enquadra— mesmo que não seja difícil comprovar o perigo da demora que a opção por uma tutela de urgência exigiria —é a de evidência. Afinal, “[p]ara realizar o direito à certidão positiva, com efeitos de negativa, prevista no art. 206 do CTN, a melhor e mais eficiente opção é o requerimento de tutela da evidência [...]”. (ATAIDE JUNIOR, 2017, p.1233).

#### 4 Da Garantia

A garantia da dívida para com o fisco antes de proposta a execução fiscal, com fito de obter certidão positiva com efeito de negativa, deve respeitar, por óbvio, as mesmas regras que teria de cumprir o sujeito passivo se citado fosse para garantir tal execução fiscal. Assim, sem maiores dificuldades, podemos afirmar que deve respeitar a antecipação de garantia, para fins de se obter a certidão positiva com efeito de negativa, a ordem prevista no art. 11 da Lei de Execução Fiscal.

Há um rol que estabelece uma ordem a ser seguida *prima facie*, disso não se duvida. E no artigo que traz tal sequência, consta como primeiro item da lista o bem “dinheiro”. No entanto, não se deve apressadamente concluir que apenas “dinheiro” teria o condão de garantir a dívida, pois uma tal interpretação levaria a uma confusão de institutos.

Com efeito, uma coisa é a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em razão de depósito, aí sim, necessariamente em dinheiro e no montante integral da dívida; outra, bem diferente, é a antecipação de garantia de dívida não executada, na qual se busca os efeitos

---

<sup>8</sup> REsp 1156668/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 10/12/2010.

Como o Direito Ambiental Internacional, Inserido no Contexto dos Direitos Humanos, Pode Levar À Possibilidade de Ingerência na Soberania Estatal

do art. 206 do Código Tributário Nacional, mas não os do art. 151 do mesmo *Codex* fiscal. Ademais, como já exposto, o que se busca com a antecipação da garantia é a certidão positiva com efeito de negativa e não a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Portanto, deve-se facultar ao autor do pedido de tutela provisória a escolha livre — desde que dentro do rol legal, sendo ainda suficiente e idôneo — do bem que deseja ver como garantia de sua dívida. Isso porque,

No prazo de 5 dias, a contar da citação, tem o executado direito a indicar bens à penhora. Resta saber se há necessidade de seguir *pari passu* a ordem dos incisos deste artigo ou se pode, dentro da lista, indicar o bem que melhor lhe convir. O problema caso a ordem tenha que ser rigorosamente seguida é que não traz vantagem alguma ao executado. Melhor esperar a atuação da Fazenda Pública. Um exemplo, o executado possui como bens penhoráveis um imóvel e um veículo. Ambos garantem a execução fiscal. Por conveniência pretende indicar o veículo, ocorre que, no rol, o imóvel vem ordenadamente primeiro. Qual a vantagem que possui o executado em atender o prazo de 5 dias para oferecer bens à penhora se não pode exercer qualquer escolha? Assim, para se observar que a execução se faça da forma menos gravosa, lícito entender que no prazo legal – 5 dias – pode o executado escolher livremente o bem que deseja ver penhorado, desde que conste no rol deste artigo e garanta idoneamente a execução. (COSTA e VALLE, 2018, p.58).

Se o bem oferecido como garantia de forma antecipada tem o condão de proteger os interesses do fisco, pois, além de classificável na ordem estabelecida pela Lei de Execução Fiscal, é idôneo e suficiente, então deve ser aceito. Entendimento contrário seria um completo esvaziamento da garantia, reduzindo tudo a depósito em dinheiro, pondo fim à possibilidade de outras espécies de garantias.

Por fim, resta-nos expor que se a tutela for deferida, permitindo a antecipação da garantia, então a relação deve ser aperfeiçoada com o comparecimento da parte interessada em Secretaria para assinar “termo de garantia”<sup>9</sup>. Com a realização de tal formalidade, então encontrar-se-á a Fazenda Pública plenamente garantida, com o erário resguardado, devendo então, em reciprocidade, emitir a devida certidão positiva com efeito de negativa, tudo nos termos do art. 206 do Código Tributário Nacional.

---

<sup>9</sup> *Mutatis mutatis*, válidas as palavras de Humberto Theodoro Júnior: “A penhora, para produzir efeito, precisa constar de termo processual adequado. O ato em questão denomina-se ‘auto de penhora’, quando é lavrado fora do processo, pelo oficial de justiça, em cumprimento do mandado executivo; e ‘termo de penhora’, quando redigido pelo escrivão nos próprios autos do processo, diante da aceitação ou aprovação da nomeação feita pelo executado”. THEODORO JÚNIOR, 2004, p.95.

## 5 Conclusão

Não se olvida que a certidão negativa de débitos — ou a equivalente nos efeitos, certidão positiva com efeito de negativa — é de importância basilar para a atividade empresarial. Sendo assim, deve-se ter os devidos cuidados para que sua exigência não se torne, de forma exacerbada, uma via indireta de cobrança de tributos. Deve, com efeito, ficar ao contribuinte passagens para que a obtenha sem que simplesmente tenha de pagar os débitos dos quais discorda.

Já com esse pano de fundo em conta, o legislador do *Codex* tributário garantiu ao sujeito passivo a possibilidade de obter certidão positiva com efeito de negativa se a dívida para com o fisco encontra-se garantida no processo de execução fiscal. Entretanto, silente ficou sobre os casos em que ainda não houve o devido ajuizamento do executivo fiscal pela Fazenda Pública.

Ao longo do tempo, como solução para essa falta de previsão expressa do modo como deveria proceder aquele que consta no rol do fisco como devedor, concebeu a doutrina a possibilidade de antecipação da garantia, haja vista que a situação de quem nem executado é não pode ser pior do que aquela de quem se encontra executado. Posição que foi sendo reconhecida pelo judiciário até tombar em julgamento que se deu pelo rito dos recursos repetitivos.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, de 2015, o interesse pelo tema voltou, pois com o fim do processo cautelar, que era realizado de forma autônoma, surgiu a indagação de como, pela nova sistemática, realizar-se-á a antecipação da garantia — ou seja, na falta de execução fiscal — de débito junto à Fazenda Pública.

Com esse quadro geral, conclui-se que, por haver sobre o tema decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça dada sob o rito de julgamento de recursos repetitivos, a forma mais adequada de se conseguir certidão positiva com efeito de negativa — antecipando-se garantia, pois ausente execução fiscal — é por meio de um pedido de tutela evidência, tudo segundo o Novo Código de Processo Civil.

## Referências Bibliográficas

AMENDOEIRA JR, SIDNEI. Tutelas provisórias do novo CPC: características gerais. In: MARCATO, Ana Cândida Menezes; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; DELLORE, Luiz; BARIONI, Rodrigo; MOLLICA, Rogerio; AMENDOEIRA JR, Sidnei;

Como o Direito Ambiental Internacional, Inserido no Contexto dos Direitos Humanos, Pode Levar À Possibilidade de Ingerência na Soberania Estatal

FERREIRA, William Santos (Org.). **Reflexões sobre o código de processo civil de 2015: uma contriobuição dos membros do centro de estudos avançados de processo — CEAPRO.** São Paulo: Verbatim, 2018, p.749-770.

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos.** 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Certidão positiva, com efeito de negativa, mediante garantia antecipada: como obtê-la após o CPC/2015?. In: In: VALLE, Maurício Dalri Timm do; VALADÃO, Alessander Roberto Alves; DALLAZEM, Dalton Luiz. **Ensaio em homenagem ao professor José Roberto Vieira: ao mestre e amigo, com carinho ...** São Paulo: Noeses, 2017, p.1215-1235.

ATTIE, Paulo Margonari. Certidão positiva de débito com efeitos de negativa frente à existência de débitos à espera de execução fiscal. **Revista dialética de direito tributário.** São Paulo, n. 106. p.61-69, jul., 2004.

BUSCHMANN, Marcus Vinicius. Obtenção de certidão e ação cautelar com pedido de caução real – princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. **Revista dialética de direito tributário.** São Paulo, n. 83. p.107-115, ago., 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário,** 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; ABRÃO, Carlos Henrique; BOTTESINI, Maury Ângelo; FERNANDES, Odmir. **Lei de execução fiscal comentada e anotada: lei 6.830, de 22.09.1980: doutrina, prática e jurisprudência.** 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COUTINHO, Sheyla Yvette Cavalcanti Ribeiro. As tutelas provisórias de urgência e evidência no processo tributário: permissões e vedações legais. **Revista de direito tributário contemporâneo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, vol. 7, p.141-167, jul.-ago./2017.

COSTA, Valterlei A. da. Tutela antecipada como forma de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. **REPERTÓRIO DE JURISPRUDÊNCIA IOB – v. I: tributário, constitucional e administrativo.** São Paulo: IOB, n. 18, p.468-469, 2ª quin. set. 2000.

COSTA, Valterlei A. da; VALLE, Maurício Dalri Timm do. **Lei de execução fiscal anotada: segundo o novo Código de Processo Civil.** Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.58.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo.** 8.ed. São Paulo: Dialética, 2010.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. Arts. 205 a 208. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Comentários ao código tributário nacional,** volume 2, 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário.** 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. Execução fiscal: novos questionamentos. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Execução fiscal: pesquisas tributárias, nova série – n.14.** São Paulo: RT, 2008.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo tributário.** 7.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil.** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v.1.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos.** 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de. **Código de processo civil comentado.** 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PACHECO, José da Silva. **Comentários à lei de execução fiscal.** 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Como o Direito Ambiental Internacional, Inserido no Contexto dos Direitos Humanos,  
Pode Levar À Possibilidade de Ingerência na Soberania Estatal

ROSA, Íris Vânia Santos. Antecipação de garantia tendente à satisfação do crédito tributário que esteja por ser executado. In: SOUZA, Priscila de (Org.); CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). **50 anos do Código Tributário Nacional**. São Paulo: Noeses: IBET, 2016, p.630.

*SILVA, Ovídio A. Baptista da. Do processo cautelar. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.*

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de execução fiscal**: comentários e jurisprudência. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

*VERGUEIRO, Camila. A tutela provisória, o Código de Processo Civil de 2015 e o processo tributário. In: CONRADO, Paulo Cesar; ARAUJO, Juliana Furtado Costa (Coord.). O novo CPC e seu impacto no direito tributário. 2.ed. São Paulo: Fiscosoft, 2016, p.210.*

# COMO O DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL, INSERIDO NO CONTEXTO DOS DIREITOS HUMANOS, PODE LEVAR À POSSIBILIDADE DE INGERÊNCIA NA SOBERANIA ESTATAL

Josemar Moraes de Lima Dantas<sup>1</sup>

Kênia Cristina Pontes Maia<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo, pautado por pesquisa bibliográfica e utilizando-se do método qualitativo, aduz acerca da plausibilidade e potencialidade da utilização de medidas interventivas no âmbito do direito ambiental internacional. Como ponto de partida, considerando-se os princípios do direito internacional e a essencialidade da relação do homem com o meio ambiente, apresenta-se o conceito de meio ambiente equ<sup>3</sup>ilibrado como direito fundamental humano, com o destaque ao fato de que o direito ambiental, além de transfronteiriço é intergeracional. Assim, tendo em vista a constatação do *status* de injustiça na distribuição dos riscos e dos lucros oriundos dos atuais moldes de exploração ambiental e de sua insustentabilidade, são necessárias novas e eficazes formas de tutela ambiental, visando à proteção em relação aos interesses das vertentes política e econômica. Desta base, o caminho argumentativo é construído, passando pelas tendências evolutivas do direito internacional, no sentido da observação obrigatória dos direitos humanos, dentre os quais o direito ao meio ambiente saudável, enquadrado como *jus cogens*. Demonstra-se, assim, que, quando houver negligência por um ente estatal no escopo de sua competência interna, de modo a causar injustiça ambiental e/ou atingindo gravemente o espaço extrafronteiras, a imposição de meios interventivos far-se-ia eficaz como um processo subsidiário à proteção ambiental, com a conseqüente ponderação da soberania estatal - sem nunca desconsiderá-la, frente à preponderância dos direitos fundamentais humanos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Ambiental Internacional; Poluição transfronteiriça; Soberania estatal; Ingerência internacional; Direitos Humanos.

**ABSTRACT:** The present article, based on bibliographical research and using the qualitative method, shows the plausibility and potential of the use of intervention measures in the ambit of international environmental law. As a starting, considering the principles of international law and the essentiality of human's relationship with the environment, the concept of a

---

<sup>1</sup>Pós-graduando em Direito Processual Contemporâneo – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios. (UFRRJ/ITR). Graduado em Direito (UFRRJ/ITR, 2018). Conciliador Judicial da 1ª Vara Cível de Paraíba do Sul/RJ, TJERJ. Graduado em Engenharia Agrônoma (UFV-2013). Email: josemar-dantas@hotmail.com.

<sup>2</sup>Doutora em Políticas Públicas pela UFRJ (2017), Instituto de Economia, Programa Políticas Públicas Estratégias e Desenvolvimento e Sustentabilidade, tese com ênfase em Meio Ambiente e Licenciamento Ambiental. Mestre pela Faculdade de Direito Milton Campos (2009) em Direito Privado dissertação com área de concentração em Direito Civil e Empresarial. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro (2000). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1992) e em Jornalismo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (1991). Professora adjunta na UFRRJ - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro e Chefe de Departamento do DDHL (Departamento de Direito, Humanidades e Letras). Pesquisadora convidada na Universidade de Portsmouth, Inglaterra. (2016). Membro atual da Comissão de Meio Ambiente da OAB/MG.

## Como o Direito Ambiental Internacional, Inserido no Contexto dos Direitos Humanos, Pode Levar à Possibilidade De Ingerência na Soberania Estatal

balanced environment is presented as a fundamental human right, with the emphasis on the fact that environmental law, besides cross-border, is intergenerational. Thus, cause of the injustice status in the distribution of risks and profits derived from the current patterns of environmental exploitation and its unsustainability, new and effective forms of environmental protection are necessary, aiming at protection against the political and economics interests. On this basis, the argumentative path is constructed, going through the evolutionary tendencies of international law in the sense of obligatory observation of human rights, among which the right to the healthy environment, framed like *jus cogens*. Thus, when there is negligence by a state entity within the scope of its internal competence, in order to cause environmental injustice and / or severely reaching extra-frontier space, the imposition of intervention means would be effective as a subsidiary process to environmental protection, with the consequent consideration of state sovereignty - without ever disregarding it - against the preponderance of human fundamental rights.

**KEYWORDS:** International Environmental Law; Cross-border pollution; State sovereignty; International interference; Human rights.

### 1. INTRODUÇÃO

Após as experiências vividas no século XX, com guerras e regimes que solapavam direitos humanos, avanços mundiais em prol da proteção dos direitos fundamentais foram conquistados. O aquecimento global, a poluição, a degradação e o exaurimento dos sistemas naturais, somados às catástrofes ocasionadas por estes fatores, geram problemas sociais, econômicos, ambientais e de saúde, e acabam sendo também responsáveis, na atualidade, por crises humanísticas globais migratórias e ambientais, na contramão de uma Justiça Ambiental.

Dada a inércia dos governos mundiais frente aos danos ambientais, que priorizam os interesses econômicos em detrimento dos interesses humanos/ambientais, faz-se mister uma nova proposta que concilie direito ao desenvolvimento e ao meio ambiente sadio.

O direito ao desenvolvimento e o princípio da soberania estatal devem ser respeitados, porém, sem servir de barreira para a responsabilização dos Estados por ações que possam vir a impactar toda a humanidade. Os bens ambientais são patrimônios da humanidade, universais e atemporais. Neste cenário, o Direito deve buscar soluções à frente de seu tempo, parametrizando as ações no sentido de reverter ou, ao menos, não agravar os problemas gerados pelos danos ambientais.

### 2. JUSTIÇA AMBIENTAL E MEIO AMBIENTE COMO DIREITO HUMANO.

Os riscos ambientais no mundo globalizado se ampliam, ignoram fronteiras e atingem diferentemente os grupos sociais, de forma a demonstrar a desigualdade

## Como o Direito Ambiental Internacional, Inserido no Contexto dos Direitos Humanos, Pode Levar à Possibilidade De Ingerência na Soberania Estatal

socioambiental no gozo dos recursos e na exposição às consequências de sua forma de exploração<sup>4</sup>, Ulrich Beck (2010). Pela maneira desigual que os riscos ambientais existem, e podem atingir os mais diversos grupos sociais, fica difícil se escapar dos efeitos gerados por tais riscos.<sup>5</sup>

Aliado a estes fatores há disparidades econômicas entre entes estatais e entre Estados e empresas, as quais por vezes, movimentam mais capital que estes e aqueles<sup>6</sup>, ameaçando o poder de autonomia e soberania dos Estados mais vulneráveis. Desta maneira, os conflitos socioambientais são suportados desproporcionalmente por populações ou países mais vulneráveis socioeconomicamente, levando à situações de pobreza e acarretando fome, sede, doenças, poluição e violência. Justiça Ambiental é, por oposto, a soma de justiça social e proteção ambiental. Não se pode obstar o direito ao desenvolvimento, embora deva ser exigido que se dê de forma sustentável e socialmente mais justa, freando a lógica perversa da exploração ambiental.

Portanto, conforme afirma Pegado (2018), direitos humanos e meio ambiente são interdependentes, “vez que o respeito aos direitos humanos é uma condição para o desenvolvimento sustentável, bem como a proteção ambiental é condição para o gozo efetivo dos direitos humanos”.<sup>7</sup> Tal preceito foi trazido no âmbito da Declaração da Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente Humano em 1972,<sup>8</sup> e repetido 20 anos depois na Declaração do Rio. Afirma-se, pois, que a dignidade da pessoa humana é o primeiro princípio, norteador de todos os demais, “os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável.”<sup>9</sup>

Dessas Declarações universais advém a proposta de se considerar o meio ambiente como um direito fundamental humano, proposta esta que ainda carece de uma formalização

---

<sup>4</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade do risco**. 2010, p.230, apud FERREIRA, Leila e BOSCO, Estevão. **Sociedade mundial de risco: teoria, críticas e desafios**. Sociologias. Porto Alegre, ano 18, nº 42, mai/ago 2016.

<sup>5</sup>SANTOS Maureen; TRENTIN Melisandra. **Sociedade civil, meio ambiente e mudanças climáticas**. publicado no Relatório Direitos Humanos no Brasil III: diagnósticos e perspectivas. Passo Fundo: IFIBE, 2012. Disponível em: <<https://www.ritimo.org/Direito-Humano-ao-Meio-Ambiente>>. Acesso em: 25. out. 2018.

<sup>6</sup>Global Justice Now. **Corporations vs governments revenues: 2015 data**. 2016. Disponível em: <[http://www.globaljustice.org.uk/sites/default/files/files/resources/corporations\\_vs\\_governments\\_final.pdf](http://www.globaljustice.org.uk/sites/default/files/files/resources/corporations_vs_governments_final.pdf)>. Acesso em 29. ago. 2018.

<sup>7</sup> PEGADO, Myrza. **A Justiça Ambiental**. JUS. Março de 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/47150/a-justica-ambiental>>. Acesso em: 01. nov. 2018.

<sup>8</sup>“Princípio 1 O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras.(...)”. ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, ONU, 1972**. Disponível em: <[http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda\\_21/\\_arquivos/estocolmo.doc](http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda_21/_arquivos/estocolmo.doc)>. Acesso em: 14. nov. 2018.

<sup>9</sup> ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, ONU, 1992**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v6n15/v6n15a13.pdf>> Acesso em: 15. nov. 2018.



## Como o Direito Ambiental Internacional, Inserido no Contexto dos Direitos Humanos, Pode Levar à Possibilidade De Ingerência na Soberania Estatal

legal. Nesta linha de raciocínio, Santos e Trentin (2018) que asseguram que “para garantir o direito ao meio ambiente efetivamente, é necessário afirmá-lo como um direito humano.”<sup>10</sup>

Na reunião denominada Futuro dos Direitos Humanos e Meio Ambiente(2009), o Programa das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e o Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos, destacaram a correlação entre meio ambiente seguro e saudável e o gozo dos direitos humanos, ao afirmarem que “um meio ambiente saudável é necessário para a realização plena dos direitos à vida, à saúde, à alimentação, água e desenvolvimento”<sup>11</sup>

Em pronunciamento do Dia Mundial do Meio Ambiente de 2018, o relator e o chefe ambiental da ONU cobraram a adoção do conceito de direito humano a um meio ambiente saudável e sustentável, ressaltando que os vínculos entre direitos humanos e meio ambiente, apenas são notados quando da degradação ambiental advém doenças, destruição e mortes. Destacaram ainda que “número acima de um milhão de crianças morrem anualmente em consequência de alterações causadas pela poluição do ar, água, mudanças climáticas e/ou perda da biodiversidade global.”<sup>12</sup> e algo precisa ser feito em termos mundiais.

### 3. TENDÊNCIAS DO DIREITO INTERNACIONAL E *JUS COGENS*.

O doutrinador Jorge Miranda, em 1999, afirmou que o Direito Internacional estaria em fase de transição, porém contendo, oito tendências. A primeira tendência é a de universalização, ligada ao direito, à autodeterminação dos povos e aos excessos de todas as comunidades humanas. A segunda, atenuando a universalização, traz a regionalização, com a criação de espaços como a União Europeia e o Mercosul. A terceira é a institucionalização, com a aproximação do Direito aos órgãos internacionais globais, como a ONU e a CIJ- Comissão Internacional de Justiça, levando a maior estabilidade na solução de conflitos, criação de tratados e cooperação entre Estados. Em consequência a quarta tendência é a funcionalização. Na quinta, o autor trata da humanização, uma evolução do Direito Internacional para o que denomina o *Direito Internacional dos Direitos do Homem*, ao afirmar que a defesa da pessoa humana, além da proteção diplomática, deve ocorrer também em relação

---

<sup>10</sup> SANTOS Maureen; TRENTIN Melisandra. **Sociedade civil, meio ambiente e mudanças climáticas**. publicado no Relatório Direitos Humanos no Brasil III: diagnósticos e perspectivas. Passo Fundo: IFIBE, 2012. Disponível em: <<https://www.ritimo.org/Direito-Humano-ao-Meio-Ambiente>>. Acesso em: 25. out. 2018.

<sup>11</sup> Nações Unidas No Brasil – ONUBR. **Relator e chefe ambiental da ONU cobram reconhecimento do direito humano a um planeta saudável**. 05 de junho de 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/relator-e-chefe-ambiental-da-onu-cobram-reconhecimento-do-direito-humano-a-um-planeta-saudavel/>. Acesso em: 14. out. 2018.

<sup>12</sup> Nações Unidas No Brasil – ONUBR. **Relator e chefe ambiental da ONU cobram reconhecimento do direito humano a um planeta saudável**. 05 de junho de 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/relator-e-chefe-ambiental-da-onu-cobram-reconhecimento-do-direito-humano-a-um-planeta-saudavel/>. Acesso em: 14. out. 2018.

## Como o Direito Ambiental Internacional, Inserido no Contexto dos Direitos Humanos, Pode Levar à Possibilidade De Ingerência na Soberania Estatal

às faltas cometidas por seu próprio Estado. Assim, haveria a superação da soberania estatal quando frente à ruptura de direitos fundamentais da pessoa humana.<sup>13</sup>

Miranda (1999) aduz também, que o dogma do voluntarismo deve ser superado através da objetivação das normas do Direito Internacional, constituindo-se como um Direito de toda a comunidade internacional, a possuir um conjunto de princípios fundamentais, superiores à vontade dos Estados, sexta tendência citada pelo doutrinador.<sup>14</sup> Como sétima ele se refere à necessidade da codificação do Direito internacional, através de uma obra da Comissão de Direito Internacional, de forma a representar maior estabilidade das relações internacionais e levar à segurança jurídica. Por derradeiro, Miranda traz a jurisdicionalização, consequência natural de todas as demais tendências, e que levaria à superação do uso de cláusula facultativa para impor a jurisdição obrigatória em relação aos Estados.<sup>15</sup>

Outra possibilidade, para impor essa ingerência, porém, ainda não majoritária na doutrina, a despeito de prevista desde a Convenção de Viena de 1969<sup>16</sup>, é a adoção das *jus cogens*, como norma de direito internacional geral. As *jus cogens* são normas não convencionais e imperativas, mas sobreponíveis à autonomia dos Estados, sendo inderrogáveis, quer por tratados, por costumes ou por princípios gerais de direito internacional.<sup>17</sup> Superiores inclusive, às fontes previstas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça da ONU, de 1996<sup>18</sup> e se constituem de valores gerais, podendo ser expressas, como os Direitos Humanos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, ou baseadas nos valores da sociedade. Mazzuoli, entende que o *jus cogens* “deveria vir em primeiro lugar, antes até do estudo dos tratados e do costume internacional”<sup>19</sup>, conferindo-lhe prevalência hierárquica sobre todas as outras fontes de Direito Internacional Público. O conceito de *jus cogens*, se aceito, aplicar-se-ia aos Direitos Humanos. Seria mais um passo para a consagração da ponderação das soberanias quando em inobservância de direitos humanos, tutelando-os, o

---

<sup>13</sup>MIRANDA, Jorge. Texto baseado nas notas taquigráficas de conferência proferida no Seminário Internacional “**O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira**”, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 30 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília-DF. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/dih/dih\\_miranda.html](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/dih/dih_miranda.html)>. Acesso em: 15. nov. 2018.

<sup>14</sup> Miranda, *Ibidem*.

<sup>15</sup> Miranda, *Ibidem*

<sup>16</sup>vide os artigos 53 e 54 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados da ONU (1969). Disponível em: <<https://saudeglobaldotorg1.files.wordpress.com/2016/07/portugal-declaracao-sobre-a-cv-69.pdf>>. Acesso em: 05. out. 2018.

<sup>17</sup> RODRIGUES, Melissa Cachoni. **Direito internacional ambiental: a proposta da criação do tribunal ambiental internacional**. Curitiba, editora Juruá, 2013, p.19.

<sup>18</sup>**Estatuto da Corte Internacional de Justiça da ONU** (Organização das Nações Unidas). Disponível em: <<https://www.unric.org/html/portuguese/charter/Estatutotij.pdf>>. Acesso em: 01. out. 2018.

<sup>19</sup> MAZZUOLI, 2008, p.133 apud RODRIGUES, Melissa Cachoni. **Direito internacional ambiental: a proposta da criação do tribunal ambiental internacional**. Curitiba, editora Juruá, 2013, p.20.

## Como o Direito Ambiental Internacional, Inserido no Contexto dos Direitos Humanos, Pode Levar à Possibilidade De Ingerência na Soberania Estatal

que alçaria o direito humano ao meio ambiente saudável. Contudo, conforme aduz Rodrigues (2013), a doutrina em geral ainda não tem o *ius cogens* por fonte de direito internacional.<sup>20</sup>

### 4. SOBERANIA, INTERVENÇÃO E INGERÊNCIA

A *priori* ressalva-se que, a despeito das expressões “intervenção” e “ingerência” por vezes serem tidas por sinônimos, pontua Cogo (2011) que “a moderna doutrina internacionalista compreende que a ingerência de um Estado nos assuntos de outro Estado é um dos elementos que constituem a intervenção.”<sup>21</sup> Ingerência é espécie e intervenção gênero.

Os tribunais internacionais são um dos maiores instrumentos para a efetivação dos direitos humanos. Contudo, há um dilema, o do “respeito à soberania, como corolário do direito internacional, juntamente com o princípio da não ingerência(...)” frente à “necessidade de desenvolvimento de um direito humanitário.”, Cogo<sup>22</sup>. Para autores como Varella, sob casos extremos de inobservância, a primazia destes direitos pode ensejar na relativização dos princípios da soberania e da não ingerência, como nos casos de intervenção para assistência humanitária.<sup>23</sup>

Porém, a intervenção não se deve apresentar como ameaça ao princípio da soberania estatal não constituindo a sua desconsideração, mas sua relativização, frente a princípios gerais e direitos humanos que porventura venham a ser desrespeitados sem que haja providências do Estado. Rodrigues(2013) ressalta que os tribunais internacionais são última instância para asseguramento em caso de lesões e conflitos de interesse regional ou global. A soberania deve ser assegurada considerando-se o esgotamento dos recursos internos e o princípio da complementaridade, estandarte para a manutenção da unicidade do direito internacional que trata em seu conteúdo da relação existente entre os direitos internos e a ordem global.<sup>24</sup>

Apesar do reconhecimento de já existir ingerência no âmbito internacional, a discussão doutrinária se dá quanto à aceitação e legalidade, pois, a depender dos critérios adotados, seu uso pode ensejar em abuso. Conquanto haja normas em oposição<sup>25</sup> e dissenso

---

<sup>20</sup>RODRIGUES, *Ibidem*, p.21.

<sup>21</sup> COGO, Rodrigo. **Considerações sobre a ingerência interestatal no cenário jurídico internacional**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2745, 6 jan. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18207>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

<sup>22</sup> COGO, *Ibidem*.

<sup>23</sup> VARELLA, 2009, p.6, apud RODRIGUES, *Ibidem*, p.32.

<sup>24</sup>VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. **Teoria do Estado e a Unidade do Direito Internacional: domesticando o rinoceronte**. Arraes editores, 2016, p.148.

<sup>25</sup> “Nenhum Estado ou grupo de Estados tem o direito de intervir direta ou indiretamente, seja qual for o motivo, nos assuntos internos ou externos de qualquer outro. Este princípio exclui não somente a força armada,

## Como o Direito Ambiental Internacional, Inserido no Contexto dos Direitos Humanos, Pode Levar à Possibilidade De Ingerência na Soberania Estatal

doutrinário acerca da legalidade das intervenções humanitárias, as instituições internacionais mais importantes, como o Conselho da ONU, acompanharam a tendência de autorizá-las. Para Barros-Platiau e Varela “os obstáculos jurídicos à não-intervenção são fracos.”<sup>26</sup> Alinhado, Delgado afirma que “estaria em curso na comunidade internacional uma orientação que legitima juridicamente a ingerência humanitária, inclusive nas suas formas militares”<sup>27</sup>.

Outrora, a ingerência internacional se restringia à expressão de vontade do Estado em se submeter ao ente internacional. Atualmente, dado o caráter das normas de direitos humanos, por mais que um Estado não seja signatário de tratado, a obrigatoriedade das *jus cogens* pode levar à imposição das normas mesmo nesses casos.<sup>28</sup> Segundo Vasconcelos, diversos autores já se inclinam a aceitar a existência da cogência independente de adesão<sup>29</sup>.

### 5. INGERÊNCIA EM DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL.

Dos princípios de direito ambiental internacional, conclui-se que os Estados, exercendo o direito soberano ao uso de seus recursos naturais, tem, em contrapartida, o dever de cooperação e solidariedade entre si. Excedido o direito de soberania no uso de recursos e dado o caráter urgente do tema diante do crescente desenvolvimento não-sustentável que põe em risco a vida humana e os direitos fundamentais, faz-se justificável a necessidade de ingerência ecológica ou ambiental, como nos ensina Brancher (2013).<sup>30</sup> Para o autor, o campo da ingerência ecológica ainda se faz hipotética possibilidade, apesar de já definido que seja passível de fundamentar-se tomando-se por base a existência de tal ingerência em outros ramos do direito, também considerados fundamentais à humanidade.<sup>31</sup>

Os princípios da não ingerência e da soberania não constituem imunidade às sanções ou ações em direitos humanos, incluindo o direito ao meio ambiente sadio, inclusive entendidos por parte da doutrina, como *jus cogens*, impositivas e superiores a quaisquer outras

---

mas também qualquer outra forma de interferência ou de tendência atentatória à personalidade do Estado e dos elementos políticos, econômicos e culturais que o constituem.”OEA, Carta da Organização dos Estados Americanos, 1997 (última publicação).

<sup>26</sup> BARROS-PLATIAU, Ana Flávia Barros e VARELLA, Marcelo Dias. **A efetividade do Direito Internacional Ambiental**, Brasília, Editora UNICEUB, UNITAR e UnB, 2009. p.100.

<sup>27</sup> DELGADO, Vladimir Chaves. **A Soberania dos Estados Face a Questão da Ingerência Humanitária no Direito Internacional Público**, 2005. Brasília. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21975-21976-1-PB.pdf>>. Acesso em: 19. nov. 2018.

<sup>28</sup> RODRIGUES, *Ibidem*, p.33.

<sup>29</sup> VASCONCELOS, *ibidem*, p.137.

<sup>30</sup> CARVALHO, Edson Ferreira de. **Meio Ambiente & Direitos Humanos**. 2ª edição Revista e Atualizada, Curitiba, Ed. Juruá, 2011, p. 310.

<sup>31</sup> BRANCHER, Deise Salton. **A emergência do direito ambiental internacional**. Revista Direito Ambiental e sociedade, v. 3, n. 1, 2013 (p. 241-260) p.255 – 256.

## Como o Direito Ambiental Internacional, Inserido no Contexto dos Direitos Humanos, Pode Levar à Possibilidade De Ingerência na Soberania Estatal

leis ou tratados. A implementação de tais medidas não importa em renúncia à soberania do Estado, tampouco solapa a autodeterminação dos povos, conquanto não causem danos ambientais extraterritoriais. Nesse toar versam os princípios 21 e 22 da Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, conhecida por Declaração de Estocolmo (1972)<sup>32</sup>, ratificados na Declaração do Rio-92<sup>33</sup>.

No âmbito das Nações Unidas e de seu Conselho de Segurança, o direito de intervenção vem progredindo, abrangendo a legítima defesa, a intervenção solicitada, a legítima defesa coletiva e a intervenção humanitária.<sup>34</sup> Similarmente à assistência humanitária contida nas resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas, no caso de acidentes ambientais de grande envergadura é viável admitir-se a intervenção e assistência ecológica automática, sem necessidade sequer de requerimento pelo Estado nacional de origem. A soberania, como expressão absoluta e intocável do poder estatal já não se faz mais factível, Bartoli(2011).<sup>35</sup>

### 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito humano ao meio ambiente, assim como sua essencialidade para o exercício dos demais direitos fundamentais, como até aqui exposto, defronta-se com a negligência dos governos mundiais, com a injustiça ambiental e com a degradação do meio ambiente. Não se pode mais admitir a inobservância de direitos fundamentais devido a interesses econômicos exacerbados, travestidos de direito ao desenvolvimento, e sob suposto escudo da soberania, o que ocorre, mormente, por parte dos países mais desenvolvidos, em rompimento, inclusive, a compromissos assumidos perante a comunidade internacional.

Na contemporaneidade, os danos ambientais desconhecem fronteiras. Analogamente, aduz-se que a legislação protetiva também necessita, respeitados os direitos

---

<sup>32</sup>Princípio 21 Em conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de direito internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos em aplicação de sua própria política ambiental e a obrigação de assegurar-se de que as atividades que se levem a cabo, dentro de sua jurisdição, ou sob seu controle, não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora de toda jurisdição nacional. P. 22 Os Estados devem cooperar para continuar desenvolvendo o direito internacional no que se refere à responsabilidade e à indenização às vítimas da poluição e de outros danos ambientais que as atividades realizadas dentro da jurisdição ou sob o controle de tais Estados causem a zonas fora de sua jurisdição. Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano. ONU, 1972.

<sup>33</sup> ORGANIZAÇÃO, das Nações Unidas. **Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento** - Declaração do Rio, 1992.

<sup>34</sup>BARROS-PLATIAU, *ibidem*. P.132.

<sup>35</sup>“A comunidade internacional foi obrigada a admitir que o sacro santo princípio da soberania não pode opor-se à extensão de sua competência às ‘ameaças contra a vida humana’ e ‘às ameaças à dignidade do homem’, que resultam das catástrofes naturais ou das situações de emergência da mesma ordem (resolução 43.131 de 6 de dezembro de 1992), ou ‘das ameaças contra a paz e a segurança internacionais (resolução 794 de 3 de dezembro de 1992)’ BARTOLI, Henri, 1999. P.138, apud CARVALHO, Edson Ferreira de. **Meio Ambiente & Direitos Humanos**. 2ª edição Revista e Atualizada, Curitiba, Ed. Juruá, 2011, p. 311.

## Como o Direito Ambiental Internacional, Inserido no Contexto dos Direitos Humanos, Pode Levar à Possibilidade De Ingerência na Soberania Estatal

dos Estados, não se deixar limitar às fronteiras políticas, havendo ainda tímida resposta a nível internacional, como a recente abertura do Tribunal Penal Internacional a casos ambientais.

As possibilidades doutrinárias já se encontram delineadas, em evolução tanto no sentido do reconhecimento do direito humano ao meio ambiente, como na observação obrigatória das normas de direitos humanos, com submissão à competência do direito internacional, independente de adesão e possibilidade de intervenção em direitos humanos diante da inércia da competência interna do Estado, levando à relativização da soberania, sem haver a quebra deste princípio.

Em um sistema em que haja controle judicial internacional, sua mera existência, *per se*, já poderia potencialmente coagir a dar respostas hábeis nas esferas das competências internas, ou mesmo ao ator internacional, seja governo ou empresa, para antecipar-se e repensar sua forma de atuação frente à questão ambiental. Porém, na falta de respostas hábeis nas instâncias de competência interna, de modo a causar injustiça ambiental e/ou atingindo gravemente o espaço extrafronteiras, a ingerência operar-se-ia de forma a obter a necessária medida à interrupção e mitigação dos danos. A jurisdição obrigatória e a possibilidade de intervenção internacional dão a necessária efetividade ao Direito Ambiental Internacional, protegendo o meio ambiente da vontade política e econômica, dando preponderância aos direitos fundamentais.

Tal evolução é urgente, no entanto, deve-se atentar, para que os limites da ingerência ambiental sejam bem definidos, visto o risco de que, a seu pretexto, sejam feitas perseguições políticas e econômicas no âmbito internacional. Daí, a necessidade de um órgão judicial que a controle de forma isenta, transparente e apolítica, dando previsibilidade e segurança jurídica ao homem e suas necessidades inerentes.

## REFERÊNCIAS

BARROS-PLATIAU, Ana Flávia Barros e VARELLA, Marcelo Dias. **A efetividade do Direito Internacional Ambiental**, Brasília, Editora UNICEUB, UNITAR e UnB, 2009.

BECK, Ulrich. **Sociedade do risco**. 2010, p.230, apud FERREIRA, Leila e BOSCO, Estevão. **Sociedade mundial de risco: teoria, críticas e desafios**. Sociologias. Porto Alegre, ano 18, nº 42, mai/ago 2016.

BRANCHER, Deise Salton. **A emergência do direito ambiental internacional**. Revista Direito Ambiental e sociedade, v. 3, n. 1, 2013 (p. 241-260).

CARVALHO, Edson Ferreira de. **Meio Ambiente & Direitos Humanos**. 2ª edição Revista e Atualizada, Curitiba, Ed. Juruá, 2011, 648 p.

Como o Direito Ambiental Internacional, Inserido no Contexto dos Direitos Humanos, Pode Levar à Possibilidade De Ingerência na Soberania Estatal

COGO, Rodrigo. **Considerações sobre a ingerência interestatal no cenário jurídico internacional**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2745, 6 jan. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18207>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

DELGADO, Vladimir Chaves. **A Soberania dos Estados Face a Questão da Ingerência Humanitária no Direito Internacional Público**, 2005. Brasília. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21975-21976-1-PB.pdf>>. Acesso em: 19. nov. 2018.

Global Justice Now. **Corporations vs governments revenues**: 2015 data. 2016. Disponível em: [http://www.globaljustice.org.uk/sites/default/files/files/resources/corporations\\_vs\\_governments\\_final.pdf](http://www.globaljustice.org.uk/sites/default/files/files/resources/corporations_vs_governments_final.pdf)>. Acesso em 29. ago. 2018.

MIRANDA, Jorge. Texto baseado nas notas taquigráficas de conferência proferida no Seminário Internacional “**O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira**”, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 30 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília-DF. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/dih/dih\\_miranda.html](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/dih/dih_miranda.html)>. Acesso em: 15. nov. 2018.

Nações Unidas No Brasil – ONUBR. **Relator e chefe ambiental da ONU cobram reconhecimento do direito humano a um planeta saudável**. 05 de junho de 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/relator-e-chefe-ambiental-da-onu-cobram-reconhecimento-do-direito-humano-a-um-planeta-saudavel/>. Acesso em: 14. out. 2018.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, ONU, 1972**. Disponível em: [www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/\\_arquivos/estocolmo.doc](http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc) Acesso em: 14.nov.2018.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça da ONU**. Disponível em: <https://www.unric.org/html/portuguese/charter/Estatutotij.pdf>\_Acesso em: 01.out.2018.

\_\_\_\_\_. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1992**. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ea/v6n15/v6n15a13.pdf>>. Acesso em: 15. nov. 2018.

PEGADO, Myrza. **A Justiça Ambiental**. JUS. Março de 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/47150/a-justica-ambiental>>. Acesso em: 01. nov. 2018.

RODRIGUES, Melissa Cachoni. **Direito internacional ambiental: a proposta da criação do tribunal ambiental internacional**. Curitiba, editora Juruá, 2013, 108 p.

SANTOS Maureen; TRENTIN Melisandra. **Sociedade civil, meio ambiente e mudanças climáticas**. IFIBE, 2012. Disponível em: <<https://www.ritimo.org/Direito-Humano-ao-Meio-Ambiente>>. Acesso em: 25. out. 2018.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. **Teoria do Estado e a Unidade do Direito Internacional: domesticando o rinoceronte**. Arraes editores, 2016.

## SMARTCITYS, PORTUGAL E A UNIÃO EUROPEIA

Samuel Sampaio Evangelista <sup>1</sup>

Greice Kelly dos Santos Silva <sup>2</sup>

**RESUMO:** Portugal é o atual destino das inovações do século XXI em termos de organização urbana através do governo administrador juntamente a parcerias público privadas, as assim denominadas “SmartCities” ou em uma terminologia mais frequentemente usada “smartcitys”. Este relatório visa debater as características urbanas das cidades de País de promissor futuro econômico com conceitos e formação de ideias inovadoras que venham a agrupar o conhecimento de quem compreende as novas tecnologias e quais são os desafios de administrar e conduzir uma cidade inteira, seus cidadãos e os seus recursos, para um futuro sustentável e até de certa forma utópico. No dia 12 de abril de 2018, na feira mundial de tecnologia que ocorreu em Lisboa, uma das exposições arrebatou as atenções com um painel informativo e de debates sobre o projeto piloto ambicioso e inovador, porém possível, a Sharing Cities que conecta seis cidades globais em termos econômicos, culturais e de crescimento estável, são estas, Lisboa, Milão, Londres, Varsóvia, Burgas e Bordéus, e apoiado pelo Programa Horizonte 2020, fruto de intensas negociações entre agendas econômicas da união europeia para o fortalecimento do grupo no seu papel político e econômico perante o mundo e que busca compartilhamento de informação para a concepção de cidades de fato inteligentes, ou seja, com índices aquém dos atuais em termos de poluição, além disso mais eficiência e força de matrizes energéticas, o crescimento da produção de fontes sustentáveis de energia, melhor mobilidade urbana, maiores oportunidades de emprego além do favorecimento do empreendedorismo, mais abrangência aos serviços básicos e a cultura além do maior conhecimento da população utilizando com recursos disponibilizados pelas novas tecnologias de inteligência e informação garantindo direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** SmartCities, Empreendedorismo, Direitos Fundamentais.

### 1. Smart Cities: Cidades Inteligentes em Portugal e o Papel no seu Desenvolvimento.

Atualmente o conceito “Smart Cities” não nasce exclusivamente conexo à ação, à mobilidade, às plataformas digitais ou à sustentabilidade. Brota especialmente associado à concepção de oportunidades, estas unidas à averiguação e à educação que proporcionam a concepção de interesses nos mais múltiplos âmbitos. Oportunidades para pensar sobre o futuro da disposição das nossas cidades. As cidades inteligentes são a mais atual forma de planeamento urbano adequado de contestar às novas teses alocadas pelas modificações que as cidades atuais têm vindo a padecer. A população urbana tem vindo a acender desenfadadamente, onde diversos

---

<sup>1</sup> Advogado. Mestrando em Direito Público pela Universidade Lusófona do Porto (ULP). Endereço eletrônico: samuelsampaio.adv@gmail.com

<sup>2</sup> Advogada. Mestranda em Direito Público pela Universidade Lusófona do Porto (ULP). Endereço eletrônico: greicekdossantos@yahoo.com.br



estudos apontam que a população terrestre, que tem migrado em grande escala das áreas rurais as zonas urbanas, verá o fluxo migratório aumentar vertiginosamente nos próximos anos e irão transferir-se e buscar moradia nas cidades nas próximas décadas, colocando-se em uma circunstância sem precedentes.

Desta configuração, apela-se aos padrões de cidades inteligentes para afirmar um incremento urbano sustentável, com alicerce nas novas tecnologias, apelando, especificamente aos sistemas de ciência geográfica. Com o atual relatório anseio permanecer a admitir como este conceito apareceu primeiramente, quais os exemplos e planos em curso, qual a conjuntura das cidades inteligentes em Portugal, apuser um exemplo adequado baseando em determinados indicadores, sobrepostos a Portugal, avaliar os efeitos e, por conclusão, avaliar um pouco dos instrumentos disponibilizados pelos sistemas de informação geográfica e sua interação com as legislações locais.

As cidades compõem um sistema de interligação entre habitantes, interesses, meios de transporte, convívio, tecnologia, educação e artes, e o crescimento populacional cada vez mais ascendente em torno dos núcleos urbanos e o aumento de urbanização fazem com que a cifra dos problemas de viés técnico, socioeconómico, sustentável ambientalmente e organizacional cresça. O desenvolvimento de diversas zonas urbanas tem provocado engarrafamentos no tráfego de mobilidade urbana particular, ou seja, carros privados, poluentes e ampliação da desigualdade social. Afora das inovações hipotéticas urbanas, é nas cidades e grandes zonas urbanas, que se acha o máximo número de pessoas com capacitações, inventividade e espírito empreendedor, fazendo com que exista o máximo de agrupamento de informação, conhecimento técnico e ciência. Afora isso, as zonas urbanas comportam empreendimentos de grande porte e networks de investimento, que podem vir a oferecer oportunidade para a inovação. Assim, com este aumento urbano sem precedentes, os condutores ou entes públicos têm que seguir inovações e medidas adequadas de planeamento e de gestão pública urbana, de forma a tornar-se atraente para povos, labutadores e trabalhadores permanentes e temporários, turistas e empreendimentos, necessitando ainda alcançar fornecer às comunidades a aptidão de superar problemas corriqueiros em vez de apelar aos insuficientes recursos do governo.

Para que estes assuntos constituam em temas resolvidos, apresentam diversos juízos e planos para soluções com alicerce na tecnologia, tendo em vista o desenvolvimento sustentável das cidades e as zonas urbanas em geral. Por isso, são acatadas três enormes frentes: o impacto ambiental, o crescimento económico e o desenvolvimento social. Estas soluções dispõem-se a concepção de cidades “smart”, “inteligente” ou “creative”. De tal modo, a seriedade das cidades inteligentes também versadas como smart cities, tem crescido entre os dirigentes políticos e ficaram

a tornar-se, mais recentemente, a lei ao oposto da exceção no que fazemos referência ao incremento do planeamento da gestão das cidades atualmente. Mas porque a apreciação do conceito de cidade inteligente é também bastante jovem, a sua significação cunha muita desarmonia entre os múltiplos autores.

Não obstante, vê-se a existência de uma sensata concordância nos limites que precisam ser estimadas na gestão de uma cidade inteligente, constituindo estas os tópicos de: edificado, energia, ambiente, administração, qualidade de vida, mobilidade, educação e saúde, tendo ininterruptamente por base o subsídio das tecnologias de informação e comunicação, os aparelhos e as aplicações, que necessitam estar conectadas numa plataforma singular e única, neste caso necessitando da participação da parceria pública e privada.

As cidades inteligentes, que já estão a dispor das inovações tecnológicas para fornecer atividades e demais funções e atribuições a elas conferidas, as desempenham de maneiras mais competentes, protegidos e sustentáveis, virando um assunto proeminente adentro do grupo tecnológico, vindo com que concepções de cidades inteligentes constituam adiantados em todo o mundo, designados para convidar habitante da cidade e demais zonas urbanas com excedente populacional sem estar devidamente empregado por exemplo ou desamparado dos seus direitos fundamentais, sendo uma forma não só de maneira econômica, mas também por meio da qualidade de vida e qualidade do status quo social, contrapondo, desta maneira, às obrigações comparecidas pelas cidades contemporâneas como foi mostrado nos argumentos anteriores.

Esta inovação de planeamento urbano desfruta das tecnologias de informação e comunicação para conduzir, dirigir e otimizar as já existentes bases da infraestrutura urbana e arquitetar além disso eficientemente novos empreendedores, para fornecer empregos restaurados e mais competentes para os habitantes da cidade, indicando normas de cooperação entre diferentes âmbitos e concretizar interesses inovadores para o domínio público e privado.

## **2. A Cultura do Futuro da Lei Sobre a Sustentabilidade.**

Levando em conta tudo que se aludiu, é possível e admissível pensar em formas de harmonizar a urbanização, a eficiência, a proteção do meio ambiente pela administração pública e o desenvolvimento econômico responsável e sustentável, especificamente na aba sociológica, antropológica do planeamento e por consequência dos meios de sustentabilidade ambiental assim como o social, visto isso ser do interesse público, além disso o indivíduo humano, enquanto núcleo, nos dias de hoje, diga-se de passagem, de basicamente todas as coisas, é um habitante civilizado, precisando, nesta categoria, afiançar ou pelo menos arriscar-se, no que diz respeito a continuação

para si e para a sua prole futura, estabelecendo assim um ciclo de estabilidade para sua vivência com a probidade da fauna e flora nativa de sua região, buscando sempre ao melhor para todas as espécies.

A palavra-chave para alcançar essa ininterruptão pode-se achar nas obras objetivamente com foco na tecnologias sustentáveis, em um objetivo e ambição de que deste ou desse ou daquele modo seja realizado tal projeto, acontecendo sucessivamente um denso método de conscientizar, tornar a gestão territorial um hábito e desenvolver a sensibilização de que tais métodos de conscientização são de imensa importância, de modo a ser adequada a natureza silvestre e a natureza humana.

De que maneira que irá poder o cidadão ser mais sustentáveis? Como decorrência deste estudo, é possível constatar que as administrações governamentais, embora que apresentem raro conhecimento tirocínio no assunto, acha-se cada vez mais zonas urbanas conscientes de seu papel de exercer a obrigação de abraçar táticas globais para modificar-se as cidades atuais em sistemas eficientes e principalmente sustentáveis, e não obstante realizar atos para defender esta transformação, especificamente por meio da legislação, regulamentação do planejamento urbano e das regras consistentes com a referente à despesa pública. É sensato que este tema vital, da sustentabilidade e organização ambiental ou mesmo da apropriada solidez urbana e da habitação digna de seus cidadãos nos leva até determinadas linhas dos direitos fundamentais no que vem a dizer respeito aos valores do homem, isto visto nitidamente na literatura jurídica e científica várias são as soluções possíveis.

### **3. Políticas de ambiente e desenvolvimento sustentável da agência portuguesa do ambiente.**

A Agência Portuguesa do Ambiente apreende a função categórica na atenção das políticas públicas de ambiente e desenvolvimento sustentável da república portuguesa. Compete ainda anunciar noção proeminente sobre assuntos e tópicos de esfera que seja de interesse a comunidade nacional e também a internacional visto os diversos tratados e associações a qual a república de Portugal faz parte e mantem relações externas, com um cenário a promover o referente acompanhamento de diversos projetos e iniciativas de instalações de smart citys nas zonas urbanas portuguesas pelos membros presentes com autoridade para reger a política ambiental nacional no âmbito público assim como estabelecer parcerias público privadas. No presente relatório busca-se colocar em debate as basilares guias políticas nacionais e comunitárias em tema de que se trata o meio ambiente e o desenvolvimento sustentável. Abordar de uma primeira maneira, o que se

almeja, visto o grande pragmatismo político que enfrentamos nas casas legislativas europeias e mundiais, cheguem a ser constantemente moderna e aprofundada de acordo com a escala demandadas pelos os cidadãos dispostos nas cidades.

Uma ação que consente a interseção de diversas séries de atuação política, são as políticas de cunho económico e social, efetivos para a população e na esperança da evolução das questões ambientais, visando como exemplo a obrigação de diminuição da “pegada ecológica” deixada pela ocupação humana em um determinado espaço, políticas de amparo ao património cultural e de ordem económica com a imputação de subsídios públicos, como programas de apoio à habitação planejada, o REHABITA, Regime de Apoio à Recuperação Habitacional em Áreas Urbanas Antigas, regulamentado pelo Decreto-lei n.º 105/96, de 31 de julho, incide em uma expansão do programa RECRUA, que envolve edificações localizados nos centros urbanos históricos declarados espaços de recuperação e conservação urbanística que tenham planos de urbanização ou normas urbanísticas aprovadas e nas áreas históricas habitacionais, mas desde que envolvidos pelo acordo firmado entre CM e IHRU.

Visto a análise de desenvolvimento sustentável e de coesão territorial do estado Portugal, aplica-se determinados instrumentos eficazes para a tática de desenvolvimento sustentável do País como neste contexto o Decreto-Lei n.º 207/2006 de 27 de Out. a Lei orgânica do Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional (MAOTDR) que em seu Artigo 1.º, traz a sua incumbência, o MAOTDR, é o setor governamental que tem por obrigação deliberar, executar e ordenar as políticas de ambiente, de ordenamento da jurisdição e zonas urbanas e rurais e de desenvolvimento regional, além de dispor-se a coordenar integralmente a política de coesão em Portugal, em um aspecto de desenvolvimento sustentável e de coesão e integridade territorial. A Europa está hoje em dia afrontada com o duplice desafio de incitar o desenvolvimento imperativo para a criação de empregos, o estímulo ao empreendedorismo e a qualidade de vida para os habitantes das cidades e de avaliar que a propriedade de desenvolvimento os guie a um futuro sustentável, com uma pequena pegada ecológica e de baixo lançamento de carbono no meio ambiente.

Os últimos 40 anos foi estabelecido na jurisdição da União Europeia um extenso programa de estudos e de legislação ambiental que inspirou diversas outras ao redor do mundo, que colaborou para o acervo jurídico e normativo mais compreensivo, visionário e atualizado do planeta, e consistir em efetivar avanços abundantes em diversos campos do planejamento público sustentável, E o seu impacto positivo não só para o meio ambiente, mas para as pessoas que através da qualidade de vida que é ampliada através da engenharia urbana ambiental são ferramentas efetivas e extremamente ativas no desenvolvimento de suas funções no crescimento do país, além

do aumento cada vez maior da participação da população no assunto que mostra de fato que o assunto requer uma grande atenção dos eleitos ao parlamento visto ser uma necessidade imediata exigida pela população consciente de suas obrigações para com a preservação de nossas cidades e nosso meio de vida.

Permanecem, contudo, a ser inquietantes diversas das disposições ambientais ressaltadas e, apesar de inúmeros países afrontem os dados e a necessidade de se investir em políticas ambientais, para fazer frente ao atual colapso económico, a existe uma grande necessidade nas melhoras estruturais governamentais para ter condições de ofertar novidades em termos de oportunidades para se prosseguir para um nível económico capaz de se fazer um concorrente frente as grandes economias, mas com um diferencial que irá chamar atenção, ser um player económico que apoia e incentiva as políticas verdes e inclusivas nos sentidos tecnológicos e sociológicos. Vale incluir os alicerces da Política de Ambiente nacional portuguesa e destacar os dados de alusão a nação portuguesa em que são o princípio da fundação do devido acervo jurídico e normativo em vigor e as direções para os empreendimentos a estimular e desenvolver nos próximos anos, visto que a Lei de Bases do Ambiente foi revista recentemente pela Lei n.º 19/2014, de 14 de abril, que atualiza o documento pioneiro inicial, focalizando-se em conceitos adaptados aos novos tempos, colocando em consonância com as convenções e tratados modernos e recentes que buscam o desenvolvimento económico e crescimento do estado como a o desenvolvimento de novas tecnologias, contudo estas devem ser capazes de coexistir no meio ambiental sem destruir ou causar danos irreversíveis, dando um novo conceito aos países de primeiro mundo quanto sua conotação global com legislações que protegem seus recursos e os utilizam de maneiras sustentáveis em todo o seu território, em termos de zonas urbanas de grande ou pequeno porte, além das políticas ambientais para zonas rurais.

#### **4. Considerações Finais**

Por tudo o que veio a ser publicado neste relatório, é admissível que, em benefício do fenómeno das smartcitys e do planeamento da urbanização ecológica e sustentável, os amontoados urbanos são um atributo da aparência humana na Terra e que os seus choques se despontam sem precedentes na adulteração da humanidade com o mundo. Hoje as populações foram vítimas do evento das superlotações e mal planeamento de zonas urbanas e aconteceu de virem a se agrupar cada vez mais nas circunferências, comunidades, cidades satélites e periferias, sendo excluídas de uma forma indireta, por assim dizer, do acesso aos aparelhos estatais e serviços em geral, o que

provoca o acréscimo das disparidades sociais e a ausência de qualidades no acesso a um domicílio ou habitação dentro das condições mínimas exigidas pela dignidade humana.

É de modo eminente e urgente achar soluções para as inquietações políticas, administrativas, sociais, económicas, de qualidade de vida e ambientais em termos de sustentabilidade, subjacentes ao efeito da urbanização desenfreada e mal organizada, que são itens do encargo de todos, pois, cada vez mais o ser humano deve, pelo menos, tentar garantir a continuação para si e para as gerações futuras, o que claro não tira ou exime o governo e a administração pública da responsabilidade de tentar provar o direito fundamental de cada cidadão sob sua proteção sentir ter um lar dentro de sua cidade natal, compatibilizando a sua experiência com o ajustamento do ambiente nativo, mirando de tal modo o mais perfeito da melhor maneira possível para todos. A obrigação de elaborar uma inovação sensibilidade no que pensar a respeito às teses sociais no campo do planeamento urbano e em especial smartcitys, hoje temos políticas por muitas vezes implementadas pelo ente público que nos induz a entender um urbanismo de característico igualitário, enquanto o efeito da evolução urbana.

Contudo, obra dos choques sociais calamitosos, consistir em empenhados a seguir na direção de um urbanismo de incremento social, visto que haverá políticas de acessibilidade sem privilégios, mas sim com uma distribuição dos serviços e monitoramentos das informações colidas dentro do campo da zona urbana para o cuidado e diminuição das enfermidades sociais de uma cultura urbana.

Aqui o sentido pede uma alteração de padrão ao plano legislativo, científico, doutrinal, cultural, jurisprudencial, investigativo, político, administrativo, económico, social e até mesmo o individual, direito este que sucessivamente se cristaliza como um ente do direito moderno em uma adoção de consciência individual, atual, assim como na figura governamental, figura exta de extrema importância no campo de questões de urbanismo inteligente visto que o ente público colabora diretamente nas políticas de aplicação de modelos benéficos ao interesse público de modo a robustecer o crescimento sustentável.

Muitos juristas creem que uma eficaz prática do princípio do desenvolvimento sustentável, a regulação do uso do solo constituirá muito mais que uma simples demarcação do direito de propriedade, mas sim, um agudo organismo administrativo, altamente politizado de medidas ajustadas pré-ordenadas a alocar o Homem no núcleo do planeamento urbano e de combate aos choques negativos do contemporâneo “século das cidades”. Com isso a ala social da busca pela sustentabilidade se percebe como de importância capital no procedimento de acréscimo do homem em uma coletividade em que exista uma eficaz justiça social a ser conjugada com a dignidade da

pessoa humana e seus direitos fundamentais assegurados pela constituição nacional portuguesa, onde em um nexo de cuidado da supressão social e ascensão da inclusão e conexão social.

De tal modo, determinadas soluções registradas acertam pela aposta no zoneamento de abrangência ou de inclusão, que é uma espécie de mistura igualitária, de um modo funcional, alcançada já em alguns pré-projetos de smartcitys nos estados unidos da américa pelo meio de medidas de meios competentes que defendam a admissão dos seus parentes e agregados, requerendo a disseminação territorial das linhagens sociais mais carentes socialmente falando na revitalização urbana para defender os direitos fundamentais dos cidadãos, fato que vem estimular a qualificação e conexão dos espaços urbanas notadamente vulneráveis em amplos aspectos já abordados, por meio de uma nova maneira de cautela e gestão cuidadosa dos recursos públicos, como a ascensão da igualdade de acesso as oportunidades dos habitante da cidade no acesso às infraestruturas gerais aqui apresentadas tais como, segurança social, serviços e cátedras urbanas, de feito a requerer a abrangência social e a conexão territorial, pelo meio da prevenção da importância dos valores e preceitos da civilidade e do meio social e cultural das comunidades locais, entre outros patrimônios inestimáveis, mas que não podem ficar alheios as novas tendências mundiais.

O planeamento urbano, as smartcitys, vem oferecer específica precaução à extensão e as pontuais carências de políticas sociais da sustentabilidade, aguçando as opiniões de igualdade, justiça e justa repartição dos valores gerados pelos cidadãos. O princípio do desenvolvimento sustentável comparece ao ordenamento jurídico como uma garantia de bom senso dentre o avanço económico, a sustentabilidade ambiental e a justa partilha social. Visto que a organização e o planeamento do território mira agregar o crescimento social, a modificar-se, de tal modo, em um plano coeso, de abrangência social, aperfeiçoando o funcionamento das nossas cidades e patrimônios culturais, quão grandemente um material de humanização das zonas urbanas e de concretização de direitos.

Esperamos também que é admissível a concepção de cidades afáveis e seguras, através das aperfeiçoamentos de exercícios de administração e planeamento urbano além de que aos adequados modelos e que, com o crescimento da consciência da civilização de sustentabilidade, significará ser crível harmonizar a urbanização e o crescimento socio e ambientalmente sustentável, isto seria a visão jurídica da smartcitys, um espaço nomeadamente na aba social do planeamento e por consecutivo num espaço seguro, onde a harmonia impere como um exercício utópico para que utilizemos de toda nossa civilidade e evolucionismo para através da sustentabilidade inteligente sanar nossas maculas que ainda nos dias de hoje existem no meio social.

## 5. Referencias Bibliográficas

- Canotilho, José Joaquim Gomes, Estado de direito;
- Coronel, Daniel Arruda, Doutorando em Economia Aplicada pela Universidade Federal de Viçosa (UFV), Ética e desenvolvimento sustentável;
- Correia, Fernando Alves, Manual de Direito do Urbanismo – Volume I, 4ª Edição, Almedina;
- Georgescu-roegen (1971), N. The Entropy Law and the Economic Process, Cambridge, MA: Harvard University Press;
- Georgescu-roegen (1976), N. Energy and Economic Myths, New York: Pergamon Press;
- Herbert, Girardet (2004), Criar Cidades Sustentáveis;
- Oliveira, Fernanda Paula (2012), Novas tendências do Direito do Urbanismo, De um urbanismo de expansão e de segregação a um urbanismo de contenção, de reabilitação urbana e de coesão, Coimbra, Almedina, 2ª edição;
- Nóbrega, Manuel António Góis, Reabilitação Urbana o atual regime jurídico, prefácio do Sr. Professor Doutor Marcelo Rebelo de Sousa;
- Soares, Everton Gurgel (2012), “Sustentabilidade Social, Planeamento Urbano e Zoneamento de Inclusão”, Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território – Estudos (Coordenação de Fernanda Paula Oliveira), Coimbra, Almedina.



## EXISTE LIMITAÇÃO A UTILIZAÇÃO DA RELIGIÃO COMO INSTRUMENTO DE SELETIVIDADE PENAL?<sup>1</sup>

Myrna Alves de Britto<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente trabalho busca enfocar o uso da religião como instrumento de seletividade penal, ao longo dos tempos, e o temido retorno deste poderoso instrumento em face do cenário político intolerante que se instala no mundo contemporâneo. A seletividade é objeto de estudo da Criminologia, divide-se em primária e secundária, aliadas a seletividade negativa. Consistindo em analisar quais parâmetros são utilizados para estabelecer quem e quais comportamentos serão objeto de sanção por parte do Direito Penal, quais condutas merecem a tutela jurisdicional. Existe limitação a utilização da religião como instrumento de seletividade penal? esta é a pergunta que este trabalho busca responder, apesar da plena consciência que esta não será uma resposta terminativa, tampouco elucidará de todo o problema; se buscará identificar o limite perceptível, se é que o mesmo existe, neste tema tão profundo. começaremos a construção com a explicação do surgimento do direito de punir como conhecemos hoje, em matéria penal, no Capítulo 1. Em um segundo momento, no Capítulo 2, será necessário apontar a importância que a religião ostenta desde épocas remotas até o momento presente, descartando porém os momentos em que houve o seu desprestígio, uma vez que para fins deste trabalho, importa-nos a sua ostensiva influência. Essa é a motivação do subcapítulo que trata da Inquisição, abordada no subcapítulo 2.1. Destacamos a importância da separação Estado-Igreja, ao analisarmos os instrumentos utilizados pela Criminologia, no campo da seletividade, no subcapítulo 3.1, para estarmos aptos a entender como a atividade legiferante, tratada no subcapítulo 4.2, sofre influência direta das bancadas religiosas, basicamente explicada no subcapítulo 4.1; o mal que essa influência já ocasionou, como na Inquisição, e o risco que estamos correndo contemporaneamente com a tentativa de controle social, devidamente abordado no Capítulo 3, por parte de setores fundamentalistas em matéria religiosa, em sua atuação nas casas legislativas. Por fim, a autora analisa o projeto de Lei 1276/19, que busca aprovação do crime de blasfêmia, com sua anexação ao rol de crimes do artigo 208 do Código Penal, no Subcapítulo que leva o nome do projeto de lei.

**Palavras-chaves:** Direito. Penal. Laicidade. Religião. Poder. Lei. Criminalização.

Seletividade. Inimigo.

**ABSTRACT:** The present work seeks to focus the use of religion as an instrument of criminal selectivity, over time, and the dreaded return of this powerful instrument in the face of the intolerant political scenario in the contemporary world. The selectivity is object of study of Criminology, is divided into primary and secondary, allied to selectivity negative. Consisting of analyzing which parameters are used to establish who is which penalties will be sanctioned by the Criminal Law, which conduct deserve judicial protection. Is there limitation the use of religion as an instrument of criminal selectivity? this is the question that this tries to respond, despite the full awareness that this will not be an answer. It will not elucidate the whole problem; it will be sought

---

<sup>1</sup> Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, em 12 de abril de 2019, tendo sido aprovado com a nota máxima.

<sup>2</sup> Bacharelada de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, endereço eletrônico myrlemy1@gmail.com.

to identify the limit perceptible, if there is one, in this profound subject. We will start construction with the explanation of the emergence of the right to punish as we know today, in matters Chapter 1. In a second moment, in Chapter 2, it is necessary to point out the importance that religion boasts since ancient times until discarding, however, the moments in which there was his desprestígio, since for the purposes of this work, we care for its ostensive influence. This is the motivation of the subchapter dealing with the Inquisition, discussed in subchapter 2.1. of State-Church separation, when analyzing the instruments used by Criminology, in the field of selectivity in subchapter 3.1, in order to be able to understand how the activity legislate, treated in the subchapter 4.2, suffers direct influence of the religious, basically explained in subchapter 4.1; the evil that this influence has already caused, as in Inquisition, and the risk we are running concurrently with the attempt to control duly discussed in Chapter 3 by fundamentalist sectors in religious activity, in its work in the legislative houses. Finally, the author analyzes the Law 1276/19, which seeks approval of the crime of blasphemy, with its annexation to the list of crimes of article 208 of the Criminal Code, in the Subchapter that bears the name of the bill.

**Keywords:** Right. Criminal. Laicity. Religion. Power. Law. Criminalization. Selectivity. Enemy.

## INTRODUÇÃO

Partidos políticos de cunho religioso em Repúblicas que se supõem laicas, a legislatura em nome de Deus, e o Direito Penal, sendo como o é, importante braço disciplinador do divergente, sendo usado para impelir comportamentos morais de um determinado grupo que alça o poder sobre os seus dominados.

Mais que evidente, na contemporaneidade, a importância desta garantia fundamental que vem sendo mitigada por uma crescente incursão de entidades religiosas, na vida política pátria, não como representação de um nicho da sociedade, que busca defender seus interesses, e sim como forma de dominação dos seus pares, julgados como inferiores, inimigos.

As disposições protetivas do “Estado constitucional” esbarram na realidade empírica da intolerância, que não é vencida, até mesmo devido às desigualdades sociais e econômicas, impeditivas da organização daqueles grupos historicamente desfavorecidos. Ademais, enfrenta-se atualmente o “desafio do fundamentalismo”, “fenômeno cultural” que, principalmente em sua vertente religiosa, desconstrói as bases do “estado democrático de direito, haja vista seu potencial de infiltração em “partidos e associações”.

Imperioso se faz o cuidado com estas infiltrações, vez que a elaboração de leis penais, se refere a condutas e atos; feita em geral, pelos legisladores. Esta forma de seletividade primária, que busca identificar quais condutas merecem a tutela estatal, é a porta para muitas formas de discriminação, transmitindo aos grupos desprivilegiados um sentimento de menos valia, de submissão, de inferioridade.

Não obstante se tratar o direito Penal de forma de legitimação da dominação, sua instrumentalização se dará pelo escalonamento da seletividade, e os grupos afetados, o serão em

menor ou maior proporção a depender de sua representatividade nos diversos grupos selecionantes, e este é o limite que se buscará identificar ao longo deste trabalho.

## CAPÍTULO 1. CONCENTRAÇÃO DO DIREITO DE PUNIR

Como alternativa à vingança, concentrando-se nas mãos do soberano, representativa do estancamento do derramamento de sangue entre os clãs, emerge a necessidade da concentração do direito de punir, decorrente do pacto social. Uma vez civilizada, uma sociedade não poderia mais tolerar que os seus cidadãos lutassem entre si e se matassem para vingar a morte de um dos seus, logo o soberano confisca para si a vítima<sup>3</sup>, de modo que esta passa a ser vingada pelo Estado, e toda ofensa torna-se diretamente uma ofensa ao Estado.

Como instrumento de controle social, o Soberano, passa então a fazer uso do direito penal. O direito penal, braço disciplinador do Estado, que inflige sanções àqueles que o ousam desafiar. Segundo GONZAGA<sup>4</sup>, o Direito Penal protegeu tanto bem materiais como imateriais, como a paz social, o pudor público, etc. se vinculando a religião, em regimes teocráticos, por “preocupações políticas”, onde a “noção de crime se confunde com a de pecado, de sorte que todo pecado deve ser punido pela Justiça terrena. O inteiro conteúdo do Direito Penal passa assim a ser formado pela religião.”

## CAPÍTULO 2. A RELIGIÃO

A Religião<sup>5</sup> se não permeia, interpenetra e, por diversas vezes, protagoniza as relações de poder ao longo da história da humanidade, tendo sido objeto legitimador do poder nas sociedades teocráticas, onde o Soberano estava revestido de um poder sacral, dado a ele pelos deuses; sendo muitas vezes, ele próprio, representante direto de Deus, impossível de ser questionado.

Essa importância se derivaria da influência que a própria Religião exerceria na vida das

---

<sup>3</sup> Esta apropriação da vítima faz sentido se pararmos para pensar que o Soberano é representante direto de Deus e seu poder decorre desta linhagem divina que possui./E, ainda, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.

<sup>4</sup> GONZAGA, João Bernardino Garcia **A Inquisição Em Seu Mundo / João Bernardino Garcia Gonzaga**. 4. Ed. São Paulo : Saraiva, 1993. págs. 113-114.

<sup>5</sup> A Religião será aqui tratada com enfoque nas religiões judaico-cristãs, uma vez que o Direito Penal brasileiro tem nelas suas origens e apesar de sabermos que “movimentos fundamentalistas podem desenvolver-se em “qualquer religião”, são mais comuns “nas três religiões monoteístas: judaísmo, cristianismo e islamismo” WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa Na Constituição: Fundamentalismo, Pluralismo E Crenças**. Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2007. p. 52 .

pessoas, como salientado por GONZAGA<sup>6</sup>.

Neste mesmo sentido, afirma BERGER<sup>7</sup>: “a religião legitima as instituições infundindo-lhes um status ontológico de validade suprema, isto é, situando-os num quadro de referência sagrado e cósmico.” A partir dessa interpretação é possível perceber que a relação de oposição se dá pela disputa pelos bens religiosos, ou seja, por quem presta o serviço religioso de forma correta, e essa forma correta se faz pela imposição de um poder, que nesse caso era religioso e também político.

Une a política, a Religião e o direito Penal, o desejo de uniformizar a nação, atribuindo à fé comum a unificação do povo e o fortalecimento do patriotismo, onde a religião cumpre seu papel político de instrumento de identidade nacional. Segundo, a religião deveria compelir os homens a boa conduta, freando as más paixões, educando-o, daí “a inclusão por diversos povos, em suas legislações de capítulos de ‘crimes contra a religião’<sup>8</sup>”.

## 2.1 A INQUISIÇÃO E O INIMIGO

Com a volta de Lutero ao Antigo Testamento, durante a reforma na Alemanha, e sua expectativa de atraí-los frustrada, os judeus passaram a ser perseguidos novamente, com uma política adversarial semelhante à de Maomé. Podemos afirmar que Lutero se utilizava de uma

técnica de demonização, que foi posteriormente chamada *Völkisch*<sup>9</sup>. A técnica que acompanhava toda a fabricação de um inimigo há muitos séculos: consistindo em alimentar e reforçar os piores preconceitos para estimular publicamente a identificação do inimigo de turno; esta definição é encontrada em *Direito do inimigo e cool*, escrito por ZAFFARONI.

A técnica *völkish*, foi amplamente utilizada contra os judeus e os ciganos, na Europa colonizadora, e posteriormente, contra os cristãos e protestantes. No Brasil, a perseguição aos escravos e suas religiões, bem como aos espíritas, por meio de um discurso tipicamente lombrosiano de higienização sanitária.

---

<sup>6</sup> GONZAGA, João Bernardino Garcia **A Inquisição Em Seu Mundo / João Bernardino Garcia Gonzaga**. 4. Ed. São Paulo : Saraiva,1993. pág:94.

<sup>7</sup> BERGER, Peter. **O dossel sagrado: elementos para uma teoria sociológica da religião**. São Paulo, Paulinas, 1985. p.46..

<sup>8</sup> GONZAGA, João Bernardino Garcia **A Inquisição Em Seu Mundo / João Bernardino Garcia Gonzaga**. 4. Ed. São Paulo : Saraiva,1993. pág:118.

<sup>9</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Buscando o inimigo: de Satán ao direito penal cool**. Trabalho destinado ao Livro Homenagem ao Prof. Giorgio Marinucci. Trad. Daniel Andrés Raizman e Fernanda Freixinho. Universidade de Buenos Aires, 2004. p.13.

“A Inquisição teve uma função social que transcende os limites da Igreja Católica. Foi um Tribunal Político que se utilizou de Deus, do “outro” e do “diferente” para manter os privilégios de uma minoria”<sup>10</sup>

## 2.2 LAICIDADE, LAICISMO E PLURALISMO<sup>11</sup>

Figura como marco da separação entre a Igreja Católica e o Brasil, o decreto 119-A de 07 de janeiro de 1890, de autoria de Rui Barbosa e que recepcionado pela Constituição de 1891, tornou o Brasil um Estado laico. Conforme afirma RANQUETAT JR<sup>12</sup>, “é preciso enfatizar que a laicidade é sobretudo um fenômeno político e não um problema religioso, ou seja, ela deriva do Estado e não da religião.”

A laicidade não deve ser confundida com o laicismo, onde qualquer religião é repudiada, sendo sinônimo de Estado antirreligioso, sendo a Religião vista de forma negativa, perseguindo-a. Consistindo em sua neutralidade, não sendo ateu nem confessional, situa-se o estado Laico, entre ambos, de modo a garantir que um não influa no outro.

O Brasil devido sua formação religiosa e a religiosidade de seu povo, está longe de ser um país laicista. O Brasil é um país plural, pois busca proteger o direito de professar a fé, assim como o direito de não professar fé alguma. O Estado deve se colocar, de forma a garantir a religiosidade e a sua não existência da mesma forma, não se colocando neutro nem tampouco abominando a religião.

## CAPÍTULO 3. CONTROLE SOCIAL

Controle social, conjunto de mecanismos, instituições, estratégias e sanções sociais, que visa submeter indivíduos de um grupo às regras do *establishment*, tentativa de manutenção do *status quo*, se utilizando de estratégias de atuação diversas (repressão, prevenção, ressocialização), gerando consequências positivas (ascensão, boa reputação) ou negativas (sanções), tendo por alvo destinatários bem particulares (criminoso potencial ou inimigo), que acabam estigmatizados.

---

<sup>10</sup> NOVINSKY, Anita Waingort. **Em Portugal, Delações E Resistência. Inquisição - Terror, Tortura E Morte Em Nome Da Fé.** Revista História Viva. Ano 1, N°10, AGO/2004.

<sup>11</sup>BRITTO, Myrna Alves de. **Acomodação como forma de limitação às liberdades religiosas.** In: A Cidadania religiosa num estado laico: a separação Igreja-Estado e o exercício da fé. Org. Aurélio Wander Bastos, Gilberto Garcia, João Theotonio Mendes de Almeida Junior, Joycemar Lima Tejo. 1 ed. Rio de Janeiro: PoD, 2018. págs; 155-164.

<sup>12</sup> RANQUETAT JR., Cesar. **Laicidade, Laicismo E Secularização: Definindo E Esclarecendo Conceitos,** Revista Sociais E Humanas. ISSN 2317-1758. Universidade Federal De Santa Maria. Centro De Ciências Sociais E Humanas. Rio Grande Do Sul, Brasil.V. 21, N. 1, JAN-ABR/2008. Disponível em <https://Periodicos.Ufsm.Br/Sociaishumanas/Article/View/37267/20035>. Acesso em JAN/2019.

O Labelling Approach surgiu num momento de lutas sociais nos Estados Unidos da América, em que o paradigma da defesa social surge para confrontar o etiológico. Sendo suas instâncias de controle, a formal e a informal. As informais são as da própria sociedade (família, escola, religião etc.). Já as formais são estatais (policial, judicial e executiva). As instâncias de controle definem quem será punido e como, remetendo a seletividade do sistema penal.

### 3.1 SELETIVIDADE PENAL

O sistema penal tem por função a pacificação social, bloqueando ações daqueles que ameaçam o domínio dos poderosos e impedindo a ruptura da estrutura social vigente. A criminalização passa por duas fases: a atividade legislativa (criminalização primária), quando são feitas as leis e determinadas condutas são sancionadas, e a atividade persecutória (criminalização secundária), quando os agentes do sistema penal, decidem mediante uma impossibilidade real de punir todos os praticantes de condutas primariamente criminalizadas, e têm que selecionar quais condutas terão preferência persecutória, e dentre elas quais serão os indivíduos também privilegiados com a punição. Segundo Vera Malaguti Batista<sup>13</sup>, a prisão não se dirige particularmente aos indivíduos infratores, e sim, à grupos sociais previamente definidos; são estes os hereges (estes nos importam particularmente neste trabalho), os deserdados, os perigosos, os inimigos; portadores da periculosidade ficta e da fúria persecutória do Estado.

## CAPÍTULO 4. PROJETO DE LEI 1276/19<sup>14</sup>

O Projeto de Lei busca punir os descrentes, aqueles que ataquem a Deus, fato que hodiernamente é típico de uma escalada crescente da intolerância religiosa, que é maximizada pelo aumento de representatividade religiosa em órgãos que detém prerrogativas legislativas.

---

<sup>13</sup> BATISTA, Vera Malaguti. Prefácio. In A miséria governada através do sistema penal, Alessandro de Giorgi, Coleção Pensamento Criminológico, v.12, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2006.p.7.

<sup>14</sup>Tipifica a conduta de blasfemar contra divindades e afrontar a fé alheia. O Congresso Nacional decreta: Art. 1º Esta lei tipifica a conduta de promover blasfêmia contra divindades e afrontamento à fé alheia. Art. 2º O Art.208, do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 208. Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso; **blasfemar publicamente de divindades com palavras ou qualquer tipo de manifestação, afrontando a fé alheia: Pena - reclusão de quatro a seis anos.**”(NR) § 1º. Se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência. § 2º. **Se o ato de blasfêmia acontecer durante evento promovido, custeado e/ou patrocinado com verba pública, o pagamento de cachê a quem blasfemou deverá ser anulado ou devolvido à fonte pagadora, caso já tenha sido efetuado.** § 3º. **Fica assegurada a livre manifestação doutrinária das religiões em qualquer ambiente de culto e/ou meio de propagação.**

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Majoritariamente defende a melhor doutrina, o caráter subsidiário do Direito Penal. Efetivamente, necessário se faz ultrapassar o Direito Penal “simbólico”, pautado em atender o clamor social, insuflado pelo espetáculo midiático, que se confronta com a aplicação do Direito Penal Mínimo e seus princípios orientadores.

A aplicação do Direito Penal jamais deve perder de vista princípios como os da Insignificância, Intervenção Mínima, Fragmentariedade, Adequação Social, Ofensividade e Exclusiva Proteção dos Bens Jurídicos, sob pena de, infringindo-os, destruir a essência própria do Estado Democrático de Direito, que é a essência garantista do Direito Penal. O artigo 208, encontra-se amparado pelo Título V do Código Penal brasileiro, intitulado *Dos Crimes Contra O Sentimento Religioso E Contra O Respeito Aos Mortos*, que em seu Capítulo I, abarca os Crimes contra o Sentimento Religioso. É unívoca a doutrina, o bem juridicamente tutelado neste capítulo é o *sentimento religioso*. Se a religião fosse realmente um bem jurídico protegido pelo ordenamento, então o legislador deveria tipificar<sup>15</sup> crimes contra a heresia e blasfêmia, como no livro *V das Ordenações Filipinas*, o que não encontra respaldo em face do Estado Democrático de Direito. No caso da liberdade religiosa, o objeto de tutela é a dignidade de quem carrega consigo uma crença (positiva ou negativa)<sup>16</sup>, o sentimento religioso.

Ao contrário das maiores reflexões pós laicização do Estado, a religião não foi banida dos meios jurídicos, tampouco das legislações, como podemos confirmar com o projeto de lei infra colacionado. O Direito Penal deve ser subsidiário, pautando sua atuação no grau de ofensividade da conduta que objetiva coibir, ainda que a ofensa possa ser considerada gravíssima por alguns religiosos, não encontra respaldo no arcabouço jurídico, uma vez que a autora pertença a corrente quase unânime de autores e doutrinadores que não entendem possível a tutela de religião como bem jurídico, uma vez que o próprio artigo se encontra topologicamente inserto no título de crimes contra o sentimento religioso, como já foi demonstrado, exige que uma pessoa seja o sujeito passivo detentor deste direito. Logo, a pena máxima que deve ser cumprida em regime fechado, 06 anos, em muito extrapola a razoabilidade, uma vez que a liberdade de consciência não pode ser constricta.

---

<sup>15</sup> Dentro da cristandade, o campo do ilícito penal foi muito amplo e variado, porque dele se ocuparam, durante vários séculos, incontáveis legislações, nacionais e regionais. Exemplificativamente, houve estatutos locais que chegaram ao extremo de castigar inclusive o trabalho exercido por alguém nos dias santos e a violação dos deveres de jejum e abstinência. Os principais crimes religiosos, entretanto, que invariavelmente figuraram no antigo Direito Penal laico foram os de heresia, cisma, proselitismo contra a religião do Estado, sacrilégio, blasfêmia, profanação de coisas sagradas, ultraje ao culto, perjúrio, simonia, violação de sepultura, violação de clausura, simulação de sacerdócio, feitiçaria, bruxaria, magia, sortilégio. Gonzaga, João Bernardino Garcia. **A Inquisição em seu mundo / João Bernardino Garcia Gonzaga**. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 1993. p.98.

<sup>16</sup> Conceituamos a crença positiva como o direito de acreditar em determinada religião e seus princípios, enquanto crença negativa é o direito de negar a religião, de não ter fé em qualquer entidade religiosa, Portanto, o cidadão pode acreditar em uma entidade superior ou negá-la. MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Os crimes contra o sentimento religioso e o Direito Penal Contemporâneo**. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.71.

#### 4.1 BANCADAS RELIGIOSAS

A guisa de toda a atuação parlamentar das bancadas religiosas, não há como negar que, de fato, as bancadas religiosas, em especial a Frente Parlamentar Evangélica, se empenha sobremaneira para institucionalizar sua fé, de maneira que os espaços públicos reflitam cada vez mais os espaços confessionais. Fartos são os exemplos de tentativa legislativa, que buscam supervalorizar dogmas e comportamentos por eles defendidos. Teresinha Pires<sup>17</sup>, nos alerta dos perigos que determinadas bancadas representam, a despeito da motivação de suas constituições, já que o “número expressivo de ‘representantes religiosos em cargos políticos’ pode, inclusive, resultar em grave situação de faccionismo.” Algumas religiões têm se organizado de maneira que, através do carisma institucional e intensivo uso da mídia, ostentam sucesso político tal que tornam a aliança consigo objeto de desejo de muitos partidos.

A participação parlamentar religiosa, em nossa opinião convergente com a posição de Emerson Costa<sup>18</sup>, pode de sobremaneira melhorar a atividade legiferante se mantiver como norte Direitos que venham a privilegiar a todos, sem distinção de fé, e que visem mitigar as mazelas sociais que, sem distinção religiosa, assolam o povo.

#### 4.2 ATIVIDADE LEGIFERANTE

Leonardo Henriques da Silva<sup>19</sup>, nos chama atenção em sua obra para a “(im)pertinência de se estatuir mecanismos de tutela penal para a proteção da religião dentro de um ordenamento jurídico secular e laico”, estando convencido de que “a criminalização de comportamentos relacionados a atividades de cunho religioso” seja resquício de uma “promiscuidade” entre Estado e Igreja. Neste sentido, afirma ALENCAR<sup>20</sup> “não podemos perder de vista que durante muitos séculos a Igreja Católica desempenhou forte papel político, muitas vezes até com prevalência sobre o poder secular.” Esse entendimento é corroborado, ao referir-se ao direito penal canônico, por Nilo BATISTA: “a mais silenciosa porém ao mesmo tempo a mais profunda influência sobre os sistemas penais contemporâneos de nossa ‘família’ jurídica.”

---

<sup>17</sup>PIRES, Teresinha Inês Teles. **Liberdade de consciência, liberdade de crença e pluralismo político**. Revista de Informação Legislativa, a.49, n.195, JUL-SET/2012. Disponível em: <http://www.mpdft.mp.brportal/index.php/comunicacao-menuartigos-menu/5863-liberdade-de-consciencia-liberdade-de-crenca-e-pluralismo-politico>. Acesso em MAR/2018.p.59

<sup>18</sup> COSTA, Emerson Roberto da. **Da relação entre religião e política: instrumentalização da dominação ou vislumbres de libertação**. Revista Caminhando, v.20, n.1, p. 89-99, JAN-JUN/2015.

<sup>19</sup> SILVA, Leonardo Henriques da. A Religião como objeto de tutela penal: limites e possibilidades. RIASP, v.15, n.30, JUL-DEZ/2012.p.41.

<sup>20</sup> ALENCAR, Claudio Demczuk. **Algumas Notas Históricas Sobre O Processo Penal Canônico**. Revista De Informação Legislativa. Ano 50, Número 198, Abr./Jun. 2013. p.287.



## CONCLUSÃO

Cediço que a atividade legislativa, atende a interesses daqueles que estão na condição de dominantes, e apesar de legítimos, não podem fazer uso do poderio estatal para estigmatizar os outros, haja visto que a perseguição religiosa já causou inúmeras mortes, o que não é admissível em face do Estado Democrático de Direito.

Pudemos chegar a no mínimo quatro respostas que podem ser dadas à pergunta título do presente trabalho, quais sejam:

- Não há limites em se tratando de um Estado confessional, conforme demonstra a História, se esta for uma política de Estado com vias a manutenção do status quo;
- Não há uma limitação, se o Estado em questão for um Estado laicista, que busca extirpar de seu seio quaisquer práticas de orientação religiosa, ocupando-se, na verdade, de criminalizar a própria prática religiosa;
- Há uma limitação negativa, em se tratando de um Estado Laico, para alguns, dos quais a autora discorda, de modo que a atividade legiferante não se ocupará de matéria de fé (seletividade negativa);
- Há o limite orientado, na Modernidade, pelo respeito a pluriconfessionalidade, de modo que a atividade legiferante se ocupará de proteger o núcleo mínimo da liberdade religiosa, permitindo que todos tenham liberdade de crença, de manifestação da vontade em matéria de fé, liberdade de realizar seus cultos, e inclusive, de não professar fé alguma.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Claudio Demczuk. **Algumas Notas Históricas Sobre O Processo Penal Canônico**. Revista De Informação Legislativa. Ano 50, Número 198, Abr./Jun. 2013.

BATISTA, Vera Malaguti. Prefácio. In *A miséria governada através do sistema penal*, Alessandro de Giorgi, Coleção Pensamento Criminológico, v.12, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2006.

BRITTO, Myrna Alves de. **Acomodação como forma de limitação às liberdades religiosas**. In: *A Cidadania religiosa num estado laico: a separação Igreja-Estado e o exercício da fé*. Org. Aurélio Wander Bastos, Gilberto Garcia, João Theotonio Mendes de Almeida Junior, Joycemar Lima Tejo. 1 ed. Rio de Janeiro: PoD, 2018. págs; 155-164.

COSTA, Emerson Roberto da. **Da relação entre religião e política: instrumentalização da dominação ou vislumbres de libertação**. Revista Caminhando, v.20, n.1, p. 89-99, JAN-JUN/2015.

Gonzaga, João Bernardino Garcia. **A Inquisição em seu mundo / João Bernardino Garcia Gonzaga**. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 1993.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Os crimes contra o sentimento religioso e o Direito Penal Contemporâneo**. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes

(Coord.). Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

NOVINSKY, Anita Waingort. **Em Portugal, Delações E Resistência. Inquisição - Terror, Tortura E Morte Em Nome Da Fé.** Revista História Viva. Ano 1, N°10, AGO/2004.

PIRES, Teresinha Inês Teles. **Liberdade de consciência, liberdade de crença e pluralismo político.** Revista de Informação Legislativa, a.49, n.195, JUL-SET/2012. Disponível em: <http://www.mpdft.mp.brportal/index.php/comunicacao-menuartigos-menu/5863-liberdade-de-consciencia-liberdade-de-crenca-e-pluralismo-politico>. Acesso em MAR/2018.

RANQUETAT JR., Cesar. **Laicidade, Laicismo E Secularização: Definindo E Esclarecendo Conceitos,** Revista Sociais E Humanas. ISSN 2317-1758. Universidade Federal De Santa Maria. Centro De Ciências Sociais E Humanas. Rio Grande Do Sul, Brasil.V. 21, N. 1, JAN-ABR/2008. Disponível em

<https://Periodicos.Ufsm.Br/Sociaisehumanas/Article/View/37267/20035>. Acesso em JAN/2019.

SILVA, Leonardo Henriques da. A Religião como objeto de tutela penal: limites e possibilidades. RIASP, v.15, n.30, JUL-DEZ/2012.

WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa Na Constituição: Fundamentalismo, Pluralismo E Crenças.** Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Buscando o inimigo: de Satán ao direito penal cool.** Trabalho destinado ao Livro Homenagem ao Prof. Giorgio Marinucci. Trad. Daniel Andrés Raizman e Fernanda Freixinho. Universidade de Buenos Aires, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal.** Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

# TRANSFORMAÇÕES DA PROVA NO PROCESSO PENAL PORTUGUÊS: “O PRIMEIRO DIÁRIO PORTUGUÊS”

Marco Ribeiro Henriques<sup>1</sup>

**Resumo:** No final da década de noventa do século XX, Portugal foi assolado por aquele que é já chamado de maior processo judicial envolvendo personalidades públicas, mediáticas e políticas, em crimes de natureza sexual praticados sob crianças, no caso, à guarda da Casa Pia de Lisboa. Este megaprocessos judicial trouxe não só a estupefação geral, como arreigado aos pormenores e complexidade jurídico-processual penal, trouxe à seara jurídica necessidade de adequação de velhos institutos jurídicos tendo sido mote, não oficial, para uma reforma ao código de processo penal português.

No presente escrito, recorreremos à problemática da prova em processo penal, por referência à utilização de diários como meio de prova, questão muito debatida no processo que ficou conhecido como “Processo Casa Pia”. Tratamos a nossa análise numa perspetiva jurídica por referência aos dispositivos jurídicos tratados no processo em análise culminando a nossa análise com conclusões, nossas sobre este meio de prova em particular.

**Palavras-Chave:** Meios de prova, Casa Pia, diários, processo penal.

**Abstract:** The nineties of Portuguese 20TH century was plagued by that which is called the biggest lawsuit involving public personalities, and political media in crimes of a sexual nature committed under children, in this case, they were under the Casa Pia de Lisboa legal protection. This mega judicial process brought not only the general people stupefaction, as entrenched in the details and complexity of criminal procedural law, brought legal adequacy need vineyard old legal institutes and was the unofficial motto of Portuguese criminal procedure code reform.

In this study, we used the issue of evidence in criminal proceedings, by reference to the use of diaries as evidence, a much-debated topic in the process that became known as “Casa Pia Process”. We treat our analysis from a legal perspective by reference to legal devices addressed in the analysis process culminating our research with our conclusions on this evidence in particular.

**Key-words:** Evidence, Casa Pia, diaries, criminal proceedings.

## Introdução

O tema da utilização e valoração de diários íntimos do/a arguido/a no âmbito de uma investigação criminal conheceu aceso debate nos meios de comunicação social e maiores

---

<sup>1</sup> Doutorando em direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (FDUNL), Lisboa, Portugal. Investigador bolsheiro da Fundação para a Ciência e Tecnologia (FCT), investigador colaborador do Instituto Jurídico Portucalense (IJP) e investigador não doutorado integrado do Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS). CV completo disponível em: <https://www.cienciavita.pt/en/2115-D900-241B> Email: [mrh.researcher@gmail.com](mailto:mrh.researcher@gmail.com)

desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais através do mediático processo “Casa Pia”<sup>2</sup>. Podemos mesmo afirmar que se despoletou “o primeiro caso do diário português”<sup>3</sup>.

Um dos condenados viu revistada a sua casa e apreendidos os seus diários, bem como fotografias diversas envolvendo jovens. Nestes diários, o então arguido confessava, entre o mais, ter mantido relações de natureza sexual, em determinados locais, com jovens menores de 16 anos, durante determinado período de tempo.

Ora, sendo consabido que os nossos legislador constitucional bem como, outrossim, o legislador ordinário estabeleceram regras próprias quer quanto a métodos proibidos de obtenção de prova, quer quanto à valoração da prova recolhida<sup>4</sup>, a pergunta que amplamente se colocou foi a de saber se o tribunal poderia ancorar a sua convicção nesse tipo de documento - um diário pessoal e íntimo - sem estar simultaneamente a imiscuir-se, para além do razoável, na intimidade de um Ser Humano, afetando por essa via a própria reserva indisponível da dignidade humana. Neste trabalho pretende-se analisar a solução encontrada à luz do ordenamento jurídico-processual penal português vigente à época.

## I.

As proibições de prova surgem como uma estatuição cominativa para a violação de “regras do Estado de Direito - que se prendem com os direitos fundamentais das pessoas e que exigem que a decisão final tenha sido lograda de um modo processualmente válido”<sup>5</sup>. Na sua génese está o intuito de contrabalançar a “*radical desigualdade material de partida entre a acusação (normalmente apoiada no poder institucional do Estado) e a defesa*”<sup>6</sup>. As suas feições espraiam-se usual - mas não necessariamente - numa interdição, podendo, todavia, adquirir os contornos de uma imposição ou de uma permissão. É o caso do artigo 129.º do Código de Processo Penal

---

<sup>2</sup> A título de exemplo, e apenas citando dois ilustres juristas/cronistas, vejam-se: MOTA, F. (2004) *Os diários do arguido* [em linha]. 2 de Abril de 2004. Consultado em 2 de maio de 2019. Disponível em [www.publico.pt](http://www.publico.pt) e PALMA, F. (2015) *Vida Privada* [em linha]. 24 de Fevereiro de 2008 [consultado em 2 de maio de 2019]. Disponível em [www.cmjornal.pt](http://www.cmjornal.pt)

<sup>3</sup> CORREIA, J. (2007) “Questões práticas relativas à utilização de diários íntimos como meio de prova em processo penal”. *Revista do CEJ*. N.º 6. Lisboa: CEJ. p. 139-160.

<sup>4</sup> Embora, quanto a este especto, com maior comedimento. Com efeito, a lei regula, de modo mais ou menos detalhado o procedimento (para a obtenção da prova), mas no que respeita à valoração da mesma, a regulamentação foi reduzida ao mínimo. Ainda assim, como refere SILVA, G. (2006). “Proibição e valoração da prova em processo penal”. *Revista do CEJ*. N.º 4. Lisboa: CEJ p.37-53: “*Isto não significa, muito longe disso, que a valoração da prova seja “livre”, no sentido de arbitrária. Ela há-de processar-se segundo as regras da lógica, da ciência e da experiência e para garantir o respeito dessas limitações aí está a motivação e o conseqüente controlo pela via do recurso.*” Esta dicotomia e as suas ramificações serão retomadas, com mais pormenor, adiante.

<sup>5</sup> DIAS, J. (1988). *Direito Processual Penal - Lições coligidas por Maria João Antunes*. Coimbra: Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. p. 22-23.

<sup>6</sup> CANOTILHO, G. & MOREIRA, V. (2010). *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3.ª ed. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora. p. 202.

(CPP) que, como exemplifica Manuel da Costa Andrade<sup>7</sup>, “*ao prever e regulamentar as formas admissíveis de depoimento indireto (...) aponta e prescreve eo ipso as formas proibidas de hearsay evidence*”.

Centremo-nos então na dicotomia interna do tema, isto é, na distinção entre proibições de produção de prova e proibições de valoração de prova. As primeiras, atinentes à produção, podem subcategorizar-se em proibição de temas de prova, como sejam a interdição de inquirição de testemunhas sobre factos que constituam segredo de Estado, prevista no artigo 137.º do CPP, a proibição de métodos de prova, *v.g.* os elencados no artigo 126.º do CPP que vedam, nomeadamente, a utilização de provas obtidas mediante tortura, coação ou ofensa à integridade pessoal, a proibição de meio de prova, como constitui o depoimento de testemunhas não esclarecidas sob a faculdade de o recusarem nos termos do n.º 2 do artigo 134.º do CPP e as proibições de leitura de protocolos, objeto de tratamento, nomeadamente, os previstos no artigo 356.º do CPP<sup>8</sup>. Já quanto às proibições de valoração da prova, podem decompor-se entre dependentes e independentes. Apenas as primeiras, como ensina Manuel da Costa Andrade, são precedidas da violação de uma proibição de produção de prova, da qual dependem (*v.g.* buscas domiciliárias, escutas telefónicas, etc.). Já as segundas, são independentes de qualquer prévia violação de proibição de produção, emergindo imediatamente da “*danosidade da própria prova, nomeadamente sob a forma de atentado a um direito constitucionalmente reconhecido (diários íntimos e, nalguns países, fotografias ou gravações ilícitas, etc.)*”.

As proibições de valoração de prova independentes, não sendo estatuídas por nenhuma previsão legal, carecem de uma fundamentação material - fundamentação essa que vai sendo construída, qual “Teia de Penélope” dizemos nós, pelas vias doutrinal e jurisprudencial<sup>9</sup>.

Começemos pela decisão da primeira instância. Tratou-se de um despacho interlocutório que se pronunciou, entre outras questões suscitadas pela defesa, sobre a “nulidade da utilização como meio de prova do teor dos diários apreendidos no âmbito da busca realizada à residência do arguido”, despacho esse seguido do despacho propriamente dito em que se decidiu da aplicação da medida de coacção.

Em síntese, a primeira instância adotou por entendimento “*(...) cumpre em primeiro lugar, e com o devido respeito, lembrar que só podem existir nulidades em processo penal quando qualquer ato ou decisão tenha sido levada a cabo ou proferida. A defesa arguiu a nulidade da utilização para efeitos probatórios do teor dos diários. Ora, este Tribunal não proferiu qualquer decisão cujo fundamento tenha na sua génese o conteúdo dos diários, pelo que a alegada nulidade é inexistente. (...) O Tribunal não põe em causa que a*

---

<sup>7</sup> ANDRADE, M. (1992). *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora. p. 83.

<sup>8</sup> Idem p.89-90.

<sup>9</sup> Idem p.90.

*utilização do material probatório contido nos diários represente uma intromissão na vida privada, só que o próprio legislador constitucional deu o seu aval a tal intromissão ao ressaltar que tal vida privada poderia ser violada por ordem judicial. Ao ser ordenada uma busca, todo o material apreendido pode ser legitimamente utilizado desde que a sua forma de obtenção não seja nenhuma das tipificadas nas diversas alíneas do n.º 2 do artigo 126.º. Basta atender ao auto de busca para se poder constatar que nenhuma das situações prevista no dito n.º 2 ocorreu (...)*<sup>10</sup>.

Como pode verificar-se, o juiz de instrução criminal ancorou a sua convicção quanto à efetiva possibilidade de valorar o teor dos diários íntimos constantes dos autos na legalidade do meio de obtenção dessa mesma prova - a busca domiciliária na sequência da qual os diários foram apreendidos cumpriu todos os requisitos legais de forma e de substância. Tanto basta para garantir a legalidade da prova assim recolhida, podendo ser valorada, sem mais.

A defesa do arguido, não se conformando com tal entendimento, recorreu de tal despacho interlocutório, que veio a ser admitido e apreciado pelo Tribunal da Relação de Lisboa, por acórdão de 14 de Julho de 2003<sup>11</sup>.

Em síntese, deliberou que “(...) no decurso do interrogatório do arguido foi suscitada a questão da nulidade de prova obtida mediante a intromissão na vida privada atenta a circunstância da apreensão de diários ao arguido. Dispõe o artigo 32.º, n.º 8 da Constituição da República Portuguesa (CRP) - no contexto das garantias em processo penal - que são nulas todas as provas obtidas mediante abusiva intromissão na vida privada e também o artigo 126.º, n.º 3 do CPP, sobre métodos proibidos de prova, estipula que ressaltados os casos previstos na lei, são nulas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência (...) sem o consentimento do respetivo titular. (...) Mas os diários vieram ao processo apreendidos na sequência de busca realizada à residência do arguido, busca essa cuja validade não é posta em causa; por outro lado, o artigo 125.º do CPP dispõe que são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei, pelo que haverá de concluir-se que não havendo proibição alguma sobre a admissibilidade de diários de arguido como meio de prova, não estamos perante qualquer nulidade; os interesses da investigação criminal, salvaguardadas as exigências legais, terão de se sobrepor a uma eventual violação da privacidade que, no interesse da descoberta da verdade e realização da justiça penal terá de ceder. (...) Não se está, portanto perante qualquer inconstitucionalidade uma vez que não está em causa qualquer prova obtida abusivamente mediante intromissão na vida privada (...)”.

No fundo, a segunda instância também entendeu que era possível valorar o teor dos diários íntimos do arguido porque os mesmos tinham sido obtidos, em termos probatórios, de

---

<sup>10</sup> Despacho transcrito no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 607/2003, proc. N.º 594/03, [consultado em 2 de maio de 2019]. Disponível em [www.pgdlisboa.pt/jurel/cst\\_print\\_busca.php?buscajur=&nid=4047](http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_print_busca.php?buscajur=&nid=4047)

<sup>11</sup> Deliberação transcrita no acórdão do op. cit. Tribunal Constitucional n.º 607/2003.

forma totalmente legítima, assim se identificando com o argumento usado pela primeira instância.

A verdade, porém, é que o Tribunal da Relação foi mais além do que havia ido a primeira instância - com efeito, para além desse argumento legitimador do meio de prova em virtude da regularidade legal da via seguida para a sua obtenção, considerou ainda que, ainda que pudesse cogitar-se a possibilidade de se tratar de um meio de prova não vaporável por se traduzir numa intromissão na esfera da vida privada e reservada do arguido, mesmo aí, esse direito teria de ser sacrificado em nome da realização da justiça penal. Como veremos mais adiante, a pedra de toque deste tema reside precisamente nesta ponderação.

Chamado então pela defesa do arguido a pronunciar-se, o Tribunal Constitucional debateu vastamente a questão, chamando à colação o que vem sendo, de há décadas a esta parte, o confronto entre a tese do sistema norte-americano e as teses do sistema alemão, optando por uma solução intermédia, numa espécie de “terceira via”.

## II. Os sistemas norte-americano e alemão

Os Estados Unidos da América adotaram sobre a matéria um regime caracterizado pela mera legitimidade formal da fonte, ao passo que, na Alemanha, adotou-se um regime caracterizado por uma ponderação material<sup>12</sup>. Ambos os sistemas, embora partindo do princípio comum de que, em determinadas situações, a valoração de meios de prova tem de ser afastada em prol da salvaguarda de direitos fundamentais, deram-lhe cumprimento, na prática, por diferentes caminhos, conduzindo a soluções prático-jurídicas distintas. Como refere Manuel da Costa Andrade<sup>13</sup>, “*em ambos os casos trata-se de prevenir o recurso a meios de prova contrários às garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas*”.

No sistema norte-americano, defende-se que se os diários foram legalmente apreendidos e trazidos para o processo, nenhum obstáculo há à sua valoração como meio de prova; mas se tais documentos foram obtidos ilegalmente, não podem ser, de forma alguma, utilizados no processo, por estarem “inquinados” pelo vício original da sua apreensão ilegal.

Trata-se do regime das “*exclusionary rules*”, que têm como escopo garantir a disciplina estrita da atividade policial com as normas processuais.

Contraposto a este sistema, temos as “*Beweisverbote*” alemãs. Em rigor na Alemanha entende-se que o que é decisivo para se determinar se o teor dos diários pode ou não ser tido em conta pelo Tribunal é o seu conteúdo, mais do que propriamente a forma como o mesmo

---

<sup>12</sup> Neste sentido, op. cit. CORREIA, J. p.139.

<sup>13</sup> Idem p.135.

chegou ao processo. Importa saber se o diário contém a expressão do desenvolvimento da personalidade do indivíduo (e não a sua degradação) e, ao mesmo tempo, ter em conta a gravidade e danosidade social dessa intromissão na vida privada do cidadão, então, na qualidade de arguido.

Esta argumentação pode ser sistematizada da seguinte forma. Por um lado, há, sem dúvida, um reduto último de dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade, que constitui um âmbito intocável de conformação da vida privada, totalmente subtraído ao poder público, porém, fora deste âmbito, há limites relevantes que podem ser apostos a essa conformação da vida privada. O arguido está inserido numa comunidade e, por isso, estabelece com os outros cidadãos um processo comunicacional, relacional, cidadãos estes que também têm direitos e cuja esfera jurídica merece proteção. Impõe-se, então, chamar à colação os princípios da proporcionalidade e da ponderação, desde que haja um interesse prevalecente da comunidade a contender com o aludido direito à reserva da vida privada do arguido.

As necessidades da luta contra o crime, o interesse público na averiguação da verdade do processo penal, e esclarecimento eficaz de crimes graves constituem também uma das funções essenciais do Estado de Direito, dignas de tutela.

Neste conspecto, e revertendo já para o caso concreto alemão, quatro magistrados entenderam que as descrições constantes dos diários do arguido, para além de dizerem respeito a aspetos íntimos da sua personalidade, evidenciavam igualmente uma situação de perigo concreto para terceiros, em estrita relação com o crime em julgamento.

Sem embargo, apesar de não descreverem exatamente o planeamento de crimes futuros, os escritos revelavam a existência de uma pessoa capaz de criar perigo concreto para terceiros. Em nome do princípio da proporcionalidade, entenderam estes Juízes que os ditos escritos podiam ser valorados no processo penal, escapando à proteção da reserva da intimidade.

Os outros quatro magistrados defenderam a impossibilidade de valoração probatória dos diários do arguido alegando que se inscreviam na esfera íntima do próprio e, por isso, mereciam uma protecção absoluta. Na realidade, disseram os juízes que não havia o planeamento de qualquer crime concreto, logo, não roçavam a esfera de terceiros, reproduzindo meras impressões internas.



### III. O acórdão do Tribunal Constitucional português

O Tribunal Constitucional português, após afastar o regime norte-americano e se aproximar do regime alemão, optou por uma terceira via ou um “*tertium genus quanto à questão da relação entre um meio de obtenção da prova e a admissibilidade da sua valoração*”<sup>14</sup>. Ainda assim, o modelo português não deixou de ter como ponto de partida o sistema norte-americano. Com efeito, o Tribunal Constitucional entendeu que a valoração de um diário íntimo está liminarmente “*excluída se o diário foi apreendido de modo ilegal, nomeadamente, por inobservância da exigência de mandado judicial*”<sup>15</sup>.

Neste sentido, tem de haver, por conseguinte, legitimidade formal da apreensão e legalidade da intromissão. E, também adotou o entendimento alemão ao preconizar a defesa da “teoria das três esferas”, com origem na jurisprudência alemã, mais concretamente, pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, de acordo com a qual a vida privada do ser humano é constituída por três camadas ou esferas, merecedoras de maior ou menos tutela jurídica consoante nos vamos afastando do núcleo central da intimidade.

Assim, a cada indivíduo é reconhecida a existência de uma esfera (vida íntima), onde se encontra o núcleo vivencial essencial e intangível da pessoa, abrigado de quaisquer intromissões quer por parte das instâncias formais de controlo social, quer de particulares. Nesta esfera podemos encontrar as questões relativas à vida amorosa e sexual do sujeito, por exemplo, mas também pensamentos, motivações e preferências que devem ser preservados<sup>16</sup>. Numa segunda esfera, teríamos a vida privada de cada um (a área normal da vida privada), um espaço intermédio, como sejam, as relações entre familiares e amigos, que também não pode ser devassada livremente. Ainda assim, a sua tutela constitucional não é ilimitada ou absoluta, à luz da ponderação das exigências da vida em comunidade. O seu sacrifício pode vir a ser necessário para proteger bens ou valores de igual importância.

Por fim, o anel exterior da teoria reportar-se-ia à esfera relacional, à vida social do indivíduo. Apesar de ainda fazer parte da vida privada de cada um e, como tal, não ser publicitável, admitiria mais ampla violação, a qual aparece como socialmente adequada (como por exemplo, o estado civil, a naturalidade, a área de residência).

---

<sup>14</sup> Neste sentido, op. cit. CORREIA, J. p.139. Este autor chamou-lhe ainda modelo de “*ponderação material limitada*”.

<sup>15</sup> Op. cit acórdão do TC n.º 594/03.

<sup>16</sup> Em relação a esta esfera, cfr. op. ult. cit. ANDRADE, M. p.94, que refere a existência de uma “*proibição radical e sem exceções de todas as provas que contendam com este círculo.*”

Como é bom de ver, a grande dificuldade que esta teoria conhece consiste em delimitar cada uma das esferas entre si, isto é, saber se determinado especto privado da pessoa se insere na esfera íntima ou se não passa da esfera relacional, por exemplo. Esta questão apenas pode ser decidida caso a caso e ponderadas todas as particularidades do caso concreto.

Ora, o Tribunal Constitucional português, veio defender que há, sem margem para dúvidas, “(...) *um domínio absolutamente interno do ...autor*”, que toca “*apenas a sua esfera pessoal*” e que revela “*ao jeito de uma conversa consigo próprio*” o seu “*estado de alma*” relativamente a problemas que atingem o “*cerne da sua personalidade*” (e não inclui) facticidade que implique terceiros<sup>17</sup>.

Nestas situações, está em causa o núcleo essencial e irredutível da personalidade humana relativamente à qual não é admissível qualquer interferência ou intromissão. E se assim é, não pode valorar-se como meio de prova quaisquer documentos que reflitam esse núcleo. Estas provas representariam uma abusiva intromissão na esfera íntima do sujeito e, como tal proibidas à luz do artigo 32.º n.º 8 da CRP e o artigo 126.º n.º 3 do CPP. Atente-se que estão em causa situações em que essa intimidade não contende com a esfera de terceiros. Fora desse núcleo essencial, “*há-de admitir-se uma ponderação que, em concreto, pode conduzir a que nestas circunstâncias se deva admitir a valoração processual-probatória das descrições em causa*”. No fundo, o que se exige é que uma qualquer restrição do direito à reserva da vida privada cumpra escrupulosamente o artigo 18.º n.º 2 da CRP “*a licitude da valoração de um diário há-de ainda resultar de um teste, realizado em concreto, ad mensuram do princípio da proporcionalidade*”<sup>18</sup>.

Hão-de ter-se em conta, então, critérios como: a gravidade dos crimes em questão; a sua natureza e relação com os bens jurídicos em causa; a possibilidade de continuação da atividade criminosa; o interesse na protecção da vítima<sup>19</sup>.

Portanto, o Tribunal Constitucional português foi ainda mais exigente do que o Tribunal Constitucional Federal Alemão na medida em que, para que seja lícita a valoração probatório do conteúdo dum diário íntimo, não basta adotar um critério de “ponderação geral”, de acordo com o qual, estando garantida a legalidade do acesso ao diário do arguido e sendo julgado prevalecente o interesse da realização da justiça penal, o acesso ao seu conteúdo prevaleceria face à reserva da vida privada daquele.

Na verdade, para o Tribunal Constitucional, é preciso, para além de tudo isso, ponderar o conteúdo concreto das descrições dele constantes a fim de aferir se a lesão da reserva da vida

---

<sup>17</sup> Neste sentido, cfr. op. cit. Acórdão do TC n.º594/03 e op. ult. cit. CORREIA, J. p.139-140.

<sup>18</sup> Idem.

<sup>19</sup> Op. ult. cit. CORREIA, J. p.140.

privada é necessária e proporcionada ao caso concreto. É a chamada “ponderação prudencial” neste domínio<sup>20</sup>.

Nessa senda, tal tribunal afastou-se da posição assumida pelo Tribunal da Relação de Lisboa: esta admitiu uma valoração indistinta a indiferenciada do conteúdo dos diários, absolutizando o interesse da investigação criminal sobre a tutela da intimidade da vida privada, sem atender ao “*manancial informativo-reflexivo*” constante dos diários.

E, nesse conspecto, concluiu pela inconstitucionalidade, por violação das disposições conjugadas dos artigos 1.º, 26.º n.º 1 e 32.º n.º 8 da CRP, a norma extraída do artigo 126.º n.ºs 1 e 3 do CPP, na interpretação segundo a qual não é ilícita a valoração como meio de prova da existência de indícios dos factos integrantes dos crimes de abuso sexual de crianças imputados ao arguido, previstos e puníveis pelos artigos 172.º n.º 1 e 172.º n.ºs 1 e 2 do Código Penal (CP), e dos pressupostos estabelecidos nos artigos 202.º e 204.º alínea c) do CPP, para a aplicação da medida de coacção de prisão preventiva, dos diários apreendidos, em busca domiciliária judicialmente decretada, na ausência de uma ponderação, efetuada à luz dos princípios da necessidade e da proporcionalidade, sobre o conteúdo, em concreto, desses diários.

#### IV. Algumas precisões para uma correta ponderação

Quanto ao conceito de diário íntimo, será que a protecção constitucional apenas se dirige aos documentos que formalmente constituem um “diário pessoal e íntimo”, com exclusão de tudo o mais?

A resposta impõe-se negativa! O diário é um documento escrito (em suporte de papel, ou suporte eletrónico, ou suporte áudio) onde a pessoa inscreve o diálogo com o seu “eu interior”, onde debate os assuntos do seu foro interno. É o pensamento individual de cada um, materializado, seja sob a forma de meras reflexões, seja sob a forma de descrições fácticas. Se se adotasse o entendimento de que a tutela constitucional apenas seria válida para os diários formais, então haveria uma panóplia de registos que estariam sujeitos, sem mais, à ação de devassa dos poderes públicos. Portanto, a consideração de um registo ou escrito como um verdadeiro diário é independente da forma que o mesmo assuma. Isto é dizer, deve prevalecer o critério material, e não o formal.

---

<sup>20</sup> Daí o “*tertium genus*” ou “*ponderação material limitada*” ante referenciados.

Neste conspecto, podem ser equiparados a um diário um amontoado de folhas soltas, uma simples agenda contendo registos altamente pessoais que só ao próprio dizem respeito, uma gravação de voz num qualquer suporte áudio ou um ficheiro eletrónico. Também não se exige que o registo tenha um carácter diário ou regular, pelo que pode ser um registo esporádico, sem fio condutor.

Reitera-se que o que releva aqui é saber se se trata de matéria pessoal, reservada, inscrita no “*forum internum*” do seu autor. Também deve dizer-se que nem tudo o que está num diário constitui matéria pessoal e reservada e, portanto, sujeita a protecção constitucional.

Por outro lado, quanto ao direito à reserva da intimidade da via privada e familiar, são inúmeras as dificuldades de, na prática, determinar o conteúdo dessa reserva, que tem consagração no artigo 26.º da CRP. É que o legislador não nos dá uma definição do “*direito à intimidade da vida privada*”, cabendo, mais uma vez, à doutrina e à jurisprudência densificar esse conceito.

Uma sistematização dos vários entendimentos sobre a matéria pode ser encontrada na colecção de pareceres da Procuradoria-Geral da República Portuguesa, mais concretamente, no tema dedicado ao conceito de “*Vida privada – Utilização da Informática*”<sup>21</sup>.

Por exemplo, o parecer n.º 17/83 adiantou uma definição de vida privada como sendo “*aquele conjunto de atividades, situações, atitudes ou comportamentos individuais que, não tendo relação com a vida pública (privado entendido como separado da coisa pública), respeitam estritamente à vida individual e familiar da pessoa*”<sup>22</sup>. Já no parecer n.º 120/80 foi apreciada a definição e caracterização doutrinária do termo “*direito à intimidade*”. Sobre este tema acompanhou-se de perto as considerações tecidas por Adriando Cupis<sup>23</sup>: este autor entende por esfera íntima da vida privada “*aquele sector da vida que se desenvolve entre as paredes domésticas e no âmbito da família*” e considera o direito da pessoa conservar a discrição mesmo em torno dos acontecimentos e do desenvolvimento da sua vida como uma manifestação do direito de resguardo, a par do direito à imagem. O direito ao resguardo é o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento, por parte das outras pessoas, de quanto se refere à própria pessoa, incluindo todos os outros acontecimentos e o desenvolvimento da sua vida, com experiências, lutas e paixões pessoais que lhe estão intimamente ligadas não podendo, por isso, conceder-se livre acesso à curiosidade do público.”

---

<sup>21</sup> Neste sentido, PGR. (s.d.) *Colecção de Pareceres*. V. VI, disponível em <http://www.pgr.pt/pub/Pareceres/VII/1.html>

<sup>22</sup> Idem.

<sup>23</sup> Neste sentido, cfr. CUPIS, A. (1961). *Os Direitos da Personalidade*. Lisboa: Impreta. p. 142 e ss.

João Conde Correia<sup>24</sup> avança quatro situações ilustrativas. Na primeira, temos um diário escrito por um político relatando exclusivamente factos da sua vida pública, porventura para preparar a redacção das suas memórias. Na segunda, temos um diário de um grande romancista, elaborado para futura publicação. Na terceira, temos uma agenda onde são apontados os encontros sexuais do autor com terceiros. Já na quarta, temos uma simples folha esparsa onde, sem qualquer regularidade ou fio condutor, são descritos desejos e sentimentos secretos do autor.

Ora, se, nas duas primeiras situações, não há dúvidas de que não estão em causa factos da vida privada do autor (podendo, quando muito, estar em causa matéria sujeita a segredo de Estado e, no sendo caso, a protecção concedida pela liberdade de criação artística), as duas últimas situações são bem distintas. Nessas situações estão plasmadas questões da vida íntima da pessoa, seja em termos amorosos e sexuais, seja em termos dos seus “*estados de alma*” que, até mesmo intuitivamente, sabemos deverem estar sujeitos a reserva ou a proibição de intromissões alheias. No fundo, mais uma vez, é no confronto com as peculiaridades dos casos concretos que se há-de densificar o conceito do aludido “*direito à intimidade da vida privada*”, mas que se prende essencialmente com as ideias de espaço interior ou familiar da pessoa e de vedação de livre acesso de terceiros a essas informações, sem o consentimento do visado.

Por outro lado, a tutela do desenvolvimento da personalidade humana Há uma precisão que cabe efetuar aqui. Importa saber se o “diário” contém a expressão do desenvolvimento da personalidade do indivíduo e, nessa medida, se está coberto pela tutela constitucional. A jurisprudência alemã diz ainda que é necessário que o diário não seja expressão da “degradação” da personalidade humana. Com efeito, logo no primeiro caso do diário, o BGH referiu expressamente que não havia lugar para a protecção da personalidade quando um criminoso redige apontamentos sobre os seus crimes e as suas vítimas – é que aí o diário não serve de suporte à livre expressão do desenvolvimento saudável da personalidade humana, mas sim da sua degradação.

Neste conspecto, facilmente concluir-se-ia que qualquer registo ou escrito, ainda que versando sobre a matéria da vida íntima da pessoa, contendo alusão a crimes (sua prática consumada ou planeamento do mesmo), seria livremente vaporável.

Este tema tem gerando grande controvérsia, sobretudo na doutrina alemã e exige grandes cautelas sob pena de, querendo erigir a tutela da vida privada a valor quase absoluto,

---

<sup>24</sup> Idem p.146.

inutilizar-se um meio de prova com base no qual poder-se-ia ter evitado a consumação de um crime.

Importará ainda, saber a quem primeiro deve conhecer do teor dos diários íntimos e decidir da relevância do seu conteúdo, o próprio Tribunal Constitucional Português reconheceu que é o juiz quem deve tomar o primeiro conhecimento do conteúdo do diário. No fundo, deve seguir-se também nesta matéria o regime processual penal previsto para a apreensão da correspondência, previsto no artigo 179.º n.º 3 do CPP, mediante uma aplicação analógica do regime. Quer isto é dizer que o juiz que tiver autorizado ou ordenado a apreensão de um diário ou registo similar é a primeira pessoa a tomar conhecimento do seu conteúdo. Se o considerar relevante para a prova, fá-lo juntar ao processo; caso contrário, restitui o documento ao seu dono ou possuidor (“a quem de direito”), e o mesmo não pode ser usado como meio de prova. De qualquer modo, o conhecimento obtido pelo juiz fica sempre coberto pelo dever de segredo.

Se considerarmos que se encontram reunidos, no caso concreto, todos os requisitos que permitem a valoração do conteúdo do diário apreendido para o processo. Ainda assim, o Tribunal Constitucional entendeu que o recurso a esse meio de prova também só será legítimo se ele for efectivamente relevante para a descoberta da verdade. Isto é dizer, se houver estrita necessidade de utilizar o documento em causa como meio de prova – o que não sucederá se os demais meios de prova já carreados para o inquérito permitirem estabelecer a culpabilidade do arguido, ou esta for possível com recurso a outros meios menos intrusivos.

No fundo, o que está em causa é o funcionamento dos princípios da necessidade e da adequação a que alude o artigo 18.º n.º 2 da CRP, se o uso do conteúdo do diário apreendido não for necessário e adequado para o cabal apuramento dos factos e o exercício da acção penal, então, a sua utilização está proibida.

Imagine-se agora que é apreendido um diário que contém revelações sobre matéria de natureza íntima do seu autor, mas no qual se revela uma intenção consistente e credível do mesmo de cometimento dum crime de terrorismo ou homicídio a curto prazo. Pode ser usado como meio de prova idóneo a evitar o cometimento de um crime num futuro iminente?

Knut Amelung<sup>25</sup> colocou o problema pela primeira vez e a tese favorável a essa utilização reuniu seguidores na Alemanha, defendendo que esse recurso será possível “*sempre que esteja*

---

<sup>25</sup> Citado em, idem João Correia, p.157.

*em causa a prevenção da prática de crimes contra a vida ou a integridade física e o perigo resultem de factos concretos: não basta mera suspeita ou perigo abstrato”.*

A teoria, porém, recolhe a crítica de João Conde Correia, por entender que “*esta solução não parece defensável, nomeadamente por desconhecer qualquer limite à actuação do poder estadual, ainda que a intenção seja boa*”.

## Conclusão

No caso português, recorde-se que estava em causa a eventual utilização do conteúdo dos diários de um arguido, ainda em sede de inquérito, como meio de prova dos indícios da prática de crimes de natureza sexual pelo próprio. Nos casos que foram tratados pela jurisprudência alemã, estava em causa o uso desse tipo de registo já em fase de julgamento, como meio de prova com vista a uma eventual condenação.

É na doutrina e na jurisprudência alemãs que o tema é tratado com maior fulgor e, ainda assim, não de modo uniforme. O Tribunal Constitucional português não respondeu à questão concretamente. De qualquer modo, é nosso entendimento de que também não vedou essa utilização na fase do inquérito – caso contrário, logo teria referido ser esse um obstáculo de natureza formal ao conhecimento do mérito da questão suscitada.

O diário apreendido para os autos pode ter sido elaborado por um terceiro – que não é arguido – com o objetivo de obter a condenação ou absolvição daquele que é efectivamente arguido. Será o caso de uma testemunha que, no seu próprio diário pessoal, descreve a prática de um crime por uma outra pessoa e a identifica.

Ora, nesta situação, tal passagem do diário da testemunha nada contém de reservado ou íntimo da mesma. Se esta testemunha pode, na fase do julgamento, prestar declarações sobre a prática de crimes por um terceiro, nada impede que uma parte do seu diário, naquelas condições, seja carreado para o processo. O que não é admissível é que essa estratégia seja usada para contornar a recusa legítima de prestação de depoimento por parte dessa mesma testemunha, ao abrigo do disposto no artigo 134.º do Código de Processo Civil (CPC), sob pena de se “*deixar entrar pela janela o que o legislador proibiu que entrasse pela porta*”. E, se aquela descrição tem à mistura a expressão de pensamentos, reflexões, sentimentos íntimos da testemunha? Merecerá este terceiro menor tutela do que aquela que é conferida ao próprio arguido? A resposta impõe-se negativa. Mais uma vez, a resposta passará por um juízo de necessidade, adequação e proporcionalidade, gizado no artigo 18.º n.º 2 da Constituição da República Portuguesa, em face do circunstancialismo do caso concreto.

Questão diversa se nos coloca se o conteúdo do diário íntimo favorece o próprio arguido (*in bonam partem*). No processo “Casa Pia”, como já vimos, a defesa do arguido em causa adotou uma estratégia de questionamento da conformação constitucional da interpretação da norma do artigo 126.º n.ºs 1 e 3 do CPP, segundo a qual seria ilícita a valoração como meio de prova da existência de indícios dos factos integrantes dos crimes de abuso sexual de crianças imputados ao arguido, dos seus diários apreendidos, em busca domiciliária judicialmente decretada, mas já numa fase mais adiantada do processo, o próprio arguido veio invocar o conteúdo desses mesmos diários para demonstrar que não tinha praticados os factos pelos quais estava acusado.

Com efeito, nas suas alegações finais, o seu defensor constituído citou os ditos registos, nos quais constava que o embaixador não tinha tais práticas desde 1967. Também aqui as respostas não são uniformes, e como é habitual, é na Alemanha que o tema mais se debate. AMELUNG<sup>26</sup> refere que “*quem tem direito a guardar um segredo tem também o direito a determinar para que fins pode libertar uma informação da sua esfera de poder. Um domínio que pode ser bisbilhotado a pretexto daquilo que é o melhor, não é um domínio secreto*”.

Neste sentido, o manto de segredo tem de se estender a todo o conteúdo do diário, e não apenas aquilo que desfavorece o arguido. A verdade, porém, é que ganha terreno a outra tese de acordo com a qual o manto de segredo apenas se estende ao que desfavorece o arguido (*in malam partem*); se for para aí colher algum benefício processual para o mesmo, a intromissão na via privada, íntima, da pessoa, estaria justificada.

Assim, concluímos nós que, nessa conceção, a ponderação deixaria de fazer sentido quando estivesse em causa, por exemplo, a recolha de um alibi ou de fatores de exclusão de culpa, de ilicitude e até de meras circunstâncias atenuantes da pena.

## Bibliografia

- ANDRADE, M. (1992). *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora.
- CANOTILHO, G. & MOREIRA, V. (2010). *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3.ª ed. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora.
- CORREIA, J. (2007). “Questões práticas relativas à utilização de diários íntimos como meio de prova em processo penal”. *Revista do CEJ*. N.º 6. Lisboa: CEJ.
- CUPIS, A. (1961). *Os Direitos da Personalidade*. Lisboa: Impreta.
- DIAS, J. (1988). *Direito Processual Penal - Lições coligidas por Maria João Antunes*. Coimbra: Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

---

<sup>26</sup> Neste sentido, cfr. op. cit. CORREIA, J. p.159



- GOMES, M. (1982). “O problema da salvaguarda da privacidade antes e depois do computador”. *Boletim*. n.º 319. Lisboa: PGR
- MOTA, F. (2004) *Os diários do arguido* [em linha]. 2 de Abril de 2004. Consultado em 2 de janeiro de 2019. Disponível em [www.publico.pt](http://www.publico.pt)
- PALMA, F. (2015) *Vida Privada* [em linha]. 24 de Fevereiro de 2008 [consultado em 2 de janeiro de 2019]. Disponível em [www.cmjornal.pt](http://www.cmjornal.pt)
- PGR. (s.d.) *Colecção de Pareceres*. V. VI, disponível em <http://www.pgr.pt/pub/Pareceres/VII/1.html>
- \_\_\_\_\_. (1983). Parecer 17/83. Disponível em: [www.pgr.pt/](http://www.pgr.pt/)
- \_\_\_\_\_. (1980). Parecer 120/80. Disponível em: [www.pgr.pt/](http://www.pgr.pt/)
- SILVA, G. (2006). “Proibição e valoração da prova em processo penal”. *Revista do CEJ*. N.º 4. Lisboa: CEJ.
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 607/2003, proc. N.º 594/03.

## A CONDUTA OMISSIVA E O CRIME DE BURLA TRIBUTÁRIA NO RECEBIMENTO DE PRESTAÇÕES SOCIAIS

Gonçalo João Marques Mota<sup>1</sup>

**Resumo:** Este trabalho debruça-se sobre a revisão de alguns acórdãos do Tribunal da Relação de Évora, que abordam nas suas sentenças a atribuição indevida de prestações sociais por parte da Segurança Social, nomeadamente o subsídio de desemprego. Assim, foi nossa intenção compreender a forma como este tribunal, através das suas deliberações, observou a associação do crime de burla tributária com a conduta omissiva do agente.

Este texto pretende refletir acerca dos elementos constitutivos do crime de burla tributária, mas também visa compreender se a conduta que promove a omissão de determinados factos passíveis de alterar uma realidade anterior ao deferimento de uma prestação social, é suficiente para considerar que esta ação possa ser observada como um aproveitamento por parte do agente, na medida em que um erro inerente à própria administração não pode ser imputado a esse mesmo agente.

Apesar de este exercício surgir como uma prática reflexiva sobre as decisões que nos propusemos analisar, não podemos deixar de salientar que estas se apresentam como um objeto de difícil abordagem pela falta de consensos. Concomitantemente, determinámos que não seria nossa intenção focarmo-nos na análise axiológica de normas e conceitos jurídicos *per se*, tendo recorrido de forma objetiva à contextualização teórica como forma de concretizar uma compreensão mais eficaz e sustentada do objeto que nos propusemos estudar.

**Palavras-chave:** omissão; burla tributária; prestações sociais.

### I – A burla tributária

O artigo 87.º, da Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho, que estabelece o Regime Geral para as Infrações Tributárias (RGIT) dispõe que:

---

<sup>1</sup> Mestre em Serviço Social pelo Instituto Superior Miguel TorgaGoncalo.j.mota@gmail.com

*1 – Quem, por meio de falsas declarações, falsificação ou viciação de documento fiscalmente relevante ou outros meios fraudulentos, determinar a administração tributária ou a administração da segurança social a efectuar atribuições patrimoniais das quais resulte enriquecimento do agente ou de terceiro é punido com prisão até três anos ou multa até 360 dias.*

*2 – Se a atribuição patrimonial for de valor elevado, a pena é a de prisão até cinco anos ou multa até 600 dias.*

*3 – Se a atribuição patrimonial for de valor consideravelmente elevado, a pena é a de prisão de dois a oito anos para as pessoas singulares e a de multa de 480 a 1920 dias para as pessoas colectivas.*

*4 – As falsas declarações, a falsificação ou viciação de documento fiscalmente relevante ou a utilização de outros meios fraudulentos com o fim previsto no n.º 1 não são puníveis autonomamente, salvo se pena mais grave lhes couber.*

*5 - A tentativa é punível.*

O crime de burla tributária foi introduzido no ordenamento jurídico-penal português em 2001, numa altura em que “tanto na doutrina, como na jurisprudência era acesa a controvérsia a respeito de questões várias, desde as relações entre a ordem jurídico-penal tributária e a ordem jurídico-penal geral, passando pela configuração dogmática da incriminação de fraude fiscal e culminando em problemas de concurso, em especial, com os delitos de burla e de falsificação de documentos do direito penal de justiça” (Brandão e Figueiredo Dias, 2015, p.401).

Para Nuno Brandão e Jorge de Figueiredo Dias (2015, p.402-403), o objectivo de introduzir o crime de burla tributária no RGIT seria uma forma de “ultrapassar e sanar as dúvidas que perturbavam a interpretação e aplicação do crime de fraude fiscal mediante a previsão de um novo tipo incriminador, a burla tributária, que atribuísse inequívoco relevo penal específico a atos fraudulentos que implicassem uma *lesão* do património fiscal.” Os autores sublinham que até então “o crime de fraude fiscal não representava uma forma de tutela direta e imediata das lesões do património tributário”.

“A pena com que a fraude fiscal era ameaçada estava pensada para um facto típico que não se consubstanciaria numa lesão do património fiscal, sendo nessa medida bastante mais branda do que aquela que no direito penal clássico se previa para condutas fraudulentas fortemente lesivas do património alheio, sc., a burla qualificada, que, no limite, poderia ser punível com pena de prisão até 8 anos.” (Brandão e Figueiredo Dias, 2015, p.403)

A intenção do legislador em 2001, segundo os autores, seria a de “dar tutela penal direta às lesões infligidas ao património fiscal, com uma correspondente agravamento da moldura

sancionatória nos casos em que, tendo em conta os valores envolvidos – e assim a dignidade e a carência de tutela penal do facto –, tal se justificasse” (Brandão, Figueiredo Dias, 2015, p.404). O crime de burla tributária representa na sua natureza o tipo legal do crime de burla, nos termos dos artigos 217.º do Código Penal (CP), no entanto, este, com o objetivo da proteção do prejuízo patrimonial do Estado.

## II – A burla

O crime de burla enquadra-se no artigo 217.º do Código Penal que define:

*1 - Quem, com intenção de obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo, por meio de erro ou engano sobre factos que astuciosamente provocou, determinar outrem à prática de actos que lhe causem, ou causem a outra pessoa, prejuízo patrimonial é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.*

*2 - A tentativa é punível.*

*3 - O procedimento criminal depende de queixa.*

*4 - É correspondentemente aplicável o disposto nos artigos 206.º e 207.º*

Miguez Garcia e Castela Rio defendem que a burla é “dirigida contra o património enquanto conjunto de utilidades com expressão económica, cujo exercício ou fruição a ordem jurídica não desaprova” (2018, p. 1024). Os juízes sublinham que “o artigo 217º não tutela nem a ordem económica, nem a liberdade de disposição, nem a boa fé nas trocas negociais orientada para a protecção da vítima”, acrescentando ainda que a “determinação do que seja o património é uma necessidade num tipo de ilícito que faz do prejuízo um dos seus momentos essenciais” (2018, p. 1025).

Garcia e Rio, que classificam a burla como um crime de dano, justificam que este se concretiza quando “a disposição patrimonial do burlado leva directamente à afectação de uma posição, com o empobrecimento patrimonial do ofendido, descontado o proveito que ele tenha obtido, em consequência da conduta do agente” (2018, p. 1025). O prejuízo patrimonial “insinua-se num saldo negativo entre o valor do património antes e depois da disposição patrimonial efectuada e causalmente derivada do erro provocado pelo engano da acção do burlado e do burlão” (2018, p.1039).

Apesar desta aproximação da tipificação do crime de burla tributária ao crime de burla, conforme o artigo 217.º do Código Penal, para Nuno Brandão e Jorge de Figueiredo Dias existem diferenças que importa sublinhar, nomeadamente o “*iter criminis* genérico da burla comum (“por meio de erro ou engano sobre factos que astuciosamente provocou”) é na burla tributária recortado de modo mais detalhado, mediante referência a instrumentos

defraudatórios próprios do ambiente fiscal (“por meio de falsas declarações, falsificação ou viciação de documento fiscalmente relevante ou outros meios fraudulentos”) (2015, p. 405).

“Se na burla o enriquecimento ilegítimo surge como uma intenção que há de motivar o comportamento do agente, mas que só releva no âmbito do tipo subjetivo de ilícito, não estando o preenchimento da dimensão objetiva do tipo incriminador dependente da efetiva obtenção desse enriquecimento, na burla tributária o enriquecimento é um elemento do tipo objetivo, não havendo consumação se, pese embora a verificação de um prejuízo patrimonial fiscal, não ocorrer um enriquecimento do agente ou de terceiro” (Brandão e Figueiredo Dias, 2015, p.405-406).

Como última diferença entre a tipificação dos crimes que aqui se pretendem ver objetivados, os professores assinalam a conduta do burlado, pois “se do lado da burla está em causa “a prática de atos que lhe causem, ou causem a outra pessoa, prejuízo patrimonial”, do lado da burla tributária exige-se que a Administração Tributária seja determinada “a efetuar atribuições patrimoniais”.

### III – Análise da jurisprudência

Na verdade, quando estudámos as decisões do Tribunal da Relação de Évora e observámos os elementos constitutivos do crime de burla tributária reconhecidos nos diferentes acórdãos, debruçámo-nos sob a “omissão” ou a “conduta omissiva” por parte do agente, a quando da atribuição indevida de prestações sociais, como o subsídio de desemprego.

Para a pesquisa das decisões judiciais do Tribunal da Relação de Évora, utilizámos a base de dados do Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça (DGSI) e delimitámos a nossa procura a palavras-chave como “omissão”, “burla tributária” e “segurança social”, tendo dessa pesquisa resultado a identificação dos processos que nos propusemos analisar, o processo 1598/05.1 de 8/11/2005, o processo 16/12.4TDEVR.E1 de 12/07/2012, o processo 312/11.8TAABF.E1 de 07/12/2012 e o processo n.º 9/06.0 TALLE.E1 de 30/10/2014.

Ao observarmos o processo 1598/05.1 de 8/11/2005, o Tribunal da Relação de Évora, que aferia sobre o pagamento irregular do subsídio social de desemprego a um beneficiário, considerou que o ato não configurava o crime de burla tributária.

“Temos sem dúvida uma conduta ilícita do arguido: a não comunicação da alteração da situação que determinou a atribuição da pensão social. Contudo, a omissão do arguido não determinou qualquer acto de atribuição patrimonial por parte da administração da segurança social. A administração já tinha atribuído a prestação.” Conclui, referindo que “a conduta omitida pelo arguido não era idónea à atribuição patrimonial, mas tão-somente à continuação do pagamento da prestação de subsídio social de desemprego que havia sido atribuída até ao termo da concessão” (Processo 1598/05.1, 2005).

Também no processo 16/12.4TDEV.R.E1 de 12/07/2012, em que foram observados os pressupostos que envolveram o recebimento indevido de prestações do subsídio de desemprego por parte de um beneficiário, o entendimento seguiu no mesmo sentido. Neste caso, lê-se no documento do Tribunal de Évora que “o crime de burla tributária não pode ser cometido por omissão”. “O simples silêncio do arguido não configura, em nosso entender, um meio fraudulento, e a burla, como já referimos, é um crime de execução vinculada. Por outro lado, este crime pressupõe uma conduta activa por parte do agente, que dirige a sua actuação no sentido de enganar a administração estadual”, acrescenta o decisor.

O processo 312/11.8TAABF.E1 de 07/12/2012 consubstancia uma análise do recurso do Ministério Público, sobre uma decisão, de um beneficiário que esteve a usufruir indevidamente das prestações relativas ao subsídio social de desemprego, enquanto simultaneamente, auferia a remuneração relativa à sua atividade profissional. Neste caso, o Tribunal da Relação de Évora conclui que:

“o crime de burla tributária, pelo art. 87.º do RGIT, exige, para o seu preenchimento, um comportamento activo do agente, não se bastando com conduta omissiva do mesmo” e ainda que “na burla tributária, o legislador concretizou a “matriz” dos meios fraudulentos e fê-lo com referência, unicamente, a condutas activas declarar falsamente, falsificar, adulterar. Não comunicando estes factos novos, o agente aproveita-se do engano em que administração se encontra, não tendo, contudo, sido ele o autor desse logro” (Processo 312/11.8TAABF.E1, 2012)

No processo n.º 9/06.0 TALLE.E1 de 30/10/2014 do mesmo tribunal, observada a omissão do início da atividade profissional por parte de uma beneficiária e com isso, o

consequente recebimento indevido de prestações relativas ao subsídio de desemprego, o tribunal afirma:

“cremos que a situação configurada nos autos não integra o crime de burla tributária (...) pelo que tal conduta omissiva imputada ao arguido apenas o poderá fazer incorrer na prática de uma mera contra-ordenação.” Justificando que “na burla tributária, o legislador concretizou a “matriz” dos meios fraudulentos e fê-lo com referência, unicamente, a condutas activas declarar falsamente, falsificar, adulterar. Não comunicando estes factos novos, o agente aproveita-se do engano em que administração se encontra, não tendo, contudo, sido ele o autor desse logro” (Processo 9/06.0 TALLE.E1, 2014).

Pudemos então constatar, da interpretação dos quatro acórdãos em análise, que não existirá uma relação praticável entre a burla tributária e a conduta omissiva do agente, já que a tipicidade do crime pressupõe uma conduta ativa do mesmo.

#### **IV – A conduta por ação e omissão**

Manuel Simas Santos e Manuel Leal-Henriques (2016, p.61) definem conduta como “o comportamento humano, expresso de forma voluntária e consciente (não é conduta o acto meramente reflexo ou inconsciente), activo (isto é, expresso de forma positiva, actuante) ou negativo (ou seja, manifestado pela inactividade, a abstenção, a omissão, o não fazer), que produz um resultado (o mesmo é dizer, uma alteração do mundo exterior).”

A conduta poderá então manifestar-se por ação ou omissão. Com ação, segundo os autores (2016, p.62) “viola-se a norma jurídica, fazendo o que a lei proíbe”, com a omissão “viola-se a norma jurídica, não fazendo o que a lei manda.”

A leitura do Código Penal, o artigo 10.º permite-nos definir a comissão por ação e por omissão:

“1 - Quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a ação adequada a produzi-lo como a omissão da ação adequada a evitá-lo, salvo se outra for a intenção da lei.

2 - A comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado.

3 - No caso previsto no número anterior, a pena pode ser especialmente atenuada” (Código Penal, 2017).

Neste trabalho, adotámos a leitura de Rodrigues (2018, p.285) que considera que o crime de omissão reside na “violação de uma imposição legal de atuar, só podendo ser cometido por uma pessoa sobre a qual recaia um dever jurídico de levar a cabo uma acção imposta e esperada”.

O autor faz a distinção entre crimes puros (ou próprios) e impuros (ou impróprios) de omissão, considerando que os primeiros são aqueles “cujo tipo objetivo de ilícito se esgota na não realização da acção imposta pela lei” e os segundos, aqueles em que “o agente assume posição de garante da não produção de um resultado típico” (2018, p.568).

Centrando-nos nos acórdãos estudados, percebemos que a conduta omissiva por parte dos arguidos, não foi por si só suficiente para que se constituísse o crime de burla tributária, sendo transversal a estas decisões, a necessidade de se identificar a acção do arguido com os meios fraudulentos bem como um nexo de causalidade entre a conduta do agente e a atribuição de uma prestação social.

Ou seja, “quando o crime exige para a sua consumação a produção de um determinado *resultado material* torna-se indispensável, por um lado, que ele derive de um *comportamento humano* e, por outro, que entre a conduta e o resultado se estabeleça um nexo de causalidade.” (Simas Santos e Leal-Henriques, 2016, p.65)

O nexo de causalidade tem que “estar em relação, dum lado, com os meios astuciosos empregados pelo burlão; do outro, com os atos de que resulta prejuízo” (Miguez Garcia, Castela Rio, 2018, p.1026).

Na realidade, os autores Manuel Simas Santos e Manuel Leal-Henriques, consideram que o legislador “equipara, em princípio, a omissão à acção desde que uma ou outra se adequem ao resultado que delas possa advir” (Simas Santos e Leal-Henriques, 2016, p.65). Os juízes defendem que “se um comportamento omissivo da acção provocar um certo resultado típico, podemos dizer que esse resultado deve ser equiparado para efeitos de gravidade e punição criminais à acção (...) desde que tal omissão seja tida como adequada a evitar tal resultado” (2016, pag.65-66).

Nesse sentido acrescentam que, se o “aplicador do direito, através da análise do tipo legal em causa, chegar à conclusão de que foi intenção da lei não equiparar a omissão à acção, então deve dar um tratamento diferente às duas situações”, destacando-se assim a ideia de que nem todas as situações de omissão, pressupõe uma acção” (Simas Santos e Leal-Henriques, 2016, p.67).



## V - Conclusão

Os elementos constitutivos do crime de burla tributária encontram-se prenunciados pelo artigo 87.º, n.º 1 do RGIT e definem-se por falsas declarações, falsificação ou viciação de documento fiscalmente relevante ou outros meios fraudulentos que determinam atribuições patrimoniais por parte da administração tributária ou da administração da segurança social.

Colocando em confronto o artigo 217.º do CP e o artigo 87.º, n.º 1 do RGIT, entendemos que o crime de burla e o crime de burla tributária integram, ambos, crimes de resultado, sendo que, no caso da burla tributária, a configuração do crime exige a ação como meio fraudulento e não apenas a vantagem circunstancial da omissão, que tem como resultado, nos casos aqui avaliados, o recebimento indevido do subsídio de desemprego.

Na realidade, a possibilidade de o crime de burla tributária ser cometido por omissão é uma questão que não reúne consenso dentro do Tribunal da Relação de Évora, pois embora os acórdãos aqui analisados acompanhem todos integralmente o mesmo sentido, a divergência estende-se a outras decisões que não as aqui analisadas. (cfr. Processo n.1298/11.4TAABF.E1 de 2013/08/01)

Na verdade, o facto de o agente omitir circunstâncias que alterariam as condições iniciais de atribuição do subsídio de desemprego e sendo estas supervenientes, o legislador teria de presumir que a realização do seu comportamento seria de manter, de forma dolosa, um direito a uma prestação social.

Em suma, o que se confirma nos processos aqui analisados é que o crime de burla tributária está materializado nos meios fraudulentos e em condutas que pressupõe uma ação, como falsificar, viciar e/ou prestar falsas declarações. Nestes casos em concreto, a omissão de factos que alterariam a factualidade prévia, levou de facto ao aproveitamento do agente de um erro da segurança social, não podendo, contudo, ser este considerado como o autor desse mesmo erro.

## Referências

Acórdão do processo n.º 9/06.0 TALLE.E1 (2014). Tribunal da Relação de Évora. Acedido em 1 de abril de 2019. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/9e8274636ed9985380257de10056fd36>.

Acórdão do processo n.º 1298/11.4TAABF.E1 (2013). Tribunal da Relação de Évora. Acedido em 1 de abril de 2019. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/b2d842505b32e52580257de10056fab1?OpenDocument&Highlight=0,SEGURAN%C3%87A,SOCIAL,omiss%C3%A3o,burla,tribut%C3%A1ria>.

Acórdão do processo n.º 16/12.4TDEVRE.E1 (2012). Tribunal da Relação de Évora. Acedido em 1 de abril de 2019. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/b582aa44c602001d80257f170039376b?OpenDocument>.

Acórdão do processo n.º 312/11.8TAABF.E1 (2012). Tribunal da Relação de Évora. Acedido em 1 de abril de 2019. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/f9204acc33e9ef6680257de10056fa19?OpenDocument>.

Acórdão do processo n.º 1598/05-1 (2005). Tribunal da Relação de Évora. Acedido em 1 de abril de 2019. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/1338cd61a1cb1a2480257de100574829?OpenDocument>.

Brandão, N. e Figueiredo Dias, J. (2015). O crime de burla tributária. In T. Serrão, C. Amado Gomes e P. Otero (Org.), *Estudos em Homenagem a Rui Machete* (pp.401-420). Coimbra, Portugal: Almedina.

Castela Rio, J.M. e Miguez Garcia, M. (2015) *Código Penal - Parte geral e especial*. Coimbra, Portugal: Almedina.

Código Penal (2017). Acedido em 1 de abril de 2019. Disponível em <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107981223/201708230200/indice>.

Regime Geral das Infrações Tributárias. Acedido em 1 de abril de 2019. Disponível em

[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=259&tabela=leis&so\\_miolo](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=259&tabela=leis&so_miolo)  
≡.

Rodrigues, M. (2018) *Direito Penal - A doutrina do crime*. Lisboa, Portugal: Chiado Books.

Simas Santos, M. e Leal-Henriques, M. (2016) *Noções de Direito Penal*. Lisboa, Portugal: Rei dos Livros.

## O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DE PESSOAS JURÍDICAS

Ana Paula Kosak<sup>1</sup>

**RESUMO:** O direito de não se declarar culpado e de não depor contra si mesmo é previsto no art. 8, 2, g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assim como no art. 14, 3, g, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, além de, no Brasil, encontrar respaldo na Constituição da República de 1988, no art. 5º, LXIII. Atualmente, vários países já incluíram em seu ordenamento jurídico a responsabilização penal de pessoas jurídicas e o Brasil está entre aqueles que tendem a adotar o modelo no Novo Código Penal, muito embora já exista, pela Lei n.º 9.605 de 12 de fevereiro de 1998, a responsabilização de entes coletivos por crimes ambientais. Sendo assim, questões dogmáticas sobre a possibilidade de pessoas jurídicas praticarem crimes precisaram ser enfrentadas no campo do direito material, portanto, também há a necessidade de uma discussão aprofundada sobre como será o processo penal tendo uma pessoa jurídica como sujeito processual, principalmente se o princípio da vedação à autoincriminação forçada – *nemo tenetur se detegere* – é ou não aplicável nesses casos. Com isso, surgem alguns problemas a serem enfrentados quando se fala da hipótese de aplicação desse direito aos entes coletivos submetidas a um processo penal, principalmente considerando que o depoimento de uma pessoa jurídica em juízo é realizado por uma pessoa física. Portanto, o objetivo do trabalho é identificar se, no Brasil, há discussões doutrinárias ou posicionamentos judiciais sobre a possibilidade do direito de não produzir provas contra si mesmo ser exercido por pessoas jurídicas.

**PALAVRAS-CHAVE:** direitos fundamentais; vedação à autoincriminação; pessoas jurídicas; processo penal.

**ABSTRACT:** The right not to plead guilty and not to testify against oneself is provided for in art. 8, 2, g of the American Convention on Human Rights, as well as in art. 14, 3, g of the International Covenant on Civil and Political Rights, and in Brazil, the support is in the Constitution of the Republic of 1988, art. 5th, LXIII. Currently, several countries have already included criminal liability of companies in their legal systems, and Brazil is among those who tend to adopt the model in the New Criminal Code, even though it already exists, by Law n. 9605 of February 12, 1998, the accountability of collective bodies for environmental crimes. Thus, dogmatic questions about the possibility of legal persons practicing crimes had to be faced in the field of material law, so there is also a need for an in-depth discussion about how the criminal process will be when a legal entity is part, especially if the principle from the prohibition on forced self-incrimination - *nemo tenetur se detegere* - is applicable in such cases. With this, there are some problems to be faced when talking about the hypothesis of the application of this right to collective entities submitted to a criminal proceeding, especially considering that the testimony of a legal person in court

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Internacional - UNINTER, sendo bolsista 100% no Programa de Excelência do PPGD-UNINTER. Integrante do Grupo de Pesquisa “Teoria Contemporânea da Jurisdição e Direito Público”, liderado por seu orientador, Prof. Dr. Daniel Ferreira. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC/UNINTER). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Internacional - UNINTER. Advogada. E-mail para contato: apkosak@gmail.com.

is carried out by a natural person. Therefore, the objective of the study is to identify whether in Brazil there are doctrinal discussions or judicial positions about the possibility of the right not to produce evidence against itself be exercised by legal entities.

**KEYWORDS:** fundamental rights; self-incrimination; legal entities; criminal proceedings.

## INTRODUÇÃO

Atualmente existem sistemas que admitem a responsabilização penal de pessoas jurídicas e outros não. Países do *Common Law* desde sempre conviveram com a responsabilização e o direito continental do *Civil Law* progressivamente foi afastando essa possibilidade<sup>2</sup>. Tal escolha não é meramente aleatória, mas tem uma razão histórica, decorrente de dois momentos marcantes: a revolução industrial e a revolução política.

Com isso, a tendência internacional é favorável para estabelecer a responsabilização penal de pessoas jurídicas<sup>3</sup>. Na Espanha<sup>4</sup>, Bélgica, Dinamarca, Eslovênia, França, Finlândia, Portugal, Suécia, Holanda e Áustria o modelo foi adotado nos Códigos Penais<sup>5</sup>. Já na Alemanha e na Itália o modelo estabelece uma responsabilização administrativa das pessoas jurídicas.

No Brasil, a responsabilidade penal de pessoas jurídicas é prevista apenas nos crimes ambientais, conforme regula a Lei n.º 9.605 de 12 de fevereiro de 1998, mas no projeto do Novo Código Penal brasileiro (PLS 236/2012), pela primeira vez na história do país, há a previsão de possível regulamentação legal do modelo, inspirado pelo texto do Código Penal Espanhol de 2010<sup>6</sup>.

Vale aqui frisar a existência de críticas feitas a alguns textos legais brasileiros que adotam uma sanção administrativa para a pessoa jurídica, mas que na realidade acabam tendo

---

<sup>2</sup> BUSATO, Paulo César. Razões criminológicas, político criminais e dogmáticas para a adoção da responsabilidade penal de pessoas jurídicas na reforma do código penal brasileiro. In: BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 23.

<sup>3</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; BUSATO, Paulo César; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de Direito Penal brasileiro**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 286.

<sup>4</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; BUSATO, Paulo César. O modelo espanhol de responsabilidade penal das pessoas jurídicas do CP de 2010. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 132. ano 25. p. 39-60. São Paulo: Ed. RT, jun. 2017.

<sup>5</sup> BACIGALUPO, Enrique. Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de «compliance» (A propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009). **Diario La Ley**, nº 7442, Sección Doctrina, 9 de Julio de 2010, Año XXXI, Ref. D-228, Editorial La Ley. p. 01.

<sup>6</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; BUSATO, Paulo César. O modelo espanhol de responsabilidade penal das pessoas jurídicas do CP de 2010. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 132. ano 25. p. 39-60. São Paulo: Ed. RT, jun. 2017, p. 40.

caráter de sanção penal, como é o caso da Lei n.º 9.613/98 (Lei de lavagem de dinheiro)<sup>7</sup> e a Lei n.º 12.846/13 (Lei Anticorrupção)<sup>8</sup>.

Assim, em decorrência da adoção da responsabilidade penal de pessoas jurídicas, há também a necessidade de explorar a forma como as regras processuais serão aplicadas para os entes coletivos submetidos a um processo penal que visa apurar sua responsabilidade. Como destaca Shecaira<sup>9</sup>, nos países que adotaram o modelo, houve a adoção de novas normas que adaptaram o processo para acolher as modificações feitas no ordenamento, inclusive com adaptações procedimentais. E no Brasil, as normas sobre o processo em decorrência da aplicação da Lei n.º 9.605/1998 acabou sendo genérica e não tratou de procedimentos específicos para pessoas jurídicas.

Dentro das matérias procedimentais a serem exploradas e adequadas quando se fala do tema, há a discussão sobre a existência ou não de direitos fundamentais das pessoas jurídicas e, em decorrência disso, como ficaria o princípio da vedação à autoincriminação ou o direito de não produzir provas contra si mesmo, ligado ao brocardo *nemo tenetur se detegere*<sup>10</sup>.

Com isso, considerando a lei de crimes ambientais, o objetivo do presente estudo é identificar se, no Brasil, há discussões doutrinárias ou posicionamentos judiciais sobre a possibilidade de pessoas jurídicas exercerem o direito de não produzir provas contra si mesma.

Para tanto, no desenvolvimento da pesquisa pretende-se verificar a compatibilidade entre direitos fundamentais e pessoas jurídicas; identificar os problemas práticos envolvendo o exercício do direito a não autoincriminação por pessoas jurídicas em processos criminais; e verificar o posicionamento das Cortes Superiores brasileiras sobre a aplicação do princípio para pessoas jurídicas em casos decorrentes da incidência da Lei n.º 9.605/98.

---

<sup>7</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Criminal compliance, lavagem de dinheiro e o processo de relativização do *nemotenetur se detegere*: cultura do controle e política criminal atuarial. In: **XXI Congresso Nacional do COMPEDI**, 2012, Niterói. Direito Penal e Criminologia. Florianópolis: FUNJAB, 2012. v. 1, p. 92.

<sup>8</sup> GUARAGNI, Fábio André; CAMBI, Eduardo. **Lei Anticorrupção**. Comentários à Lei 12.846/2013.1ª Edição. São Paulo: Almedina, 2015. p. 55. Nesse mesmo sentido: BOTTINI, Pierpaolo. A lei Anticorrupção como uma lei penal encoberta. **Revista Consultor Jurídico**. 8.jul.2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorruptao-lei-penal-encoberta>. Acesso em: 26.jan.2019.

<sup>9</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 155-156.

<sup>10</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. 1. ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 72.

## 1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E PESSOAS JURÍDICAS

O direito de não autoincriminação encontra previsão no art. 8, 2, g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n.º 678/1992, assim como no art. 14, 3, g, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Decreto n.º 592/1992.

Trata-se de direito que assegura que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo ou de declarar-se culpado. Daí porque, decorre dele o direito ao silêncio<sup>11</sup>, previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, especificamente no art. 5º, LXIII, dentro do título que trata dos direitos e garantias fundamentais.

Com isso, sendo um direito fundamental com previsão em tratados de direitos humanos, discute-se sobre a aplicação de tais direitos às pessoas jurídicas. Ocorre que, tanto a Constituição Brasileira de 1988, quanto o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a própria CADH não fazem distinção entre pessoas físicas e jurídicas para afirmar se estas podem exercer referidos direitos.

Nesse contexto, um dos argumentos utilizados para se afirmar que pessoas jurídicas podem desfrutar de direitos fundamentais é no sentido de que não há propriamente uma distinção entre pessoas físicas e jurídicas pelas normativas internacionais e muitas vezes Constitucionais; entretanto, a natureza da pessoa (física ou jurídica) deve ser compatível com o exercício do direito<sup>12</sup>, inclusive na linha do que entende o Tribunal Europeu de Direitos Humanos<sup>13</sup>

Nesse sentido, Canotilho refere que *“determinar quais os direitos e deveres compatíveis com a natureza das pessoas colectivas depende do conceito e do âmbito normativo específico do direito fundamental”*<sup>14</sup>. Assim, por exemplo, aparentemente não seria possível que pessoas jurídicas exerçam o direito de não serem torturadas (artigo 5, 2 da CADH), ou mesmo seja assegurada sua liberdade pessoal (artigo 7, 1 da CADH).

---

<sup>11</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 265.

<sup>12</sup> Veja-se, por exemplo, SANGUINÉ, Odone. Os direitos fundamentais das pessoas jurídicas no processo penal. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS**. v. 2, n. 2, 2014, p. 26. Ver também: HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. ¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse?. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**. v. 44, n. 1, 2015, p. 238-239: *“la circunstancia de que los textos en cuestión “no distingán” entre personas naturales y jurídicas a la hora de consagrar un derecho no libera de la necesidad de justificar especialmente su pertinencia respecto de las personas jurídicas”*.

<sup>13</sup> SANGUINÉ, Odone. Os direitos fundamentais das pessoas jurídicas no processo penal. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS**. v. 2, n. 2, 2014, p. 25.

<sup>14</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 364.

Deste modo, parece possível afirmar que as pessoas jurídicas podem desfrutar de direitos fundamentais, desde que estes não tenham características que façam com que apenas as pessoas naturais possam exercê-los.

## 2. PROBLEMAS NO EXERCÍCIO DO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO POR PESSOAS JURÍDICAS

Admitindo a possibilidade de direitos fundamentais serem exercidos por pessoas jurídicas, há que se verificar a compatibilidade do exercício do direito à não autoincriminação por pessoas jurídicas em um processo criminal.

Várias questões podem ser levantadas quando pensamos em situações que podem ocorrer durante o processo, como por exemplo, se o representante da empresa pode ou não invocar o princípio a fim de não entregar documentos que possam incriminar tanto a si mesmo como a empresa.

Hernández Basualto<sup>15</sup> traz um exemplo de decisão da Suprema Corte Americana que negou às pessoas jurídicas a proteção contra a autoincriminação, prevista pela Quinta Emenda da Constituição Americana. Na oportunidade, foi solicitado que o representante da empresa desse seu testemunho sobre fatos da própria empresa, inclusive a entrega de documentos. O representante se negou a entregar, pois ao fazê-lo estaria incriminando ele mesmo e a própria empresa. A Corte não legitimou a recusa e a invocação do direito, afirmando a natureza personalíssima do direito, no sentido de que ele não pode ser exercido por representantes da empresa; e destacou que, diferente das pessoas naturais, as pessoas jurídicas são criação do próprio Estado, recebendo poderes limitados pelo próprio Direito. Assim, pode o Estado exigir documentos, objetos e interrogar o representante sobre os fatos.

Em tais casos, é de se questionar se seria a pessoa jurídica quem estaria exercendo o seu direito ou a própria pessoa física, pois no caso, ao ser compelido a entregar documentos, o representante pode estar cumprindo o dever da empresa, mas ao mesmo tempo tem seu direito violado, enquanto pessoa física, já que está se autoincriminando.

Além disso, é possível questionar como seria exercido o direito, quando há algum conflito de interesses entre a pessoa física que representa a pessoa jurídica no processo e os interesses da própria empresa. Isso porque, se a pessoa física pretende se livrar da imputação,

---

<sup>15</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. ¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse?. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIV**. Valparaíso, Chile, 1º semestre de 2015, p. 224.

com omissões e ações poderia prejudicar e empresa, a fim de que sua responsabilização como pessoa física seja atenuada.

Com isso, seria o caso de deixar que apenas o advogado atue nos interesses da empresa em tais casos<sup>16</sup>? Ou mesmo nomear um curador para tutelar os interesses da pessoa jurídica, como ocorre na França<sup>17</sup>. Conforme sustentado por Gloeckner, a nomeação de curador não resolve todos os problemas, pois o interrogatório perderia sua finalidade, assim como a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal Brasileiro (especialmente a conduta social, a culpabilidade, a personalidade e os motivos do crime), que não poderiam ser avaliadas<sup>18</sup>.

No Brasil, inclusive, já houve caso em que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região<sup>19</sup> suscitou a não realização do interrogatório da pessoa jurídica no processo criminal, em sendo verificada a incompatibilidade entre as defesas dos possíveis representantes e a da pessoa jurídica. O interrogatório só poderia ser realizado caso existisse outro administrador integrante do colegiado que não estivesse acusado.

Além disso, conforme sustentado por Basualto, tendo em vista que a empresa é sempre representada por uma pessoa física no processo crime, sempre são terceiros que entregam documentos ou depõem. Assim, o direito de não produzir provas contra si mesma nunca poderia ser exercido pela pessoa jurídica, pelo simples fato de que são terceiros que a representam e que, portanto, podem incriminá-la<sup>20</sup>.

Como se vê, são várias as dificuldades práticas quando se fala no exercício do direito de não autoincriminação por pessoas jurídicas submetidas ao processo criminal. Na

---

<sup>16</sup> OBSERVATORIO DE DERECHO PENAL ECONÓMICO 2012 DE LA CÁTEDRA DE INVESTIGACIÓN FINANCIERA Y FORENSE UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS-KPMG. Derechos de la persona jurídica imputada: defensa, no autoincriminación y privilegio de las comunicaciones entre abogado y cliente. **Diario La Ley**, n° 7834, Sección Dictamen, 10 de Abril de 2012, Año XXXIII, Editorial La Ley. Disponível em: <<https://bit.ly/2L7qFep>>. Acesso em: 07.jul.2019

<sup>17</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Aspectos processuais penais da responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: BUSATO, Paulo César (Org.) **Responsabilidade penal de pessoas jurídicas: seminário Brasil-Alemanha**. 1. ed. – Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 153-165, p. 155.

<sup>18</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Aspectos processuais penais da responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: BUSATO, Paulo César (Org.) **Responsabilidade penal de pessoas jurídicas: seminário Brasil-Alemanha**. 1. ed. – Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 153-165, p. 158-159.

<sup>19</sup> BRASIL, Tribunal Regional Federal (4ª Região). Mandado de Segurança n.º 2002.04.01.013843-0/PR. Impetrante: Petróleo Brasileiro S/A (Petrobrás). Impetrado: Juízo Substituto da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR. Relator: Desembargador Federal José Luiz B. Germano da Silva. Porto Alegre, 10 de dezembro de 2002. **Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Disponível em: <[https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?arquivo=/trf4/volumes2/VOL0045/20030226/ST7/132003/200204010138430C.0124.PDF](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?arquivo=/trf4/volumes2/VOL0045/20030226/ST7/132003/200204010138430C.0124.PDF)> Acesso em: 07.jul.2019.

<sup>20</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. ¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse?. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIV**. Valparaíso, Chile, 1º semestre de 2015, p. 248.



sequência, tentar-se-á identificar se existe uma posição dos tribunais superiores brasileiros (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) a respeito do tema.

### 3. A QUESTÃO NO BRASIL

Muito embora o Brasil disponha de uma lei que preveja a prática de crimes por pessoas jurídicas, não há uma lei específica que discipline como será o processo criminal tendo uma pessoa jurídica como ré<sup>21</sup>, já que, como visto, nem sempre o que é regulamentado para uma pessoa física pode ser adequado para uma pessoa jurídica.

Assim, através da jurisprudência pode ser possível verificar como se tem tratado das questões conflitantes, incluindo aí a possibilidade de pessoas jurídicas poderem ou não exercer o direito à não autoincriminação.

Primeiramente, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal<sup>22</sup>, no âmbito do Recurso Extraordinário n.º 548.181-PR<sup>23</sup>, decidiu pelo afastamento da dupla imputação nos crimes ambientais; o que significa dizer que, nos processos criminais envolvendo pessoas jurídicas, não há a necessidade de que a pessoa jurídica seja denunciada sempre com uma pessoa física. Seguindo a mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça<sup>24</sup>, no Recurso em Mandado de Segurança n.º 39.173-BA<sup>25</sup> também reconheceu o afastamento da dupla imputação.

Assim, com as referidas decisões, tem-se que o entendimento das mencionadas Cortes Superiores é de que o ato da pessoa jurídica não é, necessariamente, vinculado ao da pessoa física, podendo a empresa ser denunciada sozinha. Tais decisões são importantes para não confundir os sujeitos, o que é fundamental para se entender a aplicação dos direitos processuais dos imputados.

---

<sup>21</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Aspectos processuais penais da responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: BUSATO, Paulo César (Org.) **Responsabilidade penal de pessoas jurídicas: seminário Brasil-Alemanha**. 1. ed. – Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 153-165, p. 164.

<sup>22</sup> A mais alta Corte do Poder Judiciário Brasileiro, com atribuições de Corte Constitucional e tribunal de última instância.

<sup>23</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 548.181/PR. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Petróleo Brasileiro S/A (Petrobrás). Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 06 de agosto de 2013. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087018>> Acesso em: 07.jul.2019.

<sup>24</sup> Trata-se da Corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil. Também é Corte recursal, responsável pela solução de casos civis e criminais que não envolvam a justiça especializada.

<sup>25</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n.º 39.173/BA. Recorrente: Petróleo Brasileiro S/A (Petrobrás). Recorrido: União. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 06 de agosto de 2015. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=49335096&num\\_registro=201202031379&data=20150813&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=49335096&num_registro=201202031379&data=20150813&tipo=5&formato=PDF)> Acesso em: 07.jul.2019.

Ainda que sejam pessoas distintas e com interesses distintos, há posicionamento no sentido de que a representação da empresa em juízo se dará por pessoas físicas, sejam os seus gestores<sup>26</sup> ou outra pessoa indicada<sup>27</sup>.

Alem disso, conforme defendido por Grinover, ao representante da empresa devem ser asseguradas todas as garantias constitucionais e processuais penais vigentes<sup>28</sup>.

Ocorre que, em pesquisa realizada sobre as decisões das Cortes Superiores (STJ e STF), não há decisões que respondam a questão sobre a possibilidade da pessoa jurídica poder exercer o direito de não produzir provas contra si mesma. A decisão que mais se aproximou da resposta foi a proferida no Recurso Especial n.º 1.673.226-DF<sup>29</sup>.

Na oportunidade do julgamento, foi impetrado Mandado de Segurança pelo representante da empresa que, com fundamento no direito de não produzir provas contra si mesmo, se recusava a comparecer para prestar esclarecimentos perante a autoridade policial. O tribunal de origem negou a possibilidade de invocar o direito quanto à identificação e qualificação dos representantes da instituição (primeira parte do interrogatório), decisão que foi mantida no STJ. Assim, o representante não poderia deixar de comparecer, deveria prestar as informações sobre a qualificação da empresa e seus representantes, já que tratam apenas da identificação da empresa, e não dos fatos. Sobre os dados do réu não se pode invocar o

---

<sup>26</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Revista de Direito Ambiental**. vol. 35/2004, Jul - Set / 2004, p. 9-25. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016bcd3f0c5e4dd755e4&docguid=I44fcc320f25211dfab6f010000000000&hitguid=I44fcc320f25211dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 07.jul.2019.

<sup>27</sup> AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Crime ambiental: anotações sobre a representação, em juízo, da Pessoa jurídica e seu interrogatório. **Revista de Direito Ambiental**. vol. 42/2006, Abr - Jun / 2006, p. 208-240. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000016bcd68a8451860338d&docguid=I50a0f4d0f25211dfab6f010000000000&hitguid=I50a0f4d0f25211dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 07.jul.2019.

<sup>28</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Revista de Direito Ambiental**. vol. 35/2004, Jul - Set / 2004, p. 9-25. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016bcd3f0c5e4dd755e4&docguid=I44fcc320f25211dfab6f010000000000&hitguid=I44fcc320f25211dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 07.jul.2019.

<sup>29</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.673.226/DF. Recorrente: Instituto Euro Americano de Educacao Ciencia Tecnologia. Recorrido: Distrito Federal. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Brasília, 25 de outubro de 2017. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=77901509&num\\_registro=201701263260&data=20171030&tipo=0](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=77901509&num_registro=201701263260&data=20171030&tipo=0)> Acesso em: 07.jul.2019.

direito de ficar em silêncio. Deste modo, o STJ não enfrentou diretamente a questão sobre o exercício do direito de não autoincriminação por pessoas jurídicas.

Assim, tem-se que não há posicionamentos claros, ao menos dos tribunais superiores brasileiros, sobre o exercício do referido direito por pessoas jurídicas. Ademais, a doutrina parece ser favorável à aplicação do princípio ao representante da empresa, muito embora não sejam enfrentados os problemas práticos derivados desse reconhecimento.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo breve estudo realizado, verifica-se que, no Brasil, a questão sobre a possibilidade da pessoa jurídica exercer o direito de não autoincriminação precisa de debates mais profundos.

Isso porque, é possível falar em direitos fundamentais a serem exercidos por pessoas jurídicas, mas desde que o direito que pretende ser aplicado seja compatível com a natureza da própria pessoa jurídica.

Nesse ponto, para verificar se o direito de não produzir provas contra si pode ser exercido por pessoas jurídicas, constatou-se que há vários problemas práticos quando se afirma essa possibilidade. Trata-se de problemas que precisam ser enfrentados, a fim de que se afirme de forma definitiva se e como a pessoa jurídica pode exercer esse direito.

No Brasil, não há um posicionamento claro dos tribunais superiores sobre essa possibilidade, nem mesmo como a pessoa jurídica poderia exercer esse direito. Entretanto, diante das normas internacionais e constitucionais atualmente vigentes, é possível que o direito seja pelo menos invocado pelo defensor em um processo crime.

Assim, a presente pesquisa - que não teve o objetivo de esgotar o tema - permitiu constatar que há a necessidade de promover um debate avançado sobre o exercício do direito à não autoincriminação por pessoas jurídicas, até porque, no Brasil, inexistente regulamentação específica para o processo criminal envolvendo empresas, e os problemas práticos da mera aplicação das regras do processo atualmente vigente são vários.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Crime ambiental: anotações sobre a representação, em juízo, da Pessoa jurídica e seu interrogatório. **Revista de Direito Ambiental**. vol. 42/2006, Abr - Jun / 2006, p. 208-240. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000016bcd68a8451860338d&docguid=I50a0f4d0f25211dfab6f010000000000&hitguid=I50a0f4d0f25211dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=13&c>>

[rumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>](#)

. Acesso em: 07.jul.2019.

BACIGALUPO, Enrique. Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de «compliance» (A propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009). **Diario La Ley**, nº 7442, Sección Doctrina, 9 de Julio de 2010, Año XXXI, Ref. D-228, Editorial La Ley.

BOTTINI, Pierpaolo. A lei Anticorrupção como uma lei penal encoberta. **Revista Consultor Jurídico**. 8.jul.2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorrupcao-lei-penal-encoberta>. Acesso em: 26.jan.2019.

BRASIL, Tribunal Regional Federal (4ª Região). Mandado de Segurança n.º 2002.04.01.013843-0/PR. Impetrante: Petróleo Brasileiro S/A (Petrobrás). Impetrado: Juízo Substituto da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR. Relator: Desembargador Federal José Luiz B. Germano da Silva. Porto Alegre, 10 de dezembro de 2002. **Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Disponível em: <[https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?arquivo=/trf4/volumes2/VOL0045/20030226/ST7/132003/200204010138430C.0124.PDF](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?arquivo=/trf4/volumes2/VOL0045/20030226/ST7/132003/200204010138430C.0124.PDF)> Acesso em: 07.jul.2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 548.181/PR. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Petróleo Brasileiro S/A (Petrobrás). Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 06 de agosto de 2013. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087018>> Acesso em: 07.jul.2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n.º 39.173/BA. Recorrente: Petróleo Brasileiro S/A (Petrobrás). Recorrido: União. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 06 de agosto de 2015. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=49335096&num\\_registro=201202031379&data=20150813&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=49335096&num_registro=201202031379&data=20150813&tipo=5&formato=PDF)> Acesso em: 07.jul.2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.673.226/DF. Recorrente: Instituto Euro Americano de Educacao Ciencia Tecnologia. Recorrido: Distrito Federal. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Brasília, 25 de outubro de 2017. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=77901509&num\\_registro=201701263260&data=20171030&tipo=0](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=77901509&num_registro=201701263260&data=20171030&tipo=0)> Acesso em: 07.jul.2019.

BUSATO, Paulo César. Razões criminológicas, político criminais e dogmáticas para a adoção da responsabilidade penal de pessoas jurídicas na reforma do código penal brasileiro. *In*: BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. 1. ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Criminal compliance, lavagem de dinheiro e o processo de relativização do *nemotenenetur se detegere*: cultura do controle e política criminal

atuarial. *In*: **XXI Congresso Nacional do COMPEDI**, 2012, Niterói. Direito Penal e Criminologia. Florianópolis: FUNJAB, 2012. v. 1.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Aspectos processuais penais da responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: BUSATO, Paulo César (Org.) **Responsabilidade penal de pessoas jurídicas: seminário Brasil-Alemanha**. 1. ed. – Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 153-165.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; BUSATO, Paulo César; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de Direito Penal brasileiro**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; BUSATO, Paulo César. O modelo espanhol de responsabilidade penal das pessoas jurídicas do CP de 2010. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 132. ano 25. p. 39-60. São Paulo: Ed. RT, jun. 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Revista de Direito Ambiental**. vol. 35/2004, Jul - Set / 2004, p. 9-25. Disponível

em:  
<<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016bcd3f0c5e4dd755e4&docguid=I44fcc320f25211dfab6f010000000000&hitguid=I44fcc320f25211dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>

Acesso em: 07.jul.2019.

GUARAGNI, Fábio André; CAMBI, Eduardo. **Lei Anticorrupção**. Comentários à Lei 12.846/2013.1ª Edição. São Paulo: Almedina, 2015.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. ¿Derecho de las personas jurídicas a no autoincriminarse?. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**. v. 44, n. 1, 2015, p. 217-263.

OBSERVATORIO DE DERECHO PENAL ECONÓMICO 2012 DE LA CÁTEDRA DE INVESTIGACIÓN FINANCIERA Y FORENSE UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS-KPMG. Derechos de la persona jurídica imputada: defensa, no autoincriminación y privilegio de las comunicaciones entre abogado y cliente. **Diario La Ley**, nº 7834, Sección Dictamen, 10 de Abril de 2012, Año XXXIII, Editorial La Ley. Disponível em: <<https://bit.ly/2L7qFep>>. Acesso em: 07.jul.2019.

SANGUINÉ, Odone. Os direitos fundamentais das pessoas jurídicas no processo penal. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS**. v. 2, n. 2, 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

## CONTROLE PENAL DA MIGRAÇÃO E LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: AVANÇOS E RETROCESSOS

Guilherme Moreira Pires<sup>1</sup>

Patrícia Cordeiro da Silva<sup>2</sup>

**RESUMO:** Este artigo versa sobre o controle penal da migração, abarcando uma breve contextualização dos fluxos de migração atravessados por múltiplos controles e novas tecnologias, considerando também a reação da sociedade brasileira ante tais fenômenos, cada vez mais atuais. Para explorar esses controles, foi considerado importante trabalhar com noções indicadas por Michel Foucault e Gilles Deleuze, como a de “Sociedades de Controle”. Após breves apontamentos nessa direção, o trabalho se destinará propriamente aos avanços e retrocessos na legislação brasileira no que tange ao controle penal da migração, tema cada vez mais explorado como questão de política-criminal disputada por diversificados grupos em suas práticas discursivas concernentes a segurança pública. O presente artigo foi desenvolvido pelos autores em uma Comissão Especial de Estudos de Direito Penal Internacional (vinculada no Brasil ao “Canal Ciências Criminais”), referente a estudos nos anos de 2018 e 2019 interessados na internacionalização do Direito (com ressonâncias institucionais e normativo-dogmáticas), e no caso deste artigo, também ressonâncias sociais, sendo na atualidade das Sociedades de Controle, urgente o tema do controle penal da migração no Brasil, território de alguns avanços jurídicos, mas também de muitos retrocessos, inclusive acerca das violências contra os migrantes, envolvendo muito preconceito, medo e mobilização de ódio, o que precisa ser superado com urgência no país.

**Palavras-chave:** Migração; Controle; Violência; Preconceito; Brasil.

**ABSTRACT:** This article deals with the criminal control of migration, involving a brief contextualization of the migration flows crossed by multiple controls and new technologies, considering also the reaction of Brazilian society to these increasingly current phenomena.

To explore these controls, it was considered important to work with notions indicated by Michel Foucault and Gilles Deleuze, such as “Societies of Control”. After brief considerations in this direction, the work will properly target the advances and setbacks in Brazilian legislation regarding the criminal control of migration, a topic increasingly explored as a matter of criminal politics disputed by diverse groups in their discursive practices concerning public security. This article was developed by the authors in a Special Committee on International Criminal Law Studies (linked in Brazil to the “Canal Ciências Criminais”), referring to studies in the years 2018 and 2019 interested in the internationalization of Law (with institutional and normative-dogmatic resonances), and in the case of this article, also social resonances, being in the present time of the Societies of Control, urgent the subject of the criminal control of the migration in Brazil, territory of some legal advances, but also

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Penal (Universidad de Buenos Aires); Mestrando em Letras (Unioeste); Pós-graduado em Ciências Criminais (LFG); Graduado em Direito (UNIVIX); Membro da Comissão Especial de Estudos de Direito Penal Internacional vinculado ao Canal Ciências Criminais. E-mail: <guilherme.piresecordeiro@gmail.com>.

<sup>2</sup> Mestranda em Letras (Unioeste); Pós-graduada em Processo do Trabalho e previdenciário (LEGALE); Graduada em Direito (UNIVEL); Graduada em Jornalismo (UNIVEL); Membro da Comissão Especial de Estudos de Direito Penal Internacional vinculado ao Canal Ciências Criminais. E-mail: <patricia.piresecordeiro@gmail.com>.

many setbacks, including violence against migrants, involving much prejudice, fear and mobilization of hatred, which needs to be overcome urgently in the country.

**Keywords:** Migration; Control; Violence; Prejudice; Brazil.

## 1. INTRODUÇÃO: CONTROLE PENAL DA MIGRAÇÃO E SOCIEDADES DE CONTROLE

*“Ninguém migra por migrar, migra-se por necessidade, migra-se por medo, migra-se por coragem, migra-se por amor [...] Migra-se para fugir, migra-se para encontrar [...] Migra-se para nascer em outro lugar”* (Poema retirado do estudo: “A Diáspora Haitiana – da utopia à realidade”)

AUGUSTO, UEHARA e RODRIGUES (2014) explicitam o controle em trânsito; campos de concentração a céu aberto, razão de governo, governo das polícias, programas de segurança, monitoramentos, governos do espaço sideral que não dispensam controle e polícia de fronteiras<sup>3</sup>.

Nas sociedades de controle, há contínuas participações acerca do controle penal e medo da multiplicidade (PIRES, 2018). Nessa esteira, é determinante a questão das novas convocações às participações nos fluxos de controles, que mobilizam o ódio e o medo ao “diferente”, entre novas tecnologias e meios ultrarrápidos que perfuram fronteiras físicas (inclusive acerca da comunicação e das redes em que circulam os discursos de ódio, em constante constituição e diálogo com o medo e a repulsa à multiplicidade<sup>4</sup> e às diferenças).

Isso dialoga com a questão da migração, tendo em vista os discursos de ódio que lhe orbitam e perpassam ininterruptamente, explicitando problemáticas formações discursivas e embasamentos ativados na justificação do controle penal oficial (sem olvidar das derivações não declaradas conhecidas à luz da criminologia crítica e pelas histórias dos pensamentos libertários sobre os funcionamentos reais).

A última década é marcada por crises do capital em nível internacional, juntamente a crises locais que deslocaram a questão do controle penal da migração, de tema pouco tratado,

---

<sup>3</sup> Turistas, estudantes, refugiados, imigrantes legais e ilegais; internacionalmente, a depender de um simples papel/documento, a situação de uma pessoa pode oscilar muito: desde o agradável acolhimento, com incentivos a permanecer num país ou retornar ao país de origem, até o extremo do (re)direcionamento a campos de concentração para imigrantes, com aval de acordos internacionais contrários a certos imigrantes, como destacam esses pesquisadores do Nu-sol (Núcleo de Sociabilidade Libertária - PUC - São Paulo).

<sup>4</sup> Contra essa multiplicidade, importante destacar uma formação destinada ao produto que mescla cidadania e polícia, representando o “cidadão-polícia” identificado por AUGUSTO (2013, 2018). Esse conceito (tensionado no abolicionismo penal libertário) remete ao cidadão atravessado, assujeitado e marcado por certa subjetividade policial estadocêntrica, algo que se elastifica e funciona na legitimação de uma excludente “razão de governo”, notadamente temerosa do outro, do “diferente”, do desconhecido.

para um bastante explorado, uma questão de política-criminal que repercute em vidas marcadas direta ou indiretamente pelas políticas escolhidas (necessariamente carregadas ideologicamente)<sup>5</sup>.

A diluição de fronteiras das sociedades de controle que alimenta e potencializa a circulação física e eletrônica, não desagua necessariamente em facilidades para a circulação de todos, de modo que, a depender de cada legislação e política de controle específica, a entrada de imigrantes taxados de ilegais pode remeter a práticas horrendas que não merecem prosperar.

Os fluxos migratórios acentuam a chegada ao Brasil de pessoas em busca de melhores condições e oportunidades, com menos violência e dificuldades, e embora existam reações de acolhimento e solidariedade dos brasileiros, com a conseqüente adaptação e estabilização dos que chegam ao país, visando plena integração dos imigrantes, também paira no Brasil uma permanente atmosfera de desconfiança, com suspeitas, vigilância e monitoramento do outro, ou distanciamento desse outro, e no limite, ódio desse diferente, o que desagua em violências simbólicas e reais muito atuais (inclusive com espancamento e morte, muito lamentavelmente).

Isso é estimulado por práticas discursivas que fomentam a paranoia e apresentam essas pessoas (muitas das quais fugiram de crises e violência), como potenciais ladrões, homicidas, traficantes, estupradores, “ladrões de emprego” etc., o que infelizmente fortalece demandas por ordem associadas, no imaginário dessas pessoas, a um controle penal mais austero.

Controle penal que legitima práticas repressivas amplificadas por parte dos governos e da população em geral, como se verifica no Brasil acerca do lamentável preconceito e ódio a haitianos, africanos, venezuelanos, cubanos, bolivianos, paraguaios etc., que estariam invadindo o país para fins nefastos, como espantosamente acreditam muitos desses cidadãos, ávidos por uma política migratória mais dura, restritiva acerca dos indesejados, fomentadores de uma política-criminal moldada em preferências político-ideológicas e formações discursivas claramente inimigas da multiplicidade, como explicitamente era o caso do “Estatuto do Estrangeiro”, sobre o qual doravante se passa a dispor.

---

<sup>5</sup> Como sabido na Análise de Discurso (linha francesa), que, acerca da questão criminal, deve também acompanhar (no mínimo) o arcabouço teórico “criminológico crítico”, sob risco, caso contrário, de inutilizar seus importantes deslocamentos e rupturas perpetradas, sem alcançar uma relação menos ingênua com a linguagem, como visado, e sem rupturas criminológicas contundentes. Ademais, para os que ainda acreditam serem os trabalhos de política-criminal possivelmente embasados em “dados neutros”, assépticos, vale recobrar o indiano RAJAGOPALAN (2003, p. 26), que de modo pertinente assevera como “A crença na existência de dados teoricamente inocentes e neutros é um dos mitos que ainda rondam o imaginário do cientista, não obstante todos os recentes esforços por parte de filósofos da ciência como Kuhn (1962) e Feyerabend (1975)”.



## 2. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO: CENÁRIO JURÍDICO ANTIGO

O Brasil deparava-se com a contradição de comportar em seu “período democrático”, marco regulatório herdado de regime de exceção. O Estatuto do Estrangeiro, nacionalista, foi instituído em 1980, com teor de natureza militar, abertamente atrelado à segurança nacional, com restrição de liberdade dos imigrantes em território nacional (interpretados como estranhos, merecedores de desconfiança, empecilhos ameaçadores da coesão interna e estabilidade do país).

Visava, de forma cristalina, uma coesão interna essencialmente negadora do diferente, do alheio à unidade instituída conservada, optando por estabilidade e coesão à custa da exclusão e rejeição dos elementos diferentes, alheios à “nação”, à unidade em tese salvaguardada, como afirmavam os discursos oficiais.

Exemplificativamente, se verifica a “defesa do trabalhador nacional” como parte de sua justificação oficial de defesa direcionada ao país, um protecionismo de certos valores instituídos e da coesão forjada, que, no plano do não-dito, rejeita de forma desedificadora da dignidade humana a possibilidade de livre aceitação de outras formas de existir.

Um instrumento de impasse para o tratamento dos imigrantes como sujeitos de direito, como pretendiam certa parcela política internacional mais engajadas na defesa de uma política internacional de Direitos Humanos, depositando esforços no caráter universal dos direitos, que não deveriam ser violados pelos Estados<sup>6</sup>.

A Lei n. 6.815/1980 responsável pela instituição desse conjunto de normas criou o Conselho Nacional de Imigração, e por anos permaneceu incidindo em cenário em que a questão migratória não recebia tanta pressão e interesse midiático e internacional; todavia, a última década é marcada por um redimensionamento dessa questão, de modo que, a título de exemplo, em 2010 o Brasil se deparava com grandes fluxos de haitianos e africanos.

Ante a impossibilidade de juridicamente lidar de forma apropriada meramente regularizando a situação de estrangeiros que residiam há certo tempo no país em conjunto com medidas paliativas, o que era insuficiente, se concluiu que era necessária uma política migratória adequada e clara a incidir sobre tais fluxos, preenchendo as lacunas e se apartando em tese do teor militar do aludido documento.

---

<sup>6</sup> Como se pode notar, pairam, ainda hoje, tensões envolvendo discussões sobre soberania, limites e adequações dos ordenamentos jurídicos pátrios frente ao Direito Internacional.

Cenário que ensejou, com ênfases diversificadas, iniciativa da Secretaria de Assuntos Estratégicos (SAE) visando alterar a lei de migrações sobre a atração de “força de trabalho qualificada”; iniciativa da Secretaria Nacional de Justiça (SNJ) para modificar a lei focando nas garantias dos migrantes (tendo constituído Comissão de Especialistas, equipe responsável pela elaboração de Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil); e o Conselho Nacional de Imigração (CNIg) apresentou um Projeto de Lei também visando garantir direitos dos migrantes.

Assim, em cenário de múltiplas iniciativas, anteprojeto e projetos de lei de período distintos, com tramitações mais adiantadas e outras mais atrasadas, identifica-se a presença de certo utilitarismo acerca de vantagens turísticas, econômicas, e bom uso das forças produtivas, apesar de conciliar a isso a ênfase nos direitos dos migrantes (sem, contudo, se apartar totalmente da herança de segurança nacional atrelada ao regime de exceção).

Visando melhorias que incidam sobre a vida dos imigrantes no Brasil, na data 24 de maio de 2017, foi sancionada pela Presidência da República a Lei n. 13.445/2017, a nova Lei de Migração (acompanhada de 21 vetos), sobre a qual doravante se tratará.

### **3. DA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO: EXPECTATIVAS E APONTAMENTOS JURÍDICOS**

Ante o exposto, o Brasil conta com nova Lei de Migração (Lei 13.445/2017), em substituição ao aludido Estatuto do Estrangeiro (herdado do regime militar), o que é associado à tentativa de redemocratização do país.

Visando assegurar o tratamento das pessoas como sujeitos de direito, com segurança jurídica para não sofrerem medidas violentas – a exemplo da retirada compulsória do país, prevista nas legislações anteriores em hipótese de “periculosidade”, bem como ameaça à “ordem” e à “moral(idade)” – se aposta em avanços democráticos sobre a questão migratória no país, de sorte a possibilitar melhores tratamentos e estimular a cooperação entre povos, fomentando práticas significativamente silenciadas e negligenciadas no período de exceção, sem respeito pelo Outro, pela multiplicidade e alteridade; período marcado por tratamentos autoritários perante os entes classificados como perigosos, impressos e explicitados no processo de controle penal da migração.

Isso dito, tal inovação combate o cristalino anacronismo do referido Estatuto herdado de regime de exceção atrelado à ilusão de segurança nacional mobilizado para

manter a coesão forçada; o que em tese contribui para a dissolução de indesejáveis marcas e resquícios da ditadura militar impressos no ordenamento jurídico pátrio.

A criminalização não desaparece, mas, à luz do texto legal, se foca anos denominados “coiotes”, teoricamente sem prejuízos aos migrantes propriamente ditos, com proposta de um novo equacionamento do controle penal visando sua retração, para focar-se propriamente no fomento de facilidades para os migrantes (ao menos em teoria).

Trata-se, esta, da grande ruptura com o conteúdo anterior sedimentado, buscando quebrar, romper com sua cristalização, para deslocar-se da doutrina de segurança nacional e conferir energia à busca pela efetivação de direitos e garantias fundamentais massivamente violados.

A nova lei é mais clara em suas delimitações, o que é verificável já em seu art. 1º. Cria categorias de forma a incluir uma multiplicidade sem grandes restrições, também estabelecendo a definição de apátrida. Isso, sem prejudicar eventual “*aplicação de normas internas e internacionais específicas sobre refugiados, asilados, agentes e pessoal diplomático ou consular, funcionários de organização internacional e seus familiares*” (art. 2º da referida lei).

O art. 3º – que aponta os princípios e diretrizes regentes da política migratória brasileira – destaca o caráter universal dos direitos humanos, bem como a indivisibilidade e interdependência dos mesmos (I); explicita seu repúdio e atenção à prevenção contra a xenofobia, o racismo, e bem como contra todas as outras formas de discriminação (II); aponta a não criminalização da migração (III), o que se traduz numa tentativa de virada paradigmática sobre como lidar com os fluxos migratórios apartando-se dos fluxos de controle penais, o que, todavia, na prática não ocorre de forma tão cristalina<sup>7</sup>.

O artigo seguinte pretende estabelecer garantias aos migrantes, mas como possível notar, são muitos os vetos, atravessados e constituídos com determinante influência de formações discursivas mais restritivas, conservadoras e retrógradas acerca dos direitos dos migrantes, heranças que não deixam de existir, ensejando inúmeros vetos.

---

<sup>7</sup> A longa lista de incisos segue apontando a não discriminação decorrente dos critérios e/ou procedimentos em razão dos quais a pessoa foi admitida no país (IV); regularização documental e entrada regular (V); acolhimento humanitário (VI); desenvolvimento econômico, cultural, científico etc. (VII); direito à reunião familiar (VIII); igualdade de tratamento (IX); inclusão social, laboral e produtiva (X); acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social; acesso livre e igualitário a serviços, programas, moradia, benefícios sociais etc. (XI); promoção de garantias e obrigações (XII); diálogo social ao dispor sobre políticas migratórias (XIII); integração cultural dos povos através da constituição democrática de espaços de cidadania com livre circulação de pessoas (XIV); cooperação internacional entre Estados (XV); integração e articulação de políticas públicas regionais (XVI); proteção integral e atenção ao interesse da criança/ adolescente migrante (XVII); observância a tratados (XVIII); proteção ao brasileiro no exterior (XIX); migração e direitos inalienáveis compartilhados por todos (XX); promoção do reconhecimento acadêmico/exercício profissional (XXI); repúdio às práticas de expulsão ou deportação coletivas (XXII).

Apesar disso, a lei definitivamente imprimiu enunciados no sentido de fomentar melhorias no tratamento das políticas migratórias, visando com maior contundência e clareza a integração plena dos migrantes à sociedade brasileira, repudiando múltiplas práticas de discriminação, sendo importante mencionar os artigos 3º e 4º invocados nesse diapasão, que acerca do controle penal, investem na não criminalização da migração, assinalando uma ruptura com práticas de deportações coletivas, bem como uma ruptura com entraves materiais e lógico-objetivos demasiado restritivos aos migrantes (a exemplo da documentação necessária), não se excluindo ainda o enfrentamento de entraves da ordem do simbólico, como o preconceito e a violência simbólica aos migrantes, que no limite desagua em violências reais extremas.

Dessa forma, embora se trate aqui de esboçar apontamentos jurídicos, não se pode olvidar que o simbólico e o político se entrelaçam mesmo nos documentos jurídicos, que, aliás, no presente caso versa, também sobre direcionamentos para uma política criminal menos repressiva face aos migrantes, e que assim pretende enxugar o controle penal.

Todavia, ao mesmo tempo em que se verificam tais direcionamentos, cabe apontar que, na atualidade das sociedades de controle, de maior sofisticação nos seus mecanismos, dispositivos e tecnologias de monitoramento acerca dos contornos repressivos, os aprisionamentos e implicações problemáticas aos migrantes não desapareceram, tornando-se o aparato repressivo mais eficiente em aprisionar e monitorar. Então, embora a nova lei melhore sobremaneira a questão do controle penal, assinalando rupturas com o autoritarismo de legislações prévias, e incidindo de modo a fomentar maior cooperação e integração entre povos, com valorização e fortalecimento mútuo, importa frisar que a atualidade do século XXI é mais versátil em suas formas de controle e monitoramento, de modo que pequenos deslizos podem mobilizar a incidência do aparato penal de modo mais preciso no que tange às suas capturas, de modo que a questão das drogas ainda ativa tratamentos designados ao inimigo, recobrando ainda que não declaradamente, a noção de periculosidade como noção fundante, estruturante de polícias e política criminal.

A redação da nova lei é encarada como um texto, que serve como unidade de análise de modo a acessar discursos, sempre marcados ideologicamente, e no presente caso, a lei foi acompanhada de vetos, formações discursivas atuando na contramão da nova lei, que visaram restringi-la, de sorte a propiciar recuos em seu alcance.

Isso, de modo pouco respeitoso à multiplicidade e alteridade, com profundas dificuldades de acolhimento do diferente e das diferenças. Nesse sentido é imprescindível recobrar a importância de filósofos da diferença e das intensidades, do múltiplo, a exemplo

do francês Gilles Deleuze, que trabalhou com a noção de sociedades de controle presente neste artigo, ainda que em acepção atualizada/reinventada à luz das histórias dos pensamentos libertários (PIRES, 2018), atenta à abolição de produções autoritárias (CORDEIRO; PIRES, 2017).

Na aludida lei, o art. 28 aduz que: *“não se concederá asilo a quem tenha cometido crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou crime de agressão, nos termos do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998, promulgado pelo Decreto no 4.388, de 25 de setembro de 2002”*; e o art. 45, inciso II, dispõe que *“poderá ser impedida de ingressar no País, após entrevista individual e mediante ato fundamentado, a pessoa: condenada ou respondendo a processo por ato de terrorismo ou por crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou crime de agressão, nos termos definidos pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998 (...)”*.

A seção IV do capítulo V (das medidas de retirada compulsória) versa sobre a expulsão (importante notar o art. 54). No início desse capítulo, se verifica o que pode ensejar expulsão do migrante, enquanto o artigo seguinte (art. 55), determina quando não se procederá pela expulsão, e inclui, a título de exemplo, ter a pessoa mais de 70 (setenta) anos, residindo no País há mais de 10 (dez) anos, sendo considerados os fundamentos e a gravidade da expulsão, ou ter cônjuge/companheiro residente no país, ou filho brasileiro sob guarda ou dependência econômica ou socioafetiva. Da extradição, expõe o art. 81 que *“extradição é a medida de cooperação internacional entre o Estado brasileiro e outro Estado pela qual se concede ou solicita a entrega de pessoa sobre quem recaia condenação criminal definitiva ou para fins de instrução de processo penal em curso”*, dispondo o art. 82 sobre quando ela não ocorrerá.

Nesse sentido, conforme o art. 82, não se concederá a extradição em muitas hipóteses, todavia, algumas são bastante imprecisas, como o inciso VII acerca de *“o fato constituir crime político ou de opinião”*. À luz dos estudos criminológicos, sabe-se que todo crime é político, bem como todo preso. Mesmo a delimitação do que constitui ou não um *“crime político”* dentro desse corte jurídico equivocado, dos que não exploraram as histórias dos pensamentos criminológicos, promove muitas divergências diante dos casos concretos acerca da (não) caracterização desse *“crime político”*, como dizem, até porque, de forma absurda, a criminalização de *“crimes políticos”* podem ser associados pelos intérpretes a práticas terroristas, quebrando assim com a impossibilidade de extradição; e precisamente nessa esteira, o §4º desse dispositivo expõe que *“O Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crime político (...) terrorismo”*.

Ademais, cabe apontar o seguinte dispositivo:

*Art. 115. O Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte art. 232-A: “Promoção de migração ilegal. Art. 232-A. Promover, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a entrada ilegal de estrangeiro em território nacional ou de brasileiro em país estrangeiro: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (...) § 2º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) se: I - o crime é cometido com violência; ou II - a vítima é submetida a condição desumana ou degradante. (...)”.*

Ou seja, embora a “não criminalização da migração” esteja expressa no art. 3º, inciso III, acerca dos princípios e diretrizes que regem a política migratória brasileira referentes à nova lei, como se pode verificar, é criminalizada a promoção da “migração ilegal”, com penas de 2 (dois) a 5 (cinco) anos que podem ultrapassar 6 anos ante o § 4º acima, e isso sem prejuízo das eventuais penas atreladas às demais infrações *in casu*.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora a redação da nova lei se mostre um grande avanço, são verificados recuos nessas inovações acerca do controle penal com inúmeros recursos que podem ser mobilizados para fins diametralmente opostos aos princípios e diretrizes da própria lei, que ressaltam a não criminalização da migração (em parte, coincidente com as forças atreladas aos vetos derivados do conservadorismo)<sup>8</sup>.

Assim, não é automática a perseguição dos princípios e diretrizes esboçados, senão que deve derivar de um esforço interpretativo associado a práticas edificadoras da dignidade, sem rejeição da diferença, bem como sem orbitar categorias problemáticas da linguagem criminal ainda residualmente vinculadas ao nacionalismo, ao conservadorismo e ao autoritarismo<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> E isto porque, para além do texto, existe sua aplicação e incidência atravessada ideologicamente, sem desvincular-se do simbólico, nem da operacionalização de governo e exercício dos intérpretes do Direito, que empregam mal categorias como “terrorismo”, e (não) caracterização de “crime político”.

<sup>9</sup> Como exemplo de veto atravessado por tais elementos restritivos e mesmo repressivos, tem-se o referente ao § 4º do art. 113, que apontava como grupo vulnerável quem responde em liberdade por delito, do que se depreende a incompreensão de contextos dos fluxos migratórios, a insensibilidade frente aos que respondem a processos criminais distantes de seus países, a incompreensão de que a regra deve ser a liberdade, sem prejuízos derivados de responder a processo criminal, bem como incompreensão e insensibilidade sobre a condição de vulnerabilidade dessas pessoas, sobretudo quando convertidos em réus, que por excelência já se tornam a parte mais frágil da relação, como amplamente cristalizado nas lições críticas dos principais processualistas penais do país e do cenário internacional.

Não é razoável nesse escrito dissertar sobre cada um dos vetos<sup>10</sup>, mas cumpre destacar que não só muitos deles foram constituídos por incompreensões e discursos do senso comum criminológico, como muitos foram amplificados por embates e disputas institucionais repletas de contradições e péssimos direcionamentos, ancorados em saberes inconsistentes que enxergam no migrante, equivocadamente, uma ameaça, a partir de múltiplos prismas, inclusive o criminal, promovendo discursos de paranoia em que os migrantes figuram como grande perigo, e os que desejam lhes acolher, figurando como cúmplices interessados em “destruir o país”.

Ante todo o exposto, a nova lei reflete avanços, sobretudo considerando o péssimo cenário anterior, com dispositivos herdados do período de exceção, apresentando já em seus artigos primeiros uma tentativa de abarcar e resguardar distintas situações dos migrantes, se apartando do controle penal e da doutrina de segurança nacional<sup>11</sup>.

## 5. REFERÊNCIAS

AUGUSTO, Acácio; UEHARA, Luíza; RODRIGUES, Thiago. **A céu aberto: controles, direitos, seguranças, penalizações e liberdades**. In: **revista verve**, 26: 13-47, 2014.

AUGUSTO, Acácio. Idas e vindas de uma escrita: em busca da abolição possível. In: PIRES, Guilherme Moreira. **Abolicionismos e Sociedades de Controle: entre aprisionamentos e monitoramentos**. Florianópolis: Editora Habitus, 2018.

BRASIL. Senado Federal. **Lei 13.445, de 24 de maio de 2017**. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13445-24-maio-2017-784925-publicacaooriginal-152812-pl.html>>. Acesso em: 10/10/2018.

CORDEIRO, Patrícia; PIRES, Guilherme Moreira. **Abolicionismos e Cultura Libertária: inflexões e reflexões sobre Estado, democracia, linguagem, delito, ideologia e poder**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

MARTINS, J. R. V. (Coord.). **A diáspora haitiana: da utopia à realidade**. Foz do Iguaçu: UNILA, 2014.

PIRES, Guilherme Moreira. **Abolicionismos e Sociedades de Controle: entre aprisionamentos e monitoramentos**. Florianópolis: Editora Habitus, 2018.

RAJAGOPALAN, Kanavillil. **Por uma linguística crítica: linguagem, identidade e questão ética**. São Paulo: Parábola Editorial, 2003.

---

<sup>10</sup> Entre os vetos restritivos apresentados, um deles incidiu contra a livre circulação de indígenas e populações tradicionais, de modo que as justificativas dos vetos não se apartam totalmente dos resquícios da doutrina de segurança nacional, ainda marcadamente presente no funcionamento dos discursos.

<sup>11</sup> Todavia, muitos recuos foram realizados ante o enfrentamento com as forças retrógradas, concessões em sua redação, e, para além do texto, há ainda que se preocupar com a condução das práticas, os exercícios de poderes dos intérpretes, bem como o manuseio de categorias imprecisas que nutrem o condão de regê-los, nem sempre conforme as diretrizes e princípios apontados.

# O DESENVOLVIMENTO DA LEGISLAÇÃO NACIONAL REFERENTE AO BULLYING

Caio Mendes Guimarães Marcondes Machado<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho busca evidenciar a abordagem jurídica acerca do problema do bullying diante de nossa legislação nacional. Serão tratados neste artigo quais são as principais ocorrências do bullying na sociedade brasileira atual, os meios de resolução de lides de acordo com os tipos de abordagem sistemáticas relacionadas e sanções sócio educativas ou então por vias jurisdicionais. Ora, o bullying nada mais é do que uma problemática característica do meio escolar em si, portanto veremos os principais meios de solução previstos não só no Código Civil ou Penal, mas também no Estatuto da Criança e do Adolescente. Todas essas abordagens importam para que possa ser bem salientado este problema, uma vez que o bullying vem se tornando muito comum nas escolas e trazendo consequências extremamente sérias e prejudiciais tanto para quem sofre, quanto para quem ataca.

Inicia-se o artigo através da lei 13.185, sancionada em 2015 e que tem como intuito o combate ao bullying. Em seguida, teremos a abordagem da Constituição Federal como norteador principiológico sobre o problema. Ademais, as possíveis lides expressas no Código Penal e Civil serão apresentadas. E ao final, será apresentado o Estatuto da Criança e do Adolescente, que serve como grande norteador administrativo relacionado à educação infantil.

Ao final deste trabalho, teremos as conclusões tiradas acerca da grande relação de meios de resolução tanto de conflitos como da administração sobre o problema, finalizando com as referências destacadas.

**Palavras chave:** Bullying; Cyberbullying; Depressão; Responsabilidade Civil.

## 1. Desenvolvimento

### 1.1. Abordagem jurídica e o desenvolvimento da legislação nacional

Em relação à legislação nacional que é relacionada ao bullying, já temos diversas abordagens que fazem referência ou que podem ser relacionadas a este problema. Em 2015, fora sancionada a Lei específica de proteção e combate à intimação sistemática, no entanto, de acordo com o ocorrido e suas complicações em cada caso, outras legislações deverão ser aplicadas a fim de solucionar a lide.

Nesta pesquisa, serão relacionados os dispositivos que podem ser empregados em um caso de bullying, assim como a maneira em que podem ser descritos. São estes: a as abordagens no Direito Penal, Cível, da Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do

---

<sup>1</sup> ; Graduando em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP  
caiomgmm@hotmail.com



adolescente, do Código de defesa do consumidor e da própria lei específica de combate ao bullying, cada um revelando suas particularidades acerca do tema.

### **1.1.1. Lei nº 13.185, de 6 de novembro de 2015 - Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying)**

A primeira legislação a ser apontada nesta pesquisa será a mais nova lei sancionada no ano de 2015 pela então presidente da república, Dilma Rousseff. Iniciaremos nossa exposição acerca das legislações a fim de elucidar não só as possíveis sanções que podem ser tomadas frente ao problema bullying, mas também apresentando aquelas normas que tentar frear o problema.

A exemplo disso temos este programa de combate contra o bullying, ou como fora traduzido para o português: “Intimidação Sistemática”. Esta norma contém oito artigos apenas, que em primeiro lugar, conceitua e caracteriza quais são as práticas que podem ser associadas ao bullying e os meios cabíveis para extinguir este transtorno em cadeia nacional. Pode-se dizer que esta lei fixa de uma vez por todas a importância do assunto no Brasil. Institui de uma vez por todas que esta temática é um grande problema e merece atenção, cuidado e ainda formas de diminuí-lo. Com isso, vamos à apresentação de seus itens.

O art. 1º da referida lei conceitua o bullying:

“No contexto e para os fins desta Lei, considera-se intimidação sistemática (bullying) todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas.”

Já o art. 2º caracteriza os atos de bullying a partir de atos de violência física ou psicológica a partir de intimação, humilhação ou discriminação. E ainda enumera mais oito atos como possíveis de serem associados ao bullying. São estes: ataques físicos, insultos pessoais, comentários sistemáticos e apelidos pejorativos, ameaças por quaisquer meios, grafites depreciativos, expressões preconceituosas, isolamento social consciente e premeditado e pilhérias. E ainda, em seu parágrafo único, predispõe sobre o *cyberbullying*. Aquele realizado por meios eletrônicos como computadores por exemplo.

Prosseguindo, no art. 3º da lei vemos as classificações dos atos de bullying legalmente. Vê-se que o intuito do legislador até o momento seria identificação daqueles atos que poderiam representar o bullying, como insultar, difamar, assediar, e diversos outros.

## O Desenvolvimento da Legislação Nacional Referente ao Bullying

No artigo 4º do diploma legal, agora deixando de lado o objetivo de caracterizar os atos do bullying, observa-se os objetivos desta lei. Ao todo, nove finalidades são predispostas, como por exemplo, prevenir e combater a prática deste ato lesivo, capacitar os docentes e equipes pedagógicas a enfrentar o problema, instituir práticas de conduta para pais, familiares e responsáveis e diversos outros.

Por fim, a Lei nº 13.185, de 6 de novembro de 2015 também ordena acerca da responsabilidade dos entes frente ao problema do bullying. Primeiramente, dispõe sobre os estabelecimentos de ensino, clubes e agremiações sobre o dever de conscientizar, prevenir e combater a intimidação sistemática. Sobre os Estados e Municípios, o encargo é sobre a elaboração de relatórios bimestrais sobre as ocorrências de bullying e planejando ações contra este. Já os entes federados têm a possibilidade de firmar convênios para objetivar a correta diretriz dos programas. Ou seja, escolas, municípios, estados e entes federativos devem trabalhar juntos a fim de sanar o problema. Portanto, reitera-se. O principal objetivo desta lei é conscientizar e buscar a diminuição máxima do problema, realmente se estabelecendo como um programa de combate à intimidação sistemática.

À frente, veremos outras legislações que podem ser usadas frente ao bullying, tanto como modo de conscientização e proteção, como para fins jurídicos, como sanções penais e indenizatórias.

### 1.1.2. Constituição Federal

Primeiramente, em relação à nossa Magna Carta podemos relacionar diversos artigos que podem fazer referência ao problema bullying. Como vimos anteriormente nesta pesquisa, trata-se de uma agressão, um comportamento que visa o mal-estar da vítima. Desde modo, a legislação federal vem, de modo mais amplo é claro, predispor artigos que visam o bem-estar da pessoa, sem fazer referência direta ao bullying.

Trarei agora os artigos em que conseguiríamos encaixar situações vividas pelas vítimas do bullying.

O primeiro deles é um dos mais importantes fundamentos legais predispostos em nossa legislação nacional: a dignidade da pessoa humana. O inciso III, do art. 1º da referida lei nos traz que:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal,

constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana;

(...)

Ora, por diversas vezes podemos associar as práticas do bullying como uma violação direta à dignidade da pessoa humana. São diversos os casos apontados nesta pesquisa que desrespeitam o ser humano. Humilhando e agredindo, tanto verbalmente como fisicamente, por exemplo.

Outro dispositivo da Constituição Federal de 1988 capaz de ser arrolado nesta pesquisa é o art. 5º, mais especificamente em seus incisos II, III, X, XV, XX, XLI, XLII. Outro princípio fundamental predisposto em nossa Magna Carta e que prevê que todos são iguais perante a lei, sem nenhum tipo de distinção de qualquer natureza. Princípio esse que norteia qualquer relação pessoal e se encaixa muito bem na problemática do bullying.

Deste modo, toda e qualquer manifestação de intimidação sistemática que possa ser encaixada em algum destes incisos pode levar a uma ação judicial. O Estado prevê a garantia desses direitos e qualquer ato que venha a feri-los não poderá ser tolerado.

Por fim, ainda podemos relacionar o art. 227 como forma de proteção daqueles que sofreram este tipo de violência. Regimento este também disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, nos remete ao dever familiar e do Estado em relação a assegurar a criança o que esta necessita. Vê-se:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

### **1.1.3. Abordagem Penal**

A abordagem penal em relação ao bullying pode ser considerada como uma das mais sérias para tratar tal problema. Ora, trata-se de sanções penais realizadas por atos de violência

ou de ameaça, não apenas de provocações. Portanto, as condutas dos agressores que forem tipificadas pelo Código Penal sofrerão a sanção adequada prevista.

#### 1.1.4. Abordagem Cível

Outro tipo de matéria no Direito que pode ser relacionada a ataques de bullying é a cível. Neste campo, temos basicamente as ações judiciais de danos morais como modo de reparação em relação a tais ataques.

Nas relações entre pessoas físicas, no que tange à tal temática, serão relacionadas as disposições que fazem referência, principalmente, ao ato ilícito e à reparação dos danos causados às vítimas. No nosso Código Civil nacional de 2002, os artigos que podem ser apreciados em casos de violências ou intimidações sistemáticas são: Arts. 186 e 187, capazes de relacionar os tipos de atos que podem ser considerados como ilícitos para a legislação cível. E, além destes, temos os arts. 927, 928, 932 e 933 do Código Civil, relacionados à obrigação de indenizar.

Ora, diversos atos de bullying são capazes de levar a uma ação de danos morais contra o agressor em favor da vítima. Isso porque este é um dos modos de reparar os danos sofridos contra a honra, por exemplo, em forma de pecúnia. Inegavelmente é um dos dispositivos mais conhecidos e utilizados em diversas esferas do judiciário nacional, não só em casos de bullying.

A responsabilidade civil simplesmente prevê que aquele que causar qualquer tipo de lesão ou dano a outrem deverá ser responsabilizado. E essa responsabilidade gera um valor monetário como forma de compensação.

Ensina Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 359):

“Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação”

Além disso, o primeiro caso judicial de bullying no Brasil – Ação cível nº 0024.08.199172-1 – ocorreu em maio de 2010, requisitando justamente quantia em valor monetário por danos morais. Ocorreu na 27ª vara cível de Belo Horizonte, quando o juiz Luiz Artur

Rocha Hilário penalizou em R\$ 8.000,00 os pais de um aluno da mesma escola da vítima em razão das práticas de violência realizadas.

Ora, podemos dizer que fora das ações de danos morais o surgimento de uma tutela jurisdicional em relação ao problema bullying.

#### **1.1.5. Código de Defesa do Consumidor**

Adiante, e extremamente relacionado ao tópico anterior sobre a responsabilidade civil, temos a previsão do bullying alcançando também o Código de Defesa do Consumidor. Neste, temos também o instituto jurídico da responsabilidade no meio cível, no entanto, não trataremos no polo passivo pessoas físicas, mas sim instituições de ensino, principalmente. Ora, as escolas também têm o dever de prover à criança um ambiente sadio para o ensino. Sempre trabalhando para que não haja nenhum tipo de violência entre aqueles que utilizam de seus serviços.

Como vimos anteriormente em nossa pesquisa, não são apenas os agressores os responsáveis pelas agressões. Existem outras pessoas naquele meio escolar que também fazem parte e, ainda, podem ser importantes para que o bullying seja erradicado. Assim, os educadores e membros dos institutos educativos contribuem e são responsáveis.

Deste modo, quando falamos sobre as escolas, estas podem se encaixar como um tipo de fornecedor de serviço. Termo este que é previsto no nosso Código de Defesa do Consumidor. E os alunos, ou então, os pais dos alunos matriculados, podem ser caracterizados como consumidores, de acordo com os arts. 2º e 3º do CDC.

Ou seja, as instituições de ensino, principalmente as particulares, são fornecedores de um serviço, no caso o ensino, como previsto no § 2º deste art. 3º. Assim, caso seu consumidor sofra qualquer dano estando em poder desta escola, temos a possível caracterização da responsabilidade civil, como podemos ver nos artigos 6º e 14º do Código de Defesa do Consumidor nacional.

Ou seja, como no dito no caput do artigo 14º em questão, temos que o fornecedor de serviços deve responder na reparação de danos causados em seus consumidores por possíveis defeitos em sua prestação. Assim, qualquer atitude ou falta de atitude de alguma instituição de ensino pode ensejar uma ação, previsto pelo nosso CDC. Deixar de zelar por um ambiente de ensino sem atitudes pejorativas entre os colegas, por exemplo, poderia ser caracterizado como um tipo de ato ilícito.

Agora, quando falamos sobre o bullying que ocorre em escolas públicas, nós podemos fazer relação com o já mencionado artigo 227 da Constituição Federal. Esta que

dispõe sobre a responsabilidade do Estado em disponibilizar à criança e ao adolescente direitos fundamentais e proteção contra “toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

### **1.1.6. Estatuto da Criança e do adolescente**

No que tange ao Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069 de 1990, em relação às atitudes de bullying, pode-se concluir que esta busca a proteção das vítimas, como bem diz o seu art. 1º: “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.”

Ou seja, não existe a disposição legal acerca dos atos que podem ser caracterizados como bullying ou sobre as consequências jurídicas destes, mas sim a favor de um grande amparo pelo Estado, pela sociedade e pela própria família da criança ou do adolescente vítima destes atos.

Em primeiro lugar, apontarei nesta pesquisa dois dos mais importantes artigos predispostos nesta Lei, que são os arts. 4º e 5º. Existe nele o desenvolvimento a partir do art. 227 da Constituição Federal, relacionando a expressa responsabilidade do poder público em proteger a vítima, o modo como este deve ser feito e quais os principais tipos de violências característicos que sofrem as crianças e adolescentes.

Além destes, os artigos 15º, 17º e 18º da mesma ainda legislam sobre os direitos das crianças e dos adolescentes à liberdade, ao respeito e à dignidade.

Ou seja, houve a preocupação em proteger direitos fundamentais já previstos em Constituição Federal, reforçando e desenvolvendo essas ideias em uma legislação específica para crianças e adolescente.

Cumprе salientar ainda as disposições previstas no artigo 136 do ECA, principalmente em seus incisos I e II. Nestes, a omissão em relação a casos de violências – como o bullying – é vedada, predispondo a responsabilidade daqueles que conhecem o caso em, primeiramente, tratar o problema com os pais do agressor. Caso não seja resolvido, o fato deve ser levado até o Conselho Tutelar a fim de ser solucionado. Ou seja, temos aqui os primeiros passos em relação ao que devemos fazer em casos de bullying. A tentativa de solução em diálogo é sempre a mais importante. As autoridades legais devem ser acionadas posteriormente, apenas se não forem sanadas as desavenças.

Além disso, o ECA é muito importante nos casos de bullying pelas suas medidas socioeducativas. Ora, tal problema ocorre na grande maioria dos casos nas escolas, entre alunos menores de idade. Portanto, sanções penais e indenizações não são as únicas formas

de lidar com os problemas. Tais medidas podem punir em forma de pecúnia os pais, lidando com o filho agressor de forma mais dura. Ou então, providências penais para aqueles maiores de 18 (dezoito) anos de idade podem ser eficazes, com certas divergências. No entanto, como lidamos com problemas daqueles que são muito jovens, medidas de ressocialização e psicológicas são importantes para tratar do assunto.

No Título II desta Lei, vemos as possíveis medidas de proteção para a criança e o adolescente. É disposto que estas poderão ser aplicadas sempre que o ECA for desrespeitado. Deste modo, dois artigos são de extrema importância para também prever as outras medidas que podem ser discutidas para sanar as violências realizadas, principalmente em casos de bullying. São os artigos 101 e 112. O primeiro relaciona as medidas de proteção, enquanto o segundo as medidas socioeducativas predispostas. Tais medidas abrangem tanto a simples advertência como também a internação ou a reparação por danos, lidando com as penalidades a partir de um rol muito extenso.

## **2. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A presente pesquisa tem como um de seus principais objetivos apresentar as diversas predisposições legais que podem ser aplicadas em casos de bullying, além da exposição necessária sobre tal violência. Ora, é de suma importância não só a abordagem do direito, mas também psicológica.

Portanto, ao final desta e diante do estudo completo acerca deste assunto, pode-se dizer que o desenvolvimento das legislações nacionais referente ao bullying mostram-se, a meu ver, em progresso constante e positivo. Pois bem, há décadas não tínhamos quase nenhum respaldo legal diante deste problema. Aliás, não se via o bullying como um tipo de violência perigosa que o é. A grande maioria da população acreditava que estes atos nada mais eram do que simples brincadeiras ou provocações de crianças, normais em qualquer ambiente escolar.

Deste modo, em contrapartida a esta realidade, temos hoje um grande respaldo, não só legal sobre este tema, mas também socioeducativo e preventivo. Existem diversas jurisprudências que na maioria dos casos são favoráveis à vítima, entendendo que estas sofreram diante dos atos, merecendo devido amparo.

Leis específicas, como a apresentada nesta pesquisa – Lei nº 13.185, de 6 de novembro de 2015 – mostram também que não só a população já compreende melhor o problema bullying, mas também o Estado. Deste modo, existe a grande busca pela proteção

às vítimas, além de preocupação acerca da conscientização no meio escolar, como forma de tentar dar fim ao problema.

No entanto, a busca para que seja sanado o bullying deve ser constante, pois trata-se de um problema escolar e, enquanto não houver a conscientização total desde a infância, ela ainda ocorrerá.

### 3. REFERÊNCIAS

BARBOSA E SILVA, Ana Beatriz. Bullying: Mentres perigosas nas escolas. 2ª ed. São Paulo: Globo, 2015

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo. Saraiva.

BRASIL. Código Civil. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2018

BRASIL. Estatuto da criança e do adolescente: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002.

BRASIL. Lei nº 13.185, de 6 de novembro de 2015. Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113185.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113185.htm)>

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)

BRITO, Leonardo Silva. Responsabilidade Penal do “Bullying” no Brasil. – São Paulo: Blucher Acadêmico, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade civil. Vol 4, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

VAZ, José Eduardo. A responsabilidade indenizatória da prática do bullying. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8104](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8104) – sobre os dispositivos legais relacionados ao bullying>. Acesso em: 01 jul. 2018.



# O PROJETO ANTICRIME E O “NOVO” RETROCESSO BRASILEIRO NA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA DOS CONDENADOS POR CORRUPÇÃO DIANTE DA PROPOSTA DE CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME INICIALMENTE FECHADO

Camila Saldanha Martins<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente trabalho se dispõe a debater a violação dos direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira pela apresentação do Projeto de Lei denominado “Anticrime” pelo Ilustre Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro. Essa proposta tem como escopo modificar quatorze legislações nacionais brasileiras e, dentre elas, sugere a alteração do art. 33 do Código Penal, ao incluir nele o §6º, que traz a fixação do regime inicialmente fechado aos condenados por crime de corrupção, mesmo com penas inferiores ao previsto na legislação penal. Diante disso, o que se pretende demonstrar nesse estudo é que eventual aprovação desse projeto e inclusão do referido dispositivo configuram violação de direitos fundamentais do sujeito de direitos brasileiro, especialmente os direitos de individualização da pena, direito que todos têm de ter sob si imposta uma pena única, dadas suas condições pessoais, a proporcionalidade da pena, que exemplifica a necessidade de que as penas sejam compatíveis com os fatos praticados e, ainda, a fundamentação das decisões judiciais, já que apenas se fundamentaria no dispositivo legal arbitrário imposto. Assim, conclui-se que não existe nenhuma justificativa adequada para essa proposição, senão o alcance do suposto “combate à corrupção”, aclamado pela população brasileira como única medida possível de ser tomada, ainda que isso desrespeite o texto constitucional de 1988. Isso, no entanto, não pode ser aceito.

**Abstract:** The present paper sets out to discuss the violation of fundamental rights foreseen in the Brazilian Constitution for the presentation of the Bill called "Anticrime" by the Honorable Minister of Justice and Public Security, Sérgio Moro. This proposal has the scope to modify fourteen Brazilian national legislations and, among them, it suggests the amendment of art. 33 of the Criminal Code, by including in it §6, which provides for the establishment of the regime initially closed to those convicted of a crime of corruption, even with penalties lower than that provided in criminal legislation. Therefore, what is intended to demonstrate in this study is that eventual approval of this project and inclusion of this device constitute violation of the fundamental rights to the citizen, especially the rights of penalty, which all have to have under it imposed the single penalty, given their personal conditions, the proportionality of the penalty, which exemplifies the need for penalties to be

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito na área de Poder, Estado e Jurisdição pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Professora convidada do Centro Universitário Internacional (UNINTER – Campus Curitiba). Pós-Graduada em Direito Penal Econômico pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) em parceria com o Instituto de Direito Penal Econômico Europeu e a Faculdade de Direito de Coimbra. Pós-Graduada e Especialista em Direito Tributário e Processo Tributário pela Universidade Positivo (UP). Pós-Graduada e Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Brasileira de Direito Aplicado Ltda (EBDA) em parceria com a Faculdade OPET. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Advogada atuante na área criminal. Endereço eletrônico para contato: camila@bmef.adv.br ou camilas.martins@hotmail.com.

## O Projeto Anticrime e o “Novo” Retrocesso Brasileiro na Violação dos Direitos Fundamentais: A Individualização da Pena dos Condenados Por Corrupção Diante da Proposta de Cumprimento de Pena em Regime Inicialmente Fechado

compatible with the facts and also the basis of judicial decisions, since it would only be based on the arbitrary legal provision imposed. Thus, it is concluded that there is no adequate justification for this proposition, other than the scope of the supposed "fight against corruption", acclaimed by the Brazilian population as the only possible measure to be taken, even though this disrespects the 1988 constitutional text. However, it can't be accepted.

**Palavras-chave:** Constituição; individualização da pena; projeto anticrime; regime fechado; corrupção.

**Key-words:** Constitution; penalty individualization; anticrime project; closed regime; corruption.

### 1 INTRODUÇÃO

Em 23 de julho de 2006, por meio do HC 82.959/SP<sup>2</sup>, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei Federal nº. 8.072/1990, denominada Lei dos Crimes Hediondos. Desde então, o entendimento passou a ser aplicado pela jurisprudência e diversas vezes a Corte Suprema se ocupou em reafirmar esse entendimento, a fim de garantir tanto a individualização da pena quanto sua função social através de sua prevenção positiva, que não visa tão somente encarcerar, mas sim recuperar e ressocializar o indivíduo<sup>3</sup>.

Seis anos depois, em 2012, o STF, em controle de constitucionalidade realizado no HC 111.840/E<sup>4</sup>, reforçou os argumentos outrora exarados no Habeas Corpus supramencionado. Assim, também entendeu pela existência dos mesmos vícios no novo §1º trazido pela Lei 11.464/2007 – que modificou a Lei Hedionda -, ao fixar o cumprimento da pena daqueles condenados necessariamente em regime inicialmente fechado. Segundo a Corte, além de violar os princípios constitucionais já referidos, é também clara afronta o art. 33, §2º do Código Penal. Embora a decisão seja incidental, desde então vem sendo aplicada de forma quase consolidada em território nacional.

---

<sup>2</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **HC 82.959/2006**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de julgamento: 23 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2110217>>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2019.

<sup>3</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 325.

<sup>4</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **HC 111.840/ES**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Data de julgamento: 27 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28111840%2EENUME%2E+OU+111840%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/z34pwwp>>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2019.

## O Projeto Anticrime e o “Novo” Retrocesso Brasileiro na Violação dos Direitos Fundamentais: A Individualização da Pena dos Condenados Por Corrupção Diante da Proposta de Cumprimento de Pena em Regime Inicialmente Fechado

No entanto, sete anos depois, as mesmas garantias fundamentais estão novamente sob perigo, diante do projeto de Lei “Anticrime” trazido pelo ex-Juiz Federal e agora “Super-Ministro” da Justiça e Segurança Pública brasileiro.

Em 04 de fevereiro de 2019, Sérgio Moro apresentou proposta para modificação de 14 legislações penais brasileiras<sup>5</sup>, a fim de alcançar o anseio social do combate ao crime. Todavia, os principais alvos agora não são mais os condenados pela Lei Hedionda, já que o direito penal contemporâneo tem novos inimigos: a corrupção sistêmica e as organizações criminosas.

Entre as propostas está a recomendação de alteração ao artigo 33 do Código Penal, que prevê os regimes de cumprimento de pena no Brasil e, em seu §2º, menciona que o regime inicialmente fechado caberá aos presos com pena fixada em mais de 08 (oito) anos, dentre outras especificidades. Pretende-se, nesse sentido, incluir nesse dispositivo um §6º, que traria a obrigatoriedade de os condenados por corrupção passiva e ativa iniciarem o cumprimento de sua pena em regime fechado, mesmo com reprimendas que variam entre 02 (dois) a 12 (doze) anos e, portanto, incompatíveis com a determinação do Código Penal.

Esse projeto é sustentado e aclamado pela população brasileira, que protesta por punição e “justiça” aos agentes corruptos, especialmente advindo das denúncias e condenações criminais no âmbito da famigerada operação “Lava-Jato”. Isso porque a massa brasileira, no geral, não compreende uma penalidade que não está necessariamente associada ao cárcere. Acredita-se que se o sujeito não cumpre ao menos um dia de pena em regime fechado, não há efetividade punitiva.

No entanto, essa premissa social não pode servir como impulso à incorporação de uma Lei eivada de inconstitucionalidades e incongruências com nosso ordenamento jurídico, pois a edição deste dispositivo deixa a individualização da pena, sua função, as garantias fundamentais adquiridas pelo cidadão e, ainda, as modalidades prisionais, todos prestes a novas ofensas.

É o que se pretende evitar, diante da perspectiva apresentada nesse trabalho.

---

<sup>5</sup> BRASIL, **Projeto de Lei Anticrime, de 04 de fevereiro de 2019**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime-mjsp.pdf>>. Acesso em: 06 de maio de 2019.

O Projeto Anticrime e o “Novo” Retrocesso Brasileiro na Violação dos Direitos Fundamentais: A Individualização da Pena dos Condenados Por Corrupção Diante da Proposta de Cumprimento de Pena em Regime Inicialmente Fechado

## 2 A INCONSTITUCIONALIDADE DA PROPOSTA POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Dentre outras questões polêmicas que surgiram a respeito do referido projeto de lei, diversas organizações brasileiras e internacionais se manifestaram, em razão da ofensa clara aos direitos e garantias fundamentais assegurados por meio da Carta Constitucional e de tratados internacionais celebrados outrora pelos governos brasileiros anteriores<sup>6</sup>.

Em primeiro lugar, essa proposta de alteração legislativa traz ofensa inequívoca ao princípio constitucional da individualização da pena, direito fundamental assegurado pelo Constituinte brasileiro originário no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição. Tal dispositivo é, ainda, cláusula pétrea do ordenamento jurídico brasileiro, impossível de ser modificado, excluído ou violado, conforme disposição do artigo 60, §4º do diploma constitucional.

Diante das cláusulas constitucionais de garantia da individualização da pena, é natural que tais regimes prisionais existam efetivamente em harmonia com a Carta Constitucional, sendo sempre necessária fundamentação para o regime imposto, o que faz com que a execução penal não seja igual para todos.<sup>7</sup>

Ante à cláusula imutável contida na Constituição brasileira, somente a ela cabe impor restrições ou exceções aos seus próprios princípios. Foi o que ocorreu com os crimes hediondos, por exemplo, como mencionado acima nesse texto. Contudo, a Carta Magna não sugeriu ou dispôs qualquer restrição aos delitos contidos no Título XI, Capítulo I do Código Penal, onde estão situados os crimes de corrupção, tampouco em relação ao seu regime prisional.

Por isso, não cabe à Lei ordinária fixar limites à individualização da pena, ultrapassando os contornos da Lei Magna, como pretende o Ilustre Ministro da Justiça. Cabe a ela apenas regulamentá-la, em absoluta consonância com o texto constitucional. Simplesmente porque não se institui uma Lei às custas da Constituição, já que se trata de norma sabidamente de maior competência no ordenamento jurídico, como já discorria Hans

---

<sup>6</sup> A título de exemplo, matéria narrada sobre o fato de que a OAB Federal entregará documento contra o Pacote Anticrime ao Legislativo, além do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2019/04/30/oab-apresentara-documento-contra-pacote-anticrime-de-moro/>>. Acesso em: 06 de maio de 2019.

<sup>7</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. **Execução penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 31

## O Projeto Anticrime e o “Novo” Retrocesso Brasileiro na Violação dos Direitos Fundamentais: A Individualização da Pena dos Condenados Por Corrupção Diante da Proposta de Cumprimento de Pena em Regime Inicialmente Fechado

Kelsen no início do século XX<sup>8</sup>. Evidente, portanto, que serve como vinculação a todos os três poderes.<sup>9</sup>

Essa garantia existe, ainda, para que cada condenado tenha sob si imposta a pena justa, de acordo com suas condições pessoais e com o crime cometido<sup>10</sup>. Será possível que o juiz, diante do caso concreto, fixe um regime prisional diferenciado, desde que devidamente fundamentado, conforme a disposição do art. 93, inciso IX da Constituição Federal, até para que possa ser contestado<sup>11</sup>. Neste contexto, a proposta de início do cumprimento das penas em regime inicialmente fechado sem qualquer justificativa, não fere só a individualização da pena, mas também o preceito constitucional da motivação das decisões judiciais.

Inclusive, é nesse sentido que ainda entende o Supremo Tribunal Federal. Segundo o voto proferido no HC 111.840/ES, o Eminentíssimo Ministro Dias Toffoli entendeu tais dispositivos constitucionais como direitos subjetivos assegurados ao indivíduo<sup>12</sup> e, portanto, impossíveis de serem mitigados.

Assim, é evidente que será claramente inconstitucional uma proposta de inclusão de um parágrafo ao art. 33 do Código Penal que determine a violação de um direito constitucional apenas em razão do utilitarismo: uma resposta aos clamores sociais advindos do crescimento da prática dessas espécies penais nos últimos anos em solo brasileiro. Porque é disso que a proposta efetivamente se trata: não há embasamento constitucional.

Não fosse o suficiente, é certo que tal proposta também está em conflito ao já disposto na norma geral e abstrata do ordenamento jurídico brasileiro responsável pela instituição de condutas criminosas e suas punições: o Código Penal. A esses delitos, a lei em questão comina uma pena abstrata mínima de 02 (dois) anos e uma pena máxima de 12 (doze) anos. Por isso, admitir um regime prisional inicialmente fechado a todos os condenados por esses crimes é aceitar que os indivíduos que tenham penas definidas entre 02 e 08 anos tenham sob si imposto regime prisional mais gravoso do que o previsto na lei, sem qualquer

---

<sup>8</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martin Fontes, 2006, p. 98.

<sup>9</sup> MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 147

<sup>10</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015 p. 869.

<sup>11</sup> MENDES, op. cit., p. 407.

<sup>12</sup> \_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **HC 111.840/ES**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Data de julgamento: 27 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28111840%2EENUME%2E+OU+111840%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/z34pwwp>>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2019.

## O Projeto Anticrime e o “Novo” Retrocesso Brasileiro na Violação dos Direitos Fundamentais: A Individualização da Pena dos Condenados Por Corrupção Diante da Proposta de Cumprimento de Pena em Regime Inicialmente Fechado

análise individual feita pelo juiz como pretende a Carta Magna, mas tão somente por uma determinação legislativa arbitrária e utilitarista.

Isso porque a redação do artigo 33, §2º do Código Penal é clara ao trazer a disposição da alínea “a”, determinando que será imposto o cumprimento de pena inicialmente em regime fechado aquele condenado por penas maiores do que 08 (oito) anos. Assim, trata-se de respeito não só a individualização da pena, mas também à proporcionalidade do regime prisional no Brasil; para que cada sujeito tenha sob si uma pena imposta que seja absolutamente compatível com os atos que foram praticados<sup>13</sup>.

Ademais, diante do processo de sujeição da lei proposta ao filtro constitucional e ao ordenamento jurídico como um todo, cabe-lhe a defesa plena dos direitos fundamentais. Assim, se o preceito está em harmonia com o texto constitucional, será considerado válido. Todavia, se promove interpretação duvidosa ou em contrariedade ao disposto na norma fundamental do ordenamento jurídico brasileiro e se não resiste ao embate com os seus princípios, é declarado inconstitucional.

Neste sentido, ao propor a inclusão do §6º, o projeto de Lei é incompatível ao ordenamento jurídico por si só, pois além de violar o Código Penal, não garante que o indivíduo terá a devida atenção do Estado conforme suas condições pessoais, como garante a individualização da pena<sup>14</sup>. É, portanto, inconstitucional.

Finalmente, justifica-se ainda tal inconstitucionalidade na vigência no nosso ordenamento jurídico do princípio da proibição ao retrocesso em matéria de direitos humanos. Mesmo quando a Constituição entrega a tarefa de estabelecer limites ao legislador, devem ser respeitados os núcleos essenciais do direito, não se legitimando a criação de obstáculos desarrazoados ou que tornem impraticável o direito trazido pelo poder constituinte diante de seus princípios instituidores<sup>15</sup>. Ele garantirá que a realização de um direito pelo legislador sirva de barreira para tais atos, especialmente no que se refere à salvaguarda dos direitos fundamentais.

Assim, aplicar a mesma pena a dois sujeitos diferentes apenas porque violam o mesmo artigo, sem qualquer análise pessoal, é desrespeitar todos os direitos supramencionados, o que não pode ser admitido a título de resposta aos anseios sociais e utilidade de promover uma punição supostamente efetiva. O ordenamento jurídico brasileiro

---

<sup>13</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional. A imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 121.

<sup>14</sup> PRADO, Luis Regis. **Direito de execução penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 64.

<sup>15</sup> MENDES, 2013, p. 148.

## O Projeto Anticrime e o “Novo” Retrocesso Brasileiro na Violação dos Direitos Fundamentais: A Individualização da Pena dos Condenados Por Corrupção Diante da Proposta de Cumprimento de Pena em Regime Inicialmente Fechado

já vivemos tempos difíceis demais, especialmente no que tange às garantias fundamentais do sujeito diante da expansão do Direito Penal Brasileiro. Desse modo, a função do legislador é garantir que esses direitos não sejam ainda mais violados, e não subjugados, como pretende-se com a proposta legislativa em questão.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, constata-se que a Constituição Federal de 1988, ao ser promulgada, tratou de garantir a todos os indivíduos o direito à individualização da pena, garantindo a compatibilidade de suas normas com ela mesma, por meio do respeito as suas disposições. Não há possibilidades, dessa forma, de ser mitigada ou diminuída, até em razão do seu compromisso internacional de prevalência dos direitos humanos, conforme dispõe seu art. 4º, inciso II<sup>16</sup>.

Além disso, o Código Penal ainda dispôs sobre essa regra constitucional, estabelecendo os critérios de sua fixação a partir de sua função social no ordenamento jurídico, idealizado que os juízes e tribunais se pautem por suas regras no que tange à fixação da pena.

Por isso, foi instituído em seu interior o disposto na norma do art. 33, §2º, o qual traz os regimes prisionais, estabelecendo que aqueles que forem condenados com penas de mais de 08 (oito) anos iniciem seu cumprimento em regime fechado.

É fácil concluir que o referido projeto de Lei denominado “Anticrime”, ao sugerir modificações que extrapolam os limites constitucionais e legais, não visa somente “combater o crime”, como sugere seu nome. Ele surge como uma resposta social aos desmandos financeiros ocorridos no território Brasileiro nos últimos cinco anos e, para isso, atropela o texto constitucional.

Percebe-se que dentro do escopo sugerido, é clara a violação aos artigos constitucionais que se referem à individualização da pena, às fundamentações judiciais e, ainda, à proporcionalidade da pena, o que causa uma grande ferida no âmbito dos Direitos Humanos e Fundamentais dos cidadãos, fato que na sociedade contemporânea não podemos mais aceitar.

---

<sup>16</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. et. all. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018, p. 302.

## O Projeto Anticrime e o “Novo” Retrocesso Brasileiro na Violação dos Direitos Fundamentais: A Individualização da Pena dos Condenados Por Corrupção Diante da Proposta de Cumprimento de Pena em Regime Inicialmente Fechado

Diante da expansão do poder punitivo do Direito Penal brasileiro, cabe o reconhecimento de que essa proposta é, realmente, inconstitucional. Resta saber, então, se os Poderes Legislativo e, posteriormente, o Judiciário irão nos proteger, já que suas funções precípua são a defesa do texto constitucional e a criação de leis compatíveis com o ordenamento jurídico, e não a cessão de espaço à propostas populares que visam atender os anseios de punição, “cadeia” e outros gritos de ordem exarados pela massa.

### REFERÊNCIAS

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **HC 82.959/2006**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de julgamento: 23 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2110217>>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **HC 111.840/ES**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Data de julgamento: 27 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28111840%2E%2E+OU+111840%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/z34pwwp>>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2019.

BRASIL, **Projeto de Lei Anticrime, de 04 de fevereiro de 2019**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime-mjsp.pdf>>.

BRASIL DE FATO. OAB apresentará documento contra o “pacote anticrime” de Moro. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2019/04/30/oab-apresentara-documento-contrapacote-anticrime-de-moro/>>. Acesso em: 06 de maio de 2019.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martin Fontes, 2006.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional. A imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. **Execução penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luis Regis. **Direito de execução penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 64.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. et. all. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018.



# PLEA BARGAINING, THE PROSECUTION'S UNCONSTITUTIONAL PRACTICES FAVORING EFFICIENCY: NEGOTIATING TO BROADEN CRIMINAL SELECTIVITY

Kauana Vieira da Rosa Kalache<sup>1</sup>

**Abstract:** Worldwide nations, during the last decade, have had an inclination towards aspects, theories and practices from the American criminal justice, as a result of its innovative, and sometimes lucrative strategies, such as the development of private sectors of the criminal justice system. Brazil, especially in the current political scenario, has shown through its ministers and governors, the clear intention of importing some of the American politics concerning criminal justice. After the presentation, by the Brazilian justice minister, of the project to incorporate to the country's criminal system the American negotiation practice, Plea Bargaining, a lot has been discussed about its viability, legality and effectiveness. This research intends to demonstrate that the Plea Bargaining System as practiced today in North America has overvalued efficiency to the detriment of basic constitutional rights. Among the major issues involving the negotiations, this article will focus on those that would have a great impact in the Brazilian society if the practice were established, more specifically the failure to observe constitutional basic rights, such as the due process of law and the presumption of innocence, leading to the persecution of minorities.

**Key Words:** Plea Bargaining; Criminal Justice; Efficiency; Unconstitutionality; Selectivity.

## 1. Introduction

Worldwide nations, during the last decade, have had an inclination towards aspects, theories and practices from the American criminal justice, as a result of its innovative, and sometimes lucrative strategies, such as the development of private sectors of the criminal justice system. Brazil, especially in the current political scenario, has shown through its ministers and governors, the clear intention of importing some of the American politics concerning criminal justice.

Among the practices subjected to an importation analysis, the criminal negotiations are one step to be incorporated by the national criminal system. The Brazilian justice minister presented a project to embody to the country's criminal system the American negotiation

---

<sup>1</sup> The researcher holds a bachelor degree in Law from Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Brazil, (2011), a specialization degree in Criminal Law and Criminology from the Instituto de Criminologia e Políticas Criminais in Brazil (2014), and a Master of Law degree (LLM) in Criminal Law, from University of California – Los Angeles – UCLA (2015); She is currently enrolled at the full scholarship master's program from Centro Universitário Internacional - UNINTER, in Curitiba, Brazil (2019-2020).

practice<sup>2</sup> called Plea Bargaining. But there is a lot world leaders, attorneys, prosecutors, ministers, judges and justices around the globe ignore, intentionally or not, about criminal prosecution in America.

This research intends to demonstrate that the Plea Bargaining System as practiced in the USA – and in the model Brazil is planning, in some ways, to import - has overvalued efficiency – in a degree that the justice system has become a hostage of the practice – to the detriment of basic constitutional and human rights, in hence serving to maintain the status quo regarding the not declared purposes of punishment – criminal selectivity.

Among the major issues involving the negotiation, this article will focus on those that would have a great impact in the Brazilian society if the practice were established and developed in the North American model, more specifically the failure to observe constitutional basic rights, such as the due process of law and the presumption of innocence, resulting from the accusatory practices, leading to the persecution of minorities.

## **2. Effectiveness above legality – critics on the prosecution's practices.**

To start, it is elementary to know that 95%<sup>3</sup> of criminal cases in North America are sentenced through the plea bargaining system. No courtroom, no jury, no due process, and in many cases not even a defense attorney present. Instead, a small room, sitting, in one side of the table, the prosecution, in the other the accused, negotiating the accused's destiny, based on the evidence the prosecution decides to share – or to intimidate the accused with – dealing in a speedy and lest costly way with the supposedly “law breakers” in America. Incarcerating human beings and/or restricting people's rights have definitely become less burdensome.

Plea Bargaining has become the dominant force of the American criminal procedure. “That power derived ultimately from the individual power from those whose interests plea bargaining served.”<sup>4</sup> Based on this information only, it is not hard to comprehend how prison population in North America has exploded, achieving the notorious mark of 2.2 million Americans incarcerated by 2012, the largest number in the whole world, what raises questions

---

<sup>2</sup> The Brazilian Justice Minister, Sergio Moro, presented, in February 2019, in his “anti-corruption and anti violence project” the possibility of implementing the plea bargaining system to crimes which penalties are not superior to 4 years. Available at: <http://www.brasil.gov.br/noticias/seguranca-e-justica/2019/02/sergiomoro-apresenta-projeto-de-lei-anticrime-a-deputados-na-camara> , access in April, 25<sup>th</sup> 2019. “XII) Medidas para introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal e na Lei de Improbidade.”

<sup>3</sup> The Kings of the Courtroom – How Prosecutors came to Dominate the Criminal Justice System. THE ECONOMIST. Available at <https://www.economist.com/news/united-states/21621799-how-prosecutors-came-dominare-criminal-justice-system-kings-courtroom>, access in February, 6<sup>th</sup>, 2019.

<sup>4</sup> FISCHER, George. Plea Bargaining's Triumph: A History of Plea Bargaining in America. 1<sup>st</sup> Edition, Stanford University Press, Stanford-CA, 2003. pg. 1.

## Plea Bargaining, The Prosecution's Unconstitutional Practices Favoring Efficiency: Negotiating to Broaden Criminal Selectivity

about the fairness of the procedure. To understand how unfair it turns to be, below it is analyzed what are the controversial points taken in consideration by the prosecution when selecting the cases granted with a plea deal and under what conditions. Then, it is discussed the role of the prosecution and the excessive power granted to them, annihilating the point of balance between defense and accusation forces. This paper also remarks evidence problems in the negotiations, emphasizing critics to the not requirement of robust evidence at the negotiation moment, evidence disclosure and the use of unconstitutional evidence. Finally it is analyzed the impact of plea deals on criminal selectivity and the consequent incarceration of the poor.

### **2.a. Seeking a speedy solution.**

There is no discussion regarding the fact that negotiating a criminal case is speedy and less costly than sending it to trial. It is estimated that if ten percent of the criminal cases in Manhattan went to trial, the system would break – today, less than five percent of cases are tried in courts. Speed is such a great component taken in consideration when dealing with cases that the longer the trial would be to determined case, the bigger the chances the prosecution offers a good plea deal. Moreover, signaling long time in court – including asking to hear a great number of witnesses, for example - is a technique used by defense to cut a great deal for clients.

As an example it is possible to cite cases such as *Bordenkircher v. Hayes*<sup>5</sup>, in which the prosecution offered a plea deal of 5 years in prison “*in order to save the court the inconvenience and necessity of a trial*”. Prosecutors, in general, agree that backlog of cases usually have a great impact in their decisions to offer a plea, but they are not the most important factor in motivating a bargaining decision. Viability to secure conviction in trial is.

---

<sup>5</sup> *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357 (1978), footnote 1, available at <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/434/357/case.html>, access on March 7<sup>th</sup>, 2019. “The respondent, Paul Lewis Hayes, was indicted by a Fayette County, Ky., grand jury on a charge of uttering a forged instrument in the amount of \$88.30, an offense then punishable by a term of 2 to 10 years in prison. Ky.Rev.Stat. § 434.130 (1973) (repealed 1975). After arraignment, Hayes, his retained counsel, and the Commonwealth's Attorney met in the presence of the Clerk of the Court to discuss a possible plea agreement. During these conferences, the prosecutor offered to recommend a sentence of five years in prison if Hayes would plead guilty to the indictment. He also said that, if Hayes did not plead guilty and “save the court the inconvenience and necessity of a trial,” he would return to the grand jury to seek an indictment under the Kentucky Habitual Criminal Act, [Footnote 1] then Ky.Rev.Stat. § 431.190 (1973) (repealed 1975), which would subject Hayes to a mandatory sentence of life imprisonment by reason of his two prior felony convictions.”

When a conviction in trial is doubtful, prosecutors are more likely to offer a guilty plea. The rationale behind the practice is simple: conviction rates instead of the adequate punishment. "When the case has a hole in it, however, the prosecutor may scale the offer all the way down to probation. The prosecutors' goal is to get something from every defendant, and the correctional treatment the defendant may require is the last thing on their minds."<sup>6</sup>

As a natural consequence of this behavior are the cases where innocent people plea guilty, demonstrating a complete disregard by the criminal justice to the danger of false conviction. "The practice of responding to a weak case by offering extraordinary concessions therefore represents, at best, a dangerous allocation of institutional responsibility. And when even the minimal safeguard of a prosecutorial judgment of guilt is lacking, as it is in a significant number of cases today, the horrors of the guilty-plea system are multiplied."<sup>7</sup>

It is clear that judicial and prosecutorial resources are not being conserved in the bargaining process when selecting the cases that should be offered a plea and under what conditions, as no sentence should be imposed to anyone whose guilt is uncertain, in order to favor a less expensive and faster resolution of the case. That is one of the critics made regarding the prosecution practice towards plea negotiations.

### **2.b. The multiple roles played by the accusation and its excessive power.**

Moreover, in order to accomplish the effectiveness goal, changes had to be made in relation to the prosecution role in the criminal cases. The prosecution discretionary power has been enlarged in order to enable pleas, since the prosecution goal is to secure a guilty plea and, in order to achieve this goal, concessions are supposedly granted in exchange.

Many critics raised questions as to the legality of the roles played by the prosecutor during the bargaining process, as he acts as a) an administrator – seeking to deal with the cases in a speedy and efficient way, b) an advocate – maximizing the conviction numbers and the severity of the sentences, c) a judge – deciding what is the correct deal to be given to each defendant, and d) a legislator – granting concessions based on the harshness of the law.

<sup>8</sup> It seems clear to be excessive the power given to the prosecution during the plea negotiations – besides the critics on the judge's role on plea agreements, as there is the need

---

<sup>6</sup> ALSCHULERT, W, Albert. The Prosecutor's Role in Plea Bargaining. " University of Chicago Law Review: Vol. 36 : Iss. 1 , Article 3, pg. 60. Available at: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol36/iss1/3>, access on March, 19<sup>th</sup>, 2019.

<sup>7</sup> IBIDEM, pg. 64

<sup>8</sup> IBIDEM, pg. 54

## Plea Bargaining, The Prosecution's Unconstitutional Practices Favoring Efficiency: Negotiating to Broaden Criminal Selectivity

for a neutral party to step into the procedure to assure its observation to the law, avoiding any abuse that may occur, what has not been practiced today.

Despite the optimism involving the system – from both, efficiency and monetary points of view – research has shown that it presents many inconsistencies and flaws, raising serious questions concerning its legality and fairness. The discretionary power in filing charges and overcharging are among the concerns being raised by many defense attorneys and scholars – in drug cases, for example, the accusation gets to decide how much of the product can be designated as the dealer's.

When analyzing the charging criteria, it seems that the guiding principle for charging among prosecutors is the “highest and the most” that the evidence permits. But this rationale is not sustained when accepting a guilty plea – when the counts go dramatically down. When accepting a guilty plea what seems to matter the most is the adequate scope for punishment. It is argued by some defense attorneys that in some jurisdictions the charge follows the criteria: *“the first degree of everything” but accept a guilty plea to “the second degree of any crime” without serious negotiation.*<sup>9</sup> It is possible to recognize the use of the charge in the bargain process as a toll in order to solve cases in a speedy as less costly manner, and its effect in the process is to avoid trial.

The third concern is about overcharging. Besides denied by the prosecution, claims of overcharging are present in almost every jurisdiction.<sup>10</sup> Defense attorneys characterize this practice “when the only reason for filing a charge is to induce a plea of guilty to some other charge”<sup>11</sup>. But it can also be understood as an offense charged at a higher level than the case seems to be.<sup>12</sup> This overcharging technique plays an important part, in addition to the overcriminalization of conducts, when it comes to criminal selectivity, as discussed forward.

Prosecutors argue that this independency regarding the deals they choose and how they choose to offer them, is the reason why the proceeding is successful, being indispensable to make feasible the guilty pleas. The whole idea of the practice is to seek justice in a speedy and less costly manner and changing, or anyhow narrowing, the prosecution role would have a great impact on that.

---

<sup>9</sup> IBIDEM pg 90.

<sup>10</sup> IBIDEM pg. 85

<sup>11</sup> IBIDEM pg. 86.

<sup>12</sup> “When an embezzler has made false entries in his employer's books over a long period of time, for example, it is not difficult for a prosecutor to prepare a fifty- or one-hundred-count indictment. And when a first-offender has passed a dozen bad checks, a prosecutor may file a dozen separate accusations.” ALSCHULERT. pg. 87.

The bargaining practice, in its actual terms, seems to go against to what is stated by the American Constitution, in its fifth amendment, that ***“No person shall be... deprived of life, liberty, or property, without due process of law...”***. What the document promised to assure to the American people was that, the American government, in all its levels, would operate in accordance to the law, providing fair procedures.

Offering a plea based on the possibility of an acquittal if the case went to trial, or based on the prosecutor's workload, or even making it based on the “overcharging method” in order to push the accused to plea guilty, does not seem to be in accordance to the fair procedure constitutionally determined. And the same troubling rationale is made by the prosecutors when it comes to the evidence admitted during the negotiations, that being massive incrimination, what leads to the next topic to be discussed.

### **2.c. Evidence problems.**

Evidence problems constitute another disconcerting factor in the plea deal dynamic. The accusation has broad discretion to determine how much evidence is sufficient in order to proceed with the case, and charging decisions are made when decisive evidence is not required yet – way before preparation for trial. Nonetheless, the blurry area is not restricted to the necessity of robust evidence during a negotiation. Constitutional issues are being raised against the evidence accepted during the procedure.

A study shows that 46%<sup>13</sup> of wrongful capital convictions were based on false testimony. As an example it is possible to name Cameron Todd Willingham's<sup>14</sup> case, in which the main evidence that guaranteed his conviction to death penalty was later proved to be manufactured in a false testimony, in return for efforts by the prosecution to secure reduced sentence. It is common for the prosecution to offer a deal to give benefits in exchange of co-operation, and the practice has been questioned as to the truthiness of the information due to the circumstances they were given.

But false testimony is not the only evidential illegality raised. (mis)Identification of the accused is also a great deal. Identifications made with the suspects facing the wall – identification “from behind” – and several other flaws in the procedure, such as the use of

---

<sup>13</sup> The Kings of the Courtroom – How Prosecutors came to Dominate the Criminal Justice System. THE ECONOMIST. Available at <https://www.economist.com/news/united-states/21621799-how-prosecutors-came-dominant-criminal-justice-system-kings-courtroom>, access in February, 6<sup>th</sup>, 2019.

<sup>14</sup> In this case the family of the accused was killed in a fire at their house. The accused was found in front of the house while it was in flames. – available at <https://www.newyorker.com/magazine/2009/09/07/trial-by-fire>, access on March 7<sup>th</sup>, 2019.

polygraph on the suspect as a coercion method, have put in check the evidence used by the prosecution in many cases.

The culture of “not letting anyone go free” among accusation practitioners is so wildly spread and so strong that some prosecutors themselves suffer with it in some cases. Sonia Antolec<sup>15</sup> is a good example of that, having resigned after she was suspended for dropping a weak case with evidence problems.

As concluded by Alschulert, the system of plea bargain is currently dictated by prosecutors and resumes itself in secret negotiations behind closed doors in the prosecutor's office, not being subjected to nearly no review, not even internally, neither by the courts. It is a one-sided system, and the prosecutor holds all the cards of the game when it comes to the evidence and the facts of the case itself. Under such unsustainable pressure allowed by the system, it appears to have led a great number of innocent defendants to plead guilty.

Analyzing the procedures surrounding plea negotiations, it could be argued that the due process clause, constitutionally imposed, has been threatened. The multiple parts played by the accusation, its excessive power in filling the charges and molding the plea deals, the overcharging technique to close plea deals and the illegality of many evidence used during the negotiation are in clear dissonance to the constitutional principle.

#### **2.d. Plea Bargaining and its reflection on minorities.**

The process of convicting citizens to jail time has been reduced to a few minutes' conversation, or persuasion, where prosecution threat leads the tone of the negotiation instead of the proved facts regarding the case. As a result to the practice, USA faces an incarceration boom - that happened despite the fact that violent crimes have suffered a decrease of almost 50%<sup>16</sup>. This “bizarre triangle”, in Taibbi's words, is composed by three factors: poverty going up – around 15% by 2010 – crime rates going down and prison population going gigantic.

This information, in addition to prison population data<sup>17</sup> – which is composed, largely by African American and Hispanic people – leads to only one conclusion: the effectiveness

---

<sup>15</sup> In this case the victims were asked to identify the suspects “from behind”, with them facing the wall. Available at: <https://www.pressreader.com/usa/chicago-sun-times/20130807/281616713001574> , access on March 1<sup>st</sup> 2019.

<sup>16</sup>TAIBBI; Matt. The divide: American injustice in the age of the wealth gap. Spiegel & Grau; First Edition edition, New York: 2014. Introduction, page xvi.

<sup>17</sup>While African-Americans are 12% of the total population, when it comes to prison population they represent 33% of the incarcerated. On the other hand, whites constitute 64% of the adults in the USA, but only 30% of them are in prison, according to the Bureau of Justice Statistics data. Correctional Populations in the United States, 2016 report. Available at: <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/cpus16.pdf>, access on May, 3<sup>rd</sup> 2019.

brought by the American plea bargaining system is aligned with what the critical criminologists call “the undeclared purpose of punishment”, meaning: the real purpose of excluding and neutralizing minorities.

Questions may be raised to this statement, as to how does the system promote criminal selectivity, once the negotiation is offered to all Americans who have allegedly committed crimes. Not entering in the analysis of the structure and specifics of the actuarial policy<sup>18</sup> – which contributes a lot to this understanding, but takes a hole other paper to be discussed, the bargaining system itself guards some specifics that contributes to minority incarceration. As examples could be brought to light situations involving negotiations made without the assistance of a defense attorney,<sup>19</sup> or, in many cases where the defender was present the defense was ineffective<sup>20</sup>. Also, can be brought to discussion the cases where pre-trial detention<sup>21</sup> was used to obtain a guilty plea from the defendant – low-income people are less likely to post bail<sup>22</sup>, for reasons that do not need to be explained. Finally, among many other practices that subdue minorities in the criminal system, there is one that has direct

---

<sup>18</sup> For more information see: WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Tradução: André Telles, translation: Maria Luiza X. de A. Borges. 2<sup>nd</sup> Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011; and DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história*. 1<sup>st</sup>. Ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2013.

<sup>19</sup> With the costs related to criminal justice figuring among the fifth highest ones in the American government, and the mass campaign for cost savings in many governmental policies, to cut or at least to reduce funding indigent defense was a start point for trying to achieve these goals. Justice Denied: America's Continuing Neglect of Our Constitutional Right to Counsel, National Right to Counsel Committee (2009): 32-43.

<sup>20</sup> In that context, plea bargaining policies can be polemic, when navigating between the tensions which exist when it comes to advocate for clients and move them toward plea-bargaining, it is very common to observe malpractice acts made by some professionals - which in some instances reveal the lack of legal knowledge or the insane volume of work faced by the defenders, but in others may rise suspicion about legality behind them – which not only substantially impact their client's future, but also put the bargaining policy in check and completely opened to critics. Questions about the respect to the client's innocence status, along with Alford pleas, the use of coercion - and even police interrogation techniques – to pressure clients to “confess” before taking a guilty plea, the general lack of professionalism and ethics when dealing with cases and the defender's (lack of) professional competence are among the critics faced by many public counsels. ALSHULER, W. Albert. *The Defense Attorney's Role in Plea Bargaining*. Yale, L. J. 1179 (1975): § V.A;

<sup>21</sup> Only a reasonable fear the defendant will not show up in court - based in pragmatic circumstances, such as the absence of a fixed address where to find the defendant, cumulated with the fact that the defendant has been proved to have no job and has a criminal history or can not be identified by any means – would indicate the necessity of a pre-trial detention. It is known that judges exercise their discretionary to set bail with many other purposes than the stated above. “Protecting public safety (the incarceration following inability to make bail serving as a form preventive detention), to encourage the defendant to plead guilty, or to impose preemptive punishment on defendants they assume, based on their prior criminal records, to be guilty”, are some of the examples known. Human Rights Watch Report – *The Price of Freedom: Bail and Pre Trial Detention of Low Income Nonfelony Defendants in New York City*. Available at <https://www.hrw.org/report/2010/12/02/price-freedom/bail-and-pretrial-detention-low-income-nonfelony-defendants-new-york>, access on May 2<sup>nd</sup> 2019.

<sup>22</sup> “It is entirely possible that most wrongful convictions - like 90 percent or more of all criminal convictions - are based on negotiated guilty pleas to comparatively light charges, and that the innocent defendants in those cases received little or no time in custody. If so, it may well be that a major cause of these comparatively low-level miscarriages of justice is the prospect of prolonged pretrial detention by innocent defendants who are unable to post bail.” GROSS, Samuel. *Frequency and Predictors of False Conviction: Why We Know So Little, and New Data on Capital Cases*, 5 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 927, pgs. 940-42, (2008).



consequences in the mass incarceration of the poor. Over criminalization of conducts, resulting in misdemeanors.

The country faces a legislative inflation and bad utilization of the criminal law, conceding to the State interference in many aspects of its citizens private lives, criminalizing behaviors taken as “preoccupying”, enlarging the list of the people holding a criminal record<sup>23</sup>. Criminalizing the action of taking two seats in the subway or allowing truancy by underage kids are examples of the bad use and selectivity of criminal laws<sup>24</sup>.

However, there are scholars who advocate that these politics are the means for a terrifying ending, such as Alexandra Natapoff<sup>25</sup>, professor and research coordinator of Loyola Law School. According to her, these less offensive crimes – misdemeanors – are used, in many occasions, as a trigger to activate the state power in chasing, persecuting and convicting unwanted citizens through the plea bargaining system. Once the police force can hold and primarily detain an offender, the plea bargaining is installed, aiming to exclude from society, as long as possible, specific individuals - to be known: minorities.

As stated before, the prosecutions overcharging technique and discretionary in filling charges are tools to induce a guilty pleas. The criminalization of outskirts conducts, such as - littering, driving with an expired driving license, taking up two sits in the subway, disorderly conduct and resisting arrest - when added up to a mass incarceration policy guaranteed by unconstitutional procedures, disrespecting the due process of law and the presumption of innocence can only lead to criminal selectivity with the massive incarceration of the poor.

### 3. Conclusion

After analyzing the arguments existing against some aspects of the American plea bargaining system discussed by this research, it is understood that they deserve close attention. Constitutional basic principles are being violated, as are basic human rights. To respond to judicial tardiness is crucial to any democratic system, but to aim effectiveness undervaluing some of the most important principles of the democratic State based on the rule of the law cannot be the solution.

---

<sup>23</sup> **65.000.000 (sixty five million)** Americans have a criminal record. ALEXANDER, Michelle. *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness*. The New Press, New York: 2010.

<sup>24</sup> Many simple and common behaviors have been criminalized for the past decades. Standing on the sidewalk, drinking in public, jaywalking, loitering, littering, marijuana use, driving with an expired driving license, taking up two sits in the subway, disorderly conduct, resisting arrest, among others, are examples of misdemeanor conducts used by the criminal justice as a scope to impose fines, supervise and control part of America's society.

<sup>25</sup> NATAPOFF, Alexandra, *Misdemeanor Decriminalization* (April 20, 2015). 68 *Vanderbilt Law Review* 155 (2015); Loyola-LA Legal Studies Paper No. 2014-43. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2494414>

## Plea Bargaining, The Prosecution's Unconstitutional Practices Favoring Efficiency: Negotiating to Broaden Criminal Selectivity

In addition to concerns involving the differences between the judicial systems, the culture and economics between the two countries, the Brazilian criminal justice should not import the American Plea Bargaining System as it exists, because of its tendency to promote inequality and the persecution of the poor, serving as a political tool to officially get rid of the unwanted. In times when intolerance, discrimination and hate speeches are popular, this criminal justice system can be a threat to a democratic society.

Remind the words of George Fisher: "There is no glory in plea bargaining. In place of a noble clash for truth, plea bargaining gives us a skulking truce.(...) (It) may be, as some chronicles claim, the invading barbarian. But it has won all the same."<sup>26</sup>

### 4. Bibliography used:

ALEXANDER, Michelle. *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness*. The New Press, New York: 2010.

ALSCHULERT, W, Albert. *The Prosecutor's Role in Plea Bargaining*. " University of Chicago Law Review: Vol. 36.

CHIN, Gabriel J. & HOLMES Jr., Richard W. *Effective Assistance of Counsel and the Consequences of Guilty Pleas*, 87 *Cornell L. Rev.* 697 (2002).

DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2013.

FISCHER, George. *Plea Bargaining's Triumph: A History of Plea Bargaining in America*. 1st Edition, Stanford University Press, Stanford-CA, 2003.

GROSS, Samuel. *Frequency and Predictors of False Conviction: Why We Know So Little, and New Data on Capital Cases*, 5 *J. EMPIRICAL LEGAL STUD.* 927. Year 2008.

NATAPOFF, Alexandra, *Misdemeanor Decriminalization* (April 20, 2015). 68 *Vanderbilt Law Review* 155 (2015); *Loyola-LA Legal Studies Paper No. 2014-43*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2494414>

RAKOF, Judge Jed S. *Why Innocent People Plead Guilty*, *THE N.Y. REVIEW OF BOOKS* (EUA): 2014.

TAIBBI; Matt. *The divide: American injustice in the age of the wealth gap*. Spiegel & Grau; First Edition edition, New York: 2014.

WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Tradução: André Telles, translation: Maria Luiza X. de A. Borges. 2<sup>nd</sup> Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

---

<sup>26</sup> FISCHER, George. *Plea Bargaining's Triumph: A History of Plea Bargaining in America*. 1<sup>st</sup> Edition, Stanford University Press, Stanford-CA, 2003. pg. 1.

# LEI PENAL: (SUPER)APLICAÇÃO E INTERPRETAÇÃO FLEXÍVEL COMO RESULTADO DO ABANDONO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DA CONDIÇÃO HUMANA

Kauana Vieira da Rosa Kalache<sup>1</sup>

**Resumo:** Em sua obra *Fundamentos Del Sistema Penal – Acción Significativa y Derechos Constitucionales*<sup>2</sup>, mais especificamente no capítulo décimo quinto, o professor Vives Antón discute a função da lei penal na sociedade atual, sua relação com a busca social por segurança e o reflexo do seu (ab)uso no que tange a liberdade individual dos cidadãos. Objetiva-se, com esta pesquisa, constatar o impacto da relativização de princípios constitucionais analisada por Vives Antón, na criação de problemas envolvendo a lei penal, dentre os quais destaca-se: 1) o escape ao direito penal, 2) a inversão de sentido ou inobservância dos princípios básicos do direito penal e 3) a flexibilidade de interpretação de leis e princípios.

**Palavras-chave:** Direito Penal; Princípios; Relativização; Direitos Humanos.

**Abstract:** Professor Vives Antón, in his book “*Fundamentos Del Sistema Penal – Acción Significativa y Derechos Constitucionales*”, more specifically in chapter fifteenth, analyses the criminal law functionality in modern society, its relation with the social pursuit of safety and how its (mis)application reflects on the citizens ‘individual liberty. This research aims to determine the impact of constitutional principles relativization, as analyzed by the author, within the creation of problems related to the criminal law, among which we enhance the following: 1) the evasion of the criminal law; 2) inversion of meaning of basic criminal law principles; 3) flexible interpretation of both the law and the principles.

**Key Words:** Criminal law; Principles; Relativization; Human Rights.

## 1. Introdução

Em sua obra *Fundamentos Del Sistema Penal – Acción Significativa y Derechos Constitucionales*<sup>3</sup>, mais especificamente no capítulo décimo quinto, o professor Vives Antón discute a função da lei penal na sociedade atual, sua relação com a busca social por segurança e o reflexo do seu (ab)uso no que tange a liberdade individual dos cidadãos.

---

<sup>1</sup> A pesquisadora é bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Brasil, (2011), especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Políticas Criminais, Brasil, (2014), e mestre em Direito Penal – LLM – pela Universidade da Califórnia – Los Angeles – UCLA (2015); É mestrandia bolsista do Centro Universitário Internacional - UNINTER, em Curitiba, Brasil (2019-2020), na linha de pesquisa Teoria e História da Jurisdição. Também é advogada, atuando na área criminal em Curitiba, Paraná, Brasil.

<sup>2</sup> ANTÓN, Tomas S. Vives. *Fundamentos Del Sistema Penal. Acción Significativa Y Derechos Constitucionales*. 2a Ed., Valência, 2011, Tirant lo Blanch.

<sup>3</sup> IBIDEM.

Objetiva-se, com esta pesquisa, constatar o impacto da relativização de princípios constitucionais analisada por Vives Antón, na criação de problemas envolvendo a lei penal, dentre os quais destaca-se: 1) o escape ao direito penal, 2) a inversão de sentido ou inobservância dos princípios básicos do direito penal e 3) a flexibilidade de interpretação de leis e princípios.

## **2. A utilização da lei Penal pelo Estado**

### **2.a – O escape ao Direito Penal.**

O autor mostra-se indignado com a moderna criação de um Direito Penal simbólico, através da utilização de leis manifesto e a contínua utilização do direito Penal como fonte de solução para problemas aparentemente não solucionáveis ou cuja solução depende da atuação de outros setores sociais. Como exemplo o autor cita o caso espanhol de aumento de pena para crimes de incêndio florestal, quando o problema não encontra-se na brandura da punição para o crime em questão e sim na identificação dos autores. Após diagnosticado o entrave, recorre-se a legislação penal como forma de apaziguar reivindicações populares, sem qualquer intenção de aplicá-la, uma vez que a situação envolvendo tais crimes remete à impossibilidade de comprovação de autoria.

No cenário nacional podemos citar inúmeros exemplos de tal fenômeno, o qual acarreta em uma verdadeira inflação legislativa na busca pela solução de problemas sociais através da lei penal. A promulgação da lei conhecida como Lei Seca, a lei de crimes hediondos - cujo rol foi recentemente acrescido do crime de corrupção - a lei que introduziu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) à já existente lei de Execução Penal, são alguns exemplos para serem citados. Ao primeiro sinal de descontentamento popular é o Direito Penal acionado, como mecanismo de defesa da esfera política fraudulentamente atuando em favor da sociedade.

No caso Brasileiro, da análise de questões envolvendo as leis acima citadas, cabem algumas ponderações. Quanto ao problema relativo à direção de veículo sob efeito de álcool, se há registros de diminuição de acidentes decorrentes de motoristas alcoolizados pode-se entender que tal fato está ligado à maior fiscalização por parte dos órgãos competentes e não ao maior rigor dado à lei penal. Até porque, em grande parte dos casos, quando flagrados dirigindo alcoolizados, muitos motoristas optam pelas penalidades administrativas, como a perda temporária do direito de dirigir, ao invés de se submeter ao etilômetro e fazer prova contra si mesmo a ser utilizada em possível ação penal posterior.

Quanto ao controverso RDD, independente da análise de sua constitucionalidade, da simples leitura do dispositivo que o regulamenta<sup>4</sup> resta claro que sua aplicação, não isolada mas de maneira geral e como prática cotidiana para os que se enquadram nos requisitos da lei, resta impossível. Está sujeito a aplicação do regime disciplinar a) o preso que cometer crime doloso, acarretando na desordem e indisciplina no presídio – RDD como sanção disciplinar; ou b) apresente alto risco para ordem e segurança carcerária e da sociedade, ou suspeite-se de possível envolvimento em organização ou associação criminosa– RDD como medida cautelar. Para a aplicação do regime, está previsto recolhimento do preso em cela individual.

Pois bem, milhares de condenados se enquadrariam atualmente nos requisitos para aplicação do RDD, especialmente com a propagação de rebeliões em presídios e popularização de facções criminosas dentro e fora das carceragens brasileiras. Some-se a isso o fato de que hoje há um déficit de 354 mil vagas<sup>5</sup> em nosso sistema carcerário – razão de muitas das rebeliões acima citadas - evidente não possuir o sistema estrutura física que possibilite a implementação da referida prática. Em que pese não entendermos pela aplicação do RDD independentemente das circunstâncias em que se apresente o preso, inconcebível pensar que o legislador tivesse intenção de aplicação efetiva e cotidiana da lei em questão.

Tal medida, ao mesmo tempo que se apresenta como um esforço fictício das autoridades em conter a violência no cárcere e os esquemas criminosos envolvendo facções do crime que assolam nosso país – a exemplo do PCC e do Comando Vermelho, também demonstra em seu conteúdo violar princípios básicos norteadores do direito penal, conforme será analisado posteriormente.

Não se pode, neste momento, deixar de destacar o peso das políticas norte-americanas nesse cenário, com sua rigidez penal e processual penal. Ao considerar a importação de conceitos e práticas internacionais para o sistema nacional, necessário citar a análise de Otfried Hoeff<sup>6</sup> acerca de tal fenômeno. Entendendo a filosofia como prática da Humanidade compreende, também, que sociedades diversas possuem em comum apenas princípios formais, os quais são submetidos às vivências peculiares de cada povo.

Nessa esteira, o autor, ao analisar a apropriação de formas de Estado desenvolvidas no continente europeu e americano por outras culturas, afirma que o mesmo se dá de modo

---

<sup>4</sup> Lei 10.792/03, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2003/L10.792.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.792.htm)

<sup>5</sup> Informação disponível em <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>, acesso em 12/01/2019.

<sup>6</sup> HOFFE, Otfried. A democracia no mundo de hoje. Tradução Tito Lívio Cruz Romão – São Paulo: Martins Fontes, 2005, pg. 31.

direto e abrupto demais, acarretando em crises que reforçam a necessidade de se realizar o que chama de democracia qualificada - vinculada a princípios de justiça ou seja, de direitos humanos - com prudência e respeitando-se a cultura do povo importador. Alega ainda, como terceiro nível do discurso filosófico, que na esfera da *Prática do Direito*, há a necessidade de que seja mantida a autonomia deste povo para que as reivindicações de justiça e direitos pleiteadas possam ser exigidas dos mesmos, o que não ocorre.

Dentro desse contexto não podemos deixar de lembrar que nosso país é marcado pela enorme desigualdade social do seu povo o qual é composto por grande número de hipossuficientes, com pouco acesso às condições básicas de vida, como educação, saúde e moradia. Ademais, nosso sistema de justiça criminal vive uma de suas piores crises ante a mora judicial, a superlotação e condições de habitação de presídios, além de problemas envolvendo a atuação questionável das polícias nacionais e a precariedade de investimentos nesse setor.

Em nosso país, defensores do “endurecimento” da legislação penal frequentemente utilizam argumentos ligados à brandalidade das leis existentes e a suposta impunidade persistente no país. Sem aprofundamento na discussão, tais argumentos são facilmente derrubados por estudiosos do sistema criminal. Não se trata de ter um sistema de penalidades brandas – em nosso país, crimes violentos dos quais resultam morte tem suas penas fixadas em até 20 anos de reclusão, se não hediondos – mas sim de um sistema punitivo falido, que não ressocializa e sim contribui com a disseminação da violência e o desenvolvimento de uma carreira criminosa.

Tampouco há que se falar em impunidade em um país que ocupa o terceiro lugar no ranking mundial de população carcerária – ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da China – com mais de 700 (setecentos) mil presos<sup>7</sup>. O que talvez seja motivo de indignação de muitos seja a parcela ínfima de persecuções criminais e prisões envolvendo crimes financeiros ou a administração pública.

Ao contrário dos discursos inflamados acerca da necessidade de repressão criminal, pouco se ouve acerca de políticas sociais que visem atingir o foco e o desenvolvimento da violência, ou sobre a necessidade de reforma do sistema carcerário e criminal como um todo. Nas palavras do professor Busato, citando Zaffaroni: o sistema penal, apesar de externar o objetivo de prevenir delitos, tem em seu discurso a serventia de produzir “*justificações condicionantes para a criação de verdadeiras “carreiras criminais” (teoria do labelling approach)*. Portanto,

---

<sup>7</sup> Disponível em <http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>, acesso em 19/01/2019.

*não se pode perder de vista que o sistema penal (...) não pode ser considerado solução para o problema da criminalidade.*<sup>8</sup>

Mister a conclusão do professor Vives quando afirma que hodiernamente *“se utiliza o direito penal para exorcizar os problemas sem resolvê-los. Se furtam os princípios e garantias e, finalmente, se converte em uma fraude.”*<sup>9</sup>.

Porém, além da recorrente busca na lei penal de soluções para problemas sociais, decorrendo na promulgação de leis que sequer serão utilizadas ou utilizando a justiça criminal como forma de perseguição de sujeitos tidos como indesejáveis, Vives aborda um segundo problema vivido hoje, qual seja o combate e a inversão de sentido dos princípios de direito.

## **2.b - A inversão de sentido ou inobservância dos princípios básicos do direito penal.**

Ainda mais perturbador que a superutilização da legislação penal na tentativa de solucionar problemas sociais dificilmente solucionáveis por esta via, figura a atual predisposição para a valorização de determinados princípios em detrimento de outros e ainda a inversão de sentido de princípios constitucionais básicos relativos ao Direito Penal. Os princípios da liberdade e da segurança jurídica vão de encontro ao da segurança material, prevalecendo este último. Princípios norteadores da sociedade democrática de direito, como o da humanidade, da legalidade, da igualdade, da presunção de inocência são exemplos daqueles submetidos à referida inversão ou vem sendo reiteradamente preteridos.

O professor Vives expõe preocupação com a moderna pressão punitiva, a qual acarreta um sobrepeso aos limites do constitucionalmente aceitável no que tange aos princípios da proporcionalidade e legalidade. Afirma que o centro de interesse do Direito Penal migrou da segurança jurídica para a segurança dos bens jurídicos. Busca-se a segurança material antes de se pensar na segurança jurídica como limite ao poder punitivo. Nas palavras de Vives há: *“uma pretendida necessidade de castigo, que, supostamente deriva do seguinte: para que todos os cidadãos sejam iguais há que, segundo uma moderna linha de pensamento, castigar a todos igualmente”*.

Cabe frisar que o bem jurídico figura como condição e não função do Direito Penal, não cabendo a este proteção daquele. O Direito Penal atua quando há ameaça de lesão ou lesão a bem jurídico, não no intuito de protegê-lo ou ressarcí-lo, mas no intuito de punir a ameaça de lesão ou lesão propriamente dita. Não há que se falar em restituição de bem

---

<sup>8</sup> BUSATO, Paulo Cesar. Regime Disciplinar Diferenciado como produto de um Direito Penal de Inimigo. Pg. 2. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12561-12562-1-PB.pdf>, acesso em 15/03/2019.

<sup>9</sup> ANTÓN, Tomas S. Vives. Fundamentos Del Sistema Penal. Acción Significativa Y Derechos Constitucionales. 2a Ed., Valência, 2011, Tirant lo Blanch, pg. 668.

## Lei Penal: (Super)Aplicação e Interpretação Flexível como Resultado do Abandono de Princípios Constitucionais Norteadores da Condição Humana

jurídico qualquer através da lei penal. Ademais em esfera penal, não há que se falar em ampliação de proteção de bem jurídico ante proteção deficiente. Vigora, sempre, o princípio da intervenção mínima.

Na contra mão deste entendimento figura o já anteriormente citado Regime Disciplinar Diferenciado. Mais grave ainda é a constatação de que princípios são distorcidos no intuito de validar tal prática.

Se há encarceramento de seres humanos em nossa sociedade, o mesmo acontece com fulcro em princípios como da humanidade da execução da pena e o da igualdade e do in dubio pro reo. A implementação do RDD altera esse sistema, invertendo valores no intuito de justificar sua aplicação. Não se leva mais em consideração o fato praticado pelo autor e sim suas características pessoais. Não se fala em certeza de fato praticado e sim da suspeita participação do detento. Não se trata de ressocialização e sim neutralização do indivíduo. Não se está diante da punição de ameaça de lesão ou lesão de bem jurídico e sim um pseudo controle total e geral na busca esquizofrênica pela segurança material, a qual, respaldada pela manutenção da ordem social e boa convivência, garante suposta legitimidade para tais normas.<sup>10</sup>

Conforme já criticado por inúmeros autores, a implementação do RDD não apenas serve como forma de controle de disciplina nos presídios brasileiros, mas tem o intuito de promover a obediência através de um modelo violador de direitos fundamentais. Ausência de contato humano – com recolhimento em selas individuais, oponível à detentos que ofereçam risco à ordem do estabelecimento prisional, ou à sociedade, ou que apresentem mera suspeita de participação em organização criminosa – não estamos falando de falta grave ou delito a ser apurada e penalizada ou ainda a comprovada participação em bandos e organizações – são características do RDD.

---

<sup>10</sup> Vives ainda acrescenta: “Y algo parecido sucede con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Según reza la formulación clásica del principio "sólo se puede castigar allí donde haya una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico". Pero, el hombre moderno no pide tanto seguridad jurídica cuanto seguridad material y entonces el principio, por así decirlo, invierte su sentido. Ya no se trata de que se castigue *solamente* si hay lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino de que se castigue *siempre* que haya lesión o puesta en peligro de algo que se estima digno de protección. Frente a esa perversión del modo de entender los principios, de poco sirven las proclamaciones que de ellos se hace en los Códigos modernos. Pues, explícita o implícitamente, los principios penales están ya proclamados en la Constitución. Y si la norma más alta no es suficiente para hacerlos efectivos, tampoco va a conseguirlo el Código Penal.” ANTÓN, Tomas S. Vives. Fundamentos Del Sistema Penal. Acción Significativa Y Derechos Constitucionales. 2a Ed., València, 2011, Tirant le Blanch, pg. 669.



Se pune de forma desumana e cruel, o *in dubio pro reo* se converte em *in dubio pro societate* que também justifica a inobservância de princípios como o da humanidade da execução da pena e o da igualdade<sup>11</sup>.

Questiona-se a legitimidade de tal norma, uma vez que pouco implica no controle social a que se destina – impraticável reconhecer que tais medidas resultarão na diminuição da criminalidade, fenômeno social complexo, dependente de fatores sociais e econômicos diversos da aplicação da referida norma<sup>12</sup>. Está-se diante do fenômeno do escape ao direito penal, anteriormente abordado, com a promulgação de norma simbólica, acarretando na inflação legislativa nacional. E isso vem sendo realizado sem a observância de direitos e garantias fundamentais do ser humano.

Além da aplicação do RDD pode-se citar o abuso de medidas cautelares, a imparcialidade de juízes, a defesa técnica deficiente do acusado, a morosidade processual e a superlotação de presídios<sup>13</sup> como situações de violações e inversões de princípios corriqueiras e alarmantes no sistema de justiça criminal brasileiro.

Juntamente com a inflação legislativa e o combate e inversão de princípios constitucionais, que acarretam na ineficácia da proteção que visam assegurar, aparece no texto do professor Vives o apontamento de um terceiro problema envolvendo a necessidade de se reivindicar o Estado Constitucional, qual seja a flexibilidade de interpretação da lei, que passa a ser analisado.

## 2.c A flexibilidade de interpretação.

Vives faz críticas a interpretação flexível ou funcionalista da lei, reconhecendo-a como fenômeno mundial e a entendendo como manobra de manipulação da legislação penal para que sejam atendidas as necessidades da estrutura punitiva. A lei penal não funciona mais

---

<sup>11</sup> Conforme assinala o professor Paulo Busato: “Trata-se evidentemente de uma Política Criminal equivocada e que não resulta em mais do que a reprodução e multiplicação da violência. Para García-Pablos de Molina, este tipo de atitude por parte do Estado, reflete uma “política de gestos de encontro à platéia e à opinião pública”. Na realidade, a pretensão de converter o Direito penal em portador de ilusões de segurança social, não pode mais romper a confiança desta mesma instância de controle.” BUSATO, Paulo César. Regime Disciplinar Diferenciado como produto de um Direito Penal de Inimigo. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12561-12562-1-PB.pdf>, acesso em 30/01/2019.

<sup>12</sup> “Entretanto, a exemplo de outras tantas iniciativas legislativas que tem o claro objetivo de diminuir garantias dos autores de delito, evidentemente esta lei não pode alcançar a pretendida diminuição de índices de delinqüência, uma vez que a raiz do fenômeno criminológico brasileiro se encontra muito mais nas graves distorções sociais e econômicas do que no regime interno do cárcere, que além do mais, costuma ser brutal e estar em descompasso com a própria disposição legislativa.” IBIDEM.

<sup>13</sup> Estima-se que mais de 40% (quarenta por cento) da população carcerária é composta por presos provisórios. A média mundial é 32% (trinta e dois por cento). Disponível em <http://www.danospermanentes.org/oque.html>. Acesso em 30/01/2019.

## Lei Penal: (Super)Aplicação e Interpretação Flexível como Resultado do Abandono de Princípios Constitucionais Norteadores da Condição Humana

como limites ao poder punitivo do sistema, mas é o sistema que atualmente passa a impor à lei penal seus objetivos<sup>14</sup>.

Mais grave é a constatação da existência de um Direito Penal específico, a ser aplicado não de forma geral aos delinquentes, mas apenas àqueles tidos como inimigos. Nas palavras de Paulo Busato, “*trata-se da desconsideração de determinada classe de cidadãos como portadores de direitos iguais aos demais a partir de uma classificação que se impõe desde as instâncias de controle.*”<sup>15</sup>.

Como exemplo de aplicação da referida norma seletiva, Busato aponta o Regime Disciplinar Diferenciado, justamente por se tratar de regra que leva em consideração as condições pessoais do autor de delito, restando a problemática para além da redução de garantias dos criminalmente perseguidos.

Ainda no âmbito nacional, discussões acaloradas surgem acerca do recente “pacote anticrime” apresentado pelo ministro da justiça. Dentre os pontos não unânimes está a proposta de ampliação das hipóteses de legítima defesa. Em que pese a ampliação ser aplicada, em tese, a todos os cidadãos, o contexto político em que ela surge a torna extremamente questionável. Buscando maior autonomia e endurecimento policial, surge a referida proposta, a qual facilitaria a atividade das equipes de repressão ao crime, que teriam maior facilidade em justificar mortes ou lesões de supostos delinquentes respaldados pela legítima defesa. Cabe ressaltar que, com as normas regulamentadoras da legítima defesa e do estrito cumprimento do dever legal da forma como são interpretadas atualmente, a polícia brasileira é a que mais mata no mundo de acordo com relatório da Anistia Internacional e da Human Rights Watch, sendo apontados perfis de jovens negros como os que mais morrem no país vítimas de violência policial (80% - oitenta por cento)<sup>16</sup>.

Diante da constatação da ocorrência crescente de tal fenômeno, Vives encerra afirmando que:

“El Derecho Penal del enemigo público se caracterizaría por ser un Derecho Penal *ad hoc*, discriminatorio; carente, por tanto, de generalidad y, consiguientemente, ayuno de garantías. Ante estos cambios en su función, la Ley Penal está, como acaba de subrayarse, en una *situación insostenible*. No me atrevería a afirmar que se trate de un callejón sin

---

<sup>14</sup>“La palabras de la ley penal, que deberían ser rígidas y taxativas, cuyo sentido debiera estar muy claro y no permitir al juez adueñarse de su aplicación, son manipuladas en función de las necesidades del sistema. Donde el sistema necesita castigar, se lleva a cabo una interpretación *ad hoc* que conduzca al castigo.” ANTÓN, Tomás S. Vives. Fundamentos Del Sistema Penal. Acción Significativa Y Derechos Constitucionales. 2a Ed., Valência, 2011, Tirant le Blanch, pg.670.

<sup>15</sup>BUSATO, Paulo Cesar. Regime Disciplinar Diferenciado com Produto de um Direito Penal do Inimigo. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12561-12562-1-PB.pdf>

<sup>16</sup>Disponível em: <https://anistia.org.br/entre-em-acao/carta/informe-anual-20172018-o-estado-dos-direitos-humanos-mundo/>

salida; pero, ciertamente, se trata de una crisis muy grave.”

Diante de tais constatações e da sensível aprovação de tamanho rigor e parcialidade penal por parte dos legisladores, operadores do direito e da população em geral, fica o questionamento acerca da possível disponibilidade de princípios constitucionais básicos. Para tanto, mister voltar a refletir sobre o que seria um direito justo e como realizar uma modernização normativa com foco tanto na globalização, quanto nos direitos humanos e na soberania popular.

### 3. Conclusão

Da análise das políticas e normas dos sistemas de justiça criminal citadas não resta dúvidas de que a preocupação de Vives acerca da função da lei penal na sociedade e o reflexo do seu uso no que tange a liberdade individual dos cidadãos é atual e preocupante.

Leis que não cumprem com a finalidade a que se destinam – servindo como impulso político na busca por popularidade, normas que desrespeitam princípios básicos derivados de Direitos Humanos, irrenunciáveis e universais, manipulação de princípios constitucionais, flexibilização de interpretação de normas, com o abandono da busca por segurança jurídica em favor da segurança material e políticas criminais abusivas e seletivas nos fazem questionar a democracia vivida atualmente.

Quando, em qualquer sociedade, entende-se que a organização, o bem estar e a segurança advém da criação e aplicação da lei penal e encarceramento abundantes – independente de qualquer crítica que tal política mereça – deve esta mesma sociedade oferecer condições, - de estrutura física, jurídica, logística, entre outras – para sua implementação. Recordando Dussel<sup>17</sup>, o poder político é constituído pela produção, manutenção e aumento de vida na sociedade, a ser realizado de forma consensual<sup>18</sup> e com **factibilidade estratégica**.

Um sistema judicial moroso, a precariedade de defesa técnica de acusados de baixa condição socioeconômica, a seletividade na aplicação da lei penal e de execução penal e um sistema carcerário com déficit de mais de 300.000 (trezentas mil) vagas, são exemplos que comprovam a não factibilidade da utilização da lei penal como solução para os problemas

---

<sup>17</sup> DUSSEL, Henrique. 20 Teses de Política. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

<sup>18</sup> HOFFE trabalha o consenso, no que tange a legitimação do poder coercitivo, como, dentro do conceito de individualismo legitimador, cujos fatores abrangem um rigoroso conceito do tema, uma “unanimidade rigorosa”. Entendendo impossível a unanimidade, vincula o consentimento à ideia de “vantagem comprovável”, cambiando o critério de livre convencimento para “vantagem própria. “*O poder coercitivo é legítimo não em virtude de uma provação histórico-fática, mas porque à medida que ninguém lhe pode fazer fracassar a aprovação de maneira justificada.*”. pg. 46.

## Lei Penal: (Super)Aplicação e Interpretação Flexível como Resultado do Abandono de Princípios Constitucionais Norteadores da Condição Humana

sociais vividos em nosso país. Princípios básicos como o da dignidade, do direito de defesa e da celeridade processual são quotidianamente inobservados em nosso sistema, sob o escopo da prevalência da segurança – material e não jurídica.

Direitos Humanos e princípios destes derivados são universais e irrenunciáveis, devendo ser observados a cada cidadão pertencente ao grupo social, sendo ele transgressor de normas consensualmente estabelecidas, ou não. Deve ser missão dos operadores do direito não permitir que a banalização da violência experimentada e a busca irracional por segurança nos tempos de hoje permita a relativização dos princípios norteadores da condição humana. Fazendo uso das palavras do professor Vives: “não se trata de uma rua sem saída, mas certamente se trata de uma crise muito grave.”.

### 4 – Revisão Bibliográfica

ANTÓN, Tomás, S. Vives. Fundamentos Del Sistema Penal – Acción Significativa y Derechos Constitucionales. Editora tirant lo blanch, 2ªed. Valencia, 2011

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

BUSATO, Paulo César. Regime Disciplinar Diferenciado com Produto de um Direito Penal do Inimigo. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12561-12562-1-PB.pdf>

DUSSEL, Henrique. 20 Teses de Política. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón – teoria del garantismo penal. Tradução: Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayon Mohino; Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Segunda ed. Madri: Trotta, 1997.

HOFFE, Otfried. A democracia no mundo de hoje. Tradução Tito Lívio Cruz Romão – São Paulo: Martins Fontes, 2005.

# A PROBLEMÁTICA DOS TRABALHADORES DAS PLATAFORMAS DIGITAIS: TRABALHADORES DEPENDENTES, PRESTADORES DE SERVIÇOS OU FIGURA HÍBRIDA? O EXEMPLO CHINÊS

Telma Reis Martins<sup>1</sup>

**Resumo:** O aparecimento das novas tecnologias trouxe desafios para as legislações laborais de todo o mundo. Esta nova realidade trouxe problemas acrescidos no que toca à qualificação destes novos modelos laborais: estaremos perante trabalhadores dependentes; prestadores de serviços; trabalhadores autónomos; ou haverá necessidade das legislações nacionais criarem uma terceira figura? Este estudo pretende explorar o caso chinês – o exemplo da plataforma de transportes *Didi*. Apesar da ausência de uma resposta na legislação nacional não impediu que a *Didi* atribuisse voluntariamente, um conjunto de regalias aos seus colaboradores. Este estudo pretende, ainda, fazer uma reflexão acerca da nova lei n.º 45/2018 de 10 de agosto que não definiu o estatuto destes colaboradores preferindo remeter a sua qualificação para o método indiciário do art. 12.º do Código do trabalho. Perante este facto, concluiu-se que há uma necessidade de adequação das leis laborais mundiais a estes fenómenos tecnológicos de forma a que exista uma maior proteção social destes colaboradores.

**Abstract:** The emergence of new technologies has brought challenges to labor laws across the world. This new reality brings further problems regarding the qualification of these labor models: we will be facing dependent workers; uber drivers, service providers; autonomous workers; or is there a need for national legislation to create a third figure? This study intends to explore the Chinese case - an example that the absence of a response in national legislation did not prevent a company from voluntarily giving a set of benefits to its employees.

**Keywords:** *UBER*; Sharing Economy; chinese web plataforma; DIDI; Atypical Workers;

A evolução tecnológica mundial tem influenciado os conceitos mais primários do direito do trabalho. Numa época de crise económica mundial e de luta dos Estados na criação de medidas para combaterem os elevados níveis de desemprego, tornou-se importante o aparecimento destas novas tecnológicas. O facto de não existir qualquer investimento inicial e a ausência de grandes particularidades para o exercício da prestação laboral<sup>2</sup>, pareceram ser

---

<sup>1</sup> Advogada, *International Buyer Assistant* na China desde 2015, Mestre em Direito dos Negócios e da Empresa pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto (2015), Pós-graduanda em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto (2019); email: telmareismartins-58338p@adv.oa.pt

<sup>2</sup> A maioria das plataformas só exige que o candidato tenha carta de condução pelo menos há 2 anos, neste sentido *vide* notícia online: <https://qz.com/751349/china-never-banned-uber-because-ride-hailing-is-great-for-the-governments-agenda/>

## A Problemática dos Trabalhadores das Plataformas Digitais: Trabalhadores Dependentes, Prestadores de Serviços ou Figura Híbrida? O Exemplo Chinês

dois fatores bastante atrativos para os mais jovens ou até para aqueles que querem ter um rendimento extra ao final do mês.<sup>3</sup>

Atualmente, e com o surgimento das profissões ligadas às novas tecnologias, parece-nos que as noções de direito do trabalho presentes quer no art. 1152º do Código Civil quer, no art. 11º do Código do Trabalho, encontram-se incompletas e com necessidade de atualização legislativa.

O código de trabalho português identifica três elementos basilares presentes em qualquer relação jurídico laboral: a atividade laboral; a retribuição; e a subordinação jurídica<sup>4</sup>. Ora, é este último elemento, o da subordinação jurídica que mais dúvidas gera. Assim, e se por um lado, as empresas como a *uber*, *taxify*, *bolt*, *glovo*, etc. qualificam os seus colaboradores como meros prestadores de serviços a verdade é que, esta qualificação jurídica não nos parece tão linear. Ora, de forma a separar esta dicotomia, entre trabalho dependente e trabalho em prestação de serviços, o legislador português elencou, no art. 12º do Código de trabalho, uma série de indícios de subordinação.

Quanto ao indício do local de trabalho, nas plataformas digitais, o colaborador não presta a sua actividade num local fixo antes, é a própria plataforma que gere o processamento do pedido do utilizador e o transmite, via eletrónica, para o seu colaborador. A questão que aqui se prende é se se poderá, neste caso, fazer a remissão para a modalidade do teletrabalho<sup>5</sup> no entanto, parece-nos que o espírito da lei não se adequa a este modelo de trabalho.

O indício “tempo de trabalho” é que parece também ser controverso na medida em que, são os colaboradores que escolhem se estão ou não “online” ou seja, disponíveis para trabalhar no entanto, a sua (in) disponibilidade pode ser premiada ou não. Assim e, se o colaborador estiver mais vezes “offline” e não responder às notificações, a plataforma irá

---

<sup>3</sup> Neste sentido *vide*, a título de exemplo um artigo de imprensa sobre as condições dos motoristas das plataformas: <https://observador.pt/especiais/excesso-de-horas-precariedade-baixos-salarios-a-vida-dos-motoristas-da-uber/>

<sup>4</sup> O conceito de subordinação jurídica está presente na definição legal de contrato de trabalho do art. 1152º do CC “autoridade e direção” e no art. 11º do CT com a referência ao conceito de “âmbito de organização” e autoridade. “São, fundamentalmente, dois os elementos essenciais que caracterizam o contrato individual de trabalho: a subordinação económica e a subordinação jurídica; Mas é pela subordinação jurídica que mais se revela a referida caracterização e que o distingue do contrato de prestação de serviços, havendo que considerar um elenco de índices externos em que tal subordinação jurídica se revela: A vinculação a horário de trabalho, a execução da prestação em local definido pelo empregador, a existência de controlo externo do modo da prestação, a obediência a ordens e a sujeição à disciplina da empresa” – quanto a esta distinção *vide* o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo nº 0076354.

<sup>5</sup> Prestação laboral “habitualmente fora da empresa com recurso a tecnologias de informação e comunicação” – quanto à aplicação do método indiciário, do art. 12º do CT, a Dra. Regina Redinha é da opinião que “(...) este deve ser relativizado e adaptado.(...) dever-se-ão desvalorizar enquanto indícios relevantes o local de trabalho e a inexistência de um horário de trabalho pré-definido pelo beneficiário da prestação. – Regina Redinha. “O teletrabalho”, II congresso Nacional de Direito do Trabalho, Almedina, Coimbra, 1999, pp.95. e ss.

## A Problemática dos Trabalhadores das Plataformas Digitais: Trabalhadores Dependentes, Prestadores de Serviços ou Figura Híbrida? O Exemplo Chinês

graduá-lo nos últimos lugares possibilitando à empresa “premiar” esta falta de disponibilidade com a desativação definitiva daquele colaborador. Assim, esta aparente liberdade na escolha dos horários parece ter consequências gravosas para o colaborador que, passa não ter outra alternativa senão o de se mostrar-se cada vez mais disponível, aceitando “as ordens” da plataforma. Intimamente ligado com o conceito “tempo” está o conceito de retribuição. A retribuição aos trabalhadores é definida pela plataforma em função do tempo em que este se encontra conectado e disponível para prestar o seu trabalho.

Um outro conceito importante a ter em conta, na análise da presunção da laboralidade, é o critério da dependência económica.<sup>6</sup> Assim, terá de se analisar caso a caso se o colaborador depende apenas daquele rendimento ou se trabalha só em regime de part-time ou, se por ventura, colabora em exclusividade para aquela plataforma.

A questão do colaborador receber ordens diretas e instruções genéricas por parte da empresa parece-nos também não gerar grande controvérsia. Assim, sabemos que é a plataforma que gere o processamento do pedido, por parte do utilizador, e que indica o trajeto que deverá ser cumprido pelo colaborador sendo que este, nunca conhece, de antemão, se o serviço lhe compensa ou não.<sup>7</sup> Ora, também é a empresa estabelecer a percentagem atribuída ao seu colaborador, controlando, desde logo, as tarifas em vigor evidenciando, uma vez mais, a aproximação ao conceito de trabalho subordinado.

Face ao exposto, concordamos com a opinião de ROSÁRIO PALMA RAMALHO no sentido de que estes conceitos de subordinação “devem ser interpretados e valorizados em consonância com esta evolução tecnológica”.<sup>8</sup> Neste sentido, e estando preenchidas dois ou mais indícios previstos no art. 12º do CT, a Jurisprudência e a Doutrina têm entendido pela existência de um vínculo laboral da relação em causa.<sup>9</sup>

A entrada em vigor da lei nº 45/2018 de 10 de agosto, também designada pela “Lei Uber”, veio estabelecer o regime jurídico de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataforma eletrónica. O art. 2º começa por estabelecer que só as pessoas colectivas poderão ser operadores de TVDE. Cabe aos operadores de TVDE a obrigação de licenciarem a sua atividade de acordo com o estabelecido no art. 3º e 4º diploma. A circunstância de o acesso à profissão de motorista de TVDE faz depender que, para além da titularidade de carta de condução (categoria B) há

---

<sup>7</sup> Mr. Y Aslam et al. vs. Uber Technologies Inc., p. 28.

<sup>8</sup> Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do Trabalho – Parte II – Situações laborais individuais*, 3ªed. Almedina, Coimbra, 2010, pag. 47.

<sup>9</sup> Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, 7ªed. Almedina, Coimbra, 2015, pp.325 e ss.

## A Problemática dos Trabalhadores das Plataformas Digitais: Trabalhadores Dependentes, Prestadores de Serviços ou Figura Híbrida? O Exemplo Chinês

mais de três anos, da titularidade de certificado de curso de formação rodoviária para motoristas, de certificado de motorista de TVDE e da idoneidade para o exercício da profissão.

A questão que importará aqui discutir prender-se-á com a razão do legislador português limitar o acesso a operador apenas a pessoas colectivas. Parece-nos que a ideia do legislador estaria em criar certos formalismos a esta atividade uma vez que, as pessoas colectivas estão adstritas a certas obrigações e deveres legais. Neste sentido, nada obsta a que uma pessoa singular constitua uma sociedade unipessoal e que nessa sociedade seja o único motorista da empresa! A única imposição ou formalidade passará apenas pela celebração de um contrato escrito entre o motorista e a operadora e a observação das regras de licenciamento da atividade – art. 3º e 4º do diploma.

Trabalho autónomo vs Trabalho subordinado: O legislador português teve uma excelente oportunidade para definir as fronteiras entre o trabalho subordinado e o trabalho independente dos motoristas/colaboradores das plataformas. Soube aproveitar? Parece-nos que não. O art. 10º nº 10 limita-se a fazer uma remissão para o art. 12º do código do trabalho, ou seja, para os indícios de laboralidade. Ora, havia necessidade desta remissão? Parece-nos que este art. 10º nº 10 da Lei nº 45/2018 pouco ou nada acrescenta na decisão da qualificação jurídica da posição laboral dos condutores/colaboradores das plataformas. Contudo, a péssima redação legislativa não fica por aqui: no nº 11 do mesmo artigo, o legislador diz o seguinte: “Para efeitos do disposto no número anterior, aplicando-se o art. 12º do Código do Trabalho, considera-se que os equipamentos e os instrumentos de trabalho são todos os que sejam pertencentes ao beneficiário ou por ele explorados por aluguer ou qualquer outra modalidade de locação.” A questão essencial é saber o que o legislador compreende com o conceito de “beneficiário”. Sendo a relação jurídica tripartida (utilizador; plataforma; colaborador/motorista), o que será que o legislador quis dizer com este conceito de “beneficiário”?

A problemática da qualificação jurídica dos novos contratos laborais, fruto das novas tecnologias, tem afetado todos os continentes. Também a República Popular da China teve de se readaptar com a chegada das novas tecnologias ao mundo laboral. A par do que acontece no ocidente, a legislação chinesa também estabelece um conjunto de regras protecionistas e de cariz social que tentam evitar a exploração por parte dos empregadores.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> A legislação chinesa estabelece que os trabalhadores têm direito a serem pagos periodicamente, estabelece o direito a celebrarem um contrato de trabalho, a jornada laboral é fixada nas 40 horas semanais... Também existe um sistema previdencial muito parecido com a nossa Segurança Social que protege o trabalhador na velhice (reforma); saúde, desemprego, acidentes de trabalho e licença de maternidade. – Neste sentido, consultar



## A Problemática dos Trabalhadores das Plataformas Digitais: Trabalhadores Dependentes, Prestadores de Serviços ou Figura Híbrida? O Exemplo Chinês

As leis laborais chinesas mais importantes são: a *Labour Law* de 1995; a *Trade Union Law* de 1992, a *Labour Contract Law* de 2008 e a *labour dispute Medition and Arbitration law*, de 2008 que corresponderá ao nosso código de processo do trabalho. Analisando estes diplomas e comparando-os com a nossa legislação laboral, denota-se a preocupação do governo chinês em matérias tão importantes como o número de horas de trabalho ou até na premiação, por parte das entidades regionais laborais, das empresas amigas do ambiente!

Contudo, esta legislação protecionista não passa de uma miragem para os trabalhadores chineses na medida em que, o governo carece de fundos e de meios para investigar e sancionar os empregadores que não cumprem com as leis laborais.<sup>11</sup> Também o direito à greve é um tema sensível na China. Desde 1982 que o direito à greve foi removido da constituição. A razão de ser tem, inevitavelmente, a ver com a personalidade do povo chinês.<sup>12</sup> Contudo, não há nenhuma legislação que proíba o exercício deste direito fundamental que vai ocorrendo, de vez em quando, nas cidades mais industrializadas da china.<sup>13</sup> O papel dos sindicatos no regime laboral chinês também é escasso: a ACFTU (ALL-CHINA Federation of Trade Union) é uma entidade dividida regionalmente mas, é hierarquicamente dependente e controlada pelo governo comunista chinês.

No que toca às plataformas digitais, também o governo chinês teve a oportunidade de regular o sistema, apoiando a empresa de transportes nacionais, na compra da *Uber* no mercado chinês.<sup>14</sup> Três anos depois da entrada da *Uber* no mercado chinês, o governo decidiu investir na empresa nacional *Didi* – plataforma de transportes 100% chinesa.<sup>15</sup>

---

CHINA LABOUR BULLETION, “Labour Relations in China: Some frequently asked questions”, disponível no portal online em <https://clb.org.hk/content/labour-relations-china-some-frequently-asked-questions>

<sup>11</sup> A maioria dos trabalhadores chineses vêm das áreas rurais mais pobres da china. Segundo uma estatística, apenas 35,1% da população chinesa tinha formalizado um contrato escrito, com a entidade empregadora, em 2016.

<sup>12</sup> Na China, o próprio governo chinês, incute na população, o culto pelo trabalho. A título de exemplo, o Presidente Executivo do grupo Alibaba afirmou num debate que “*trabalhar 12 horas por dia, seis dias por semana, é uma bênção*”. Foi, ainda, divulgado que Jack Ma escreveu no chat da empresa, dirigida aos seus funcionários: “Se trabalhas na Alibaba tens de estar pronto para trabalhar 12 horas por dia. De outra forma porque é que vieste para a Alibaba? Não precisamos daqueles que trabalham confortavelmente durante oito horas” - notícia disponível em <https://www.dinheirovivo.pt/empresas/trabalhar-doze-horas-por-dia-seis-dias-por-semana-e-uma-bencao/>

<sup>13</sup> Em 2014, 40 000 trabalhadores uniram-se em *Dongguan* por duas semanas. Recentemente, em Junho de 2018, os motoristas de camião também se uniram numa greve parando o país e, conseqüentemente, o comércio internacional, neste sentido *vide* (<http://www.clb.org.hk/content/china-truck-drivers-strike-over-stagnant-pay-high-fuel-and-arbitrary-fines>). Ocasionalmente, os grevistas são presos depois de terem feito parte dos piquetes de greve e processados por crime de ofensas à ordem pública.

<sup>14</sup> A *uber* entrou no mercado chinês em Agosto de 2013. No entanto, o governo chinês decidiu investir na empresa concorrente nacional e em Agosto de 2016, a *Didi* comprou a *Uber* para passar a ser a única plataforma de transportes a operar na China. Neste sentido *vide* a notícia no portal: <https://qz.com/751349/china-never-banned-uber-because-ride-hailing-is-great-for-the-governmentsagenda/>

<sup>15</sup> As barreiras à entrada de empresas multinacionais na China é um assunto recorrente. Um ano antes, foi barrada a entrada no mercado de uma empresa da indústria dos media de publicidade para jogos de smartphone

## A Problemática dos Trabalhadores das Plataformas Digitais: Trabalhadores Dependentes, Prestadores de Serviços ou Figura Híbrida? O Exemplo Chinês

A *Didi* é, atualmente, a maior plataforma de serviço de transportes online chinesa. A par do que acontece no ocidente, os colaboradores das plataformas chinesas recebem ordens sobre a trajetória que deverão seguir, recebendo, também, indicações quanto ao vestuário<sup>16</sup> que deverão usar e diretrizes quanto cuidado com a utilização da linguagem durante a viagem com o utilizador.<sup>17</sup> Os motoristas da *Didi* perdem pontos se cancelarem um serviço depois de já o terem aceite e, caso excedam o número de minutos, definidos pela aplicação, para aquele serviço, podem perder até 12 pontos e, conseqüentemente, serem suspensos por um período de 1 mês!<sup>18</sup>

Para serem motoristas da *Didi*, os candidatos chineses terão de passar por vários exames de condução. Já na plataforma de distribuição de serviços, Mei-Tuan Crowdsourcing, o nível de exigência para os candidatos chineses aumenta: a empresa só aceita candidatos com idades entre os 18-65 anos; têm de usar o seu *smartphone* pessoal; têm de ter seguro de saúde em dia e, só depois de terem obtido aprovação em vários exames é que os candidatos poderão começar a trabalhar!<sup>19</sup>

Ao contrário do sistema jurídico português, a legislação chinesa não contempla nenhuma definição de contrato de trabalho. Na prática, os juizes dos tribunais chineses têm resolvido os diferendos laborais com a ajuda de um documento de 2005.<sup>20</sup> Muitos autores chineses afirmam que o país não está preparado para esta revolução digital laboral. De facto, denota-se falta de preocupação, por parte do governo chinês, em atualizar as leis laborais.<sup>21</sup>

Paralelamente ao que acontece no ocidente, podemos dividir os trabalhadores orientais como trabalhadores subordinados, com contrato de trabalho e trabalhadores

---

- <https://qz.com/751349/china-never-banned-uber-because-ride-hailing-is-great-for-the-governments-agenda/>

<sup>16</sup> Os colaboradores da Didi são obrigados a vestir-se bem e a perfumar-se, a manterem o carro limpo e cheiroso, a abrir a porta e a carregar as malas dos utilizadores e a providenciar água e carregadores de telemóvel nos seus carros. Frequentemente, a Didi envia “clientes mistério”, que fazem parte do staff, de forma a controlar se estas medidas estão a ser cumpridas - neste sentido *vide* Yu, Hui, “The Destiny of Web Platform Workers in China: Employees, nothing or a “Third Option” Labour Models in local daily services platforms”, *in* Japan Labor Issues, Vol. 2, nº8, August-September, 2018, p.98

<sup>17</sup> Yu, Hui, *ob. cit.* p. 116.

<sup>18</sup> Yu, Hui, *ob. cit.* p.117.

<sup>19</sup> Yu, Hui, *ob. cit.* p. 116

<sup>20</sup> Método indiciário chinês: 1) capacidade jurídica para celebração do contrato quer por parte do empregador, quer por parte do trabalhador; 2) o trabalhador trabalha sob as orientações do empregador e a este último cabe remunerar-lo pelo seu trabalho; 3) A prestação laboral constitui parte do modelo de negócio.

<sup>21</sup> Yin, Manxue; Zhao Biqian, “Labour Models in Local Daily service Platforms: Current situation and Challenges”, *in* Japan Labor Issues, vol 1, nº 3, November- December 2017, p.119. A 25 de Agosto de 2016, o governo chinês emitiu uma breve nota sobre o trabalho nas plataformas digitais. Na nota foi referido que as plataformas deveriam “outorgar um contrato de trabalho ou outro tipo de documento, especificando os direitos e obrigações de ambas as partes.” Ora, alguns autores consideram isto como uma mera recomendação pelo que, não foi opção do governo chinês resolver a questão dos colaboradores das plataformas, neste sentido *vide* Yu, Hui, *ob. cit.* p. 99.

## A Problemática dos Trabalhadores das Plataformas Digitais: Trabalhadores Dependentes, Prestadores de Serviços ou Figura Híbrida? O Exemplo Chinês

independentes. Os académicos chineses, como reação à falta de legislação laboral sobre estas matérias, têm vindo a discutir a possibilidade de criação de uma terceira figura: um trabalhador “intermédio” ou um trabalhador “atípico”. A esses trabalhadores “atípicos” aplicar-se-iam os limites das 40 horas semanais, benefícios do apoio do estado, etc.<sup>22</sup> Neste sentido, afirmam que se deveria quebrar o sistema dualista do sistema laboral chinês: trabalhador dependente *vs* trabalhador autónomo.

Uma breve nota emitida pelo governo chinês a 25 de agosto de 2016 influenciou, de certa forma, o reconhecimento de mais direitos aos colaboradores das plataformas. A *Didi*, coincidentemente, depois da emissão dessa recomendação, começou a oferecer alguns benefícios aos seus colaboradores: subsídios de refeição, inscrição dos seus colaboradores em ginásios, pagamento de seguros de saúde, prendas de aniversário, seguro de transporte, etc.<sup>23</sup> Os *media* chineses afirmam, no entanto, que a criação destas regalias, não foi mais que uma manobra da *Didi* para atrair mais colaboradores bem como, uma resposta por parte da empresa, para fazer frente à nova concorrência que poderia estar a entrar no mercado.<sup>24</sup>

Contudo, depois do escândalo que abalou a sociedade chinesa de dois passageiros terem sido mortos pelos seus motoristas<sup>25</sup>, a empresa, que já atravessava uma grave crise económica, decidiu elaborar um plano de ação de forma a superar a quebra na procura do serviço. Assim, criou um conjunto de medidas severas que passaram, desde logo, pelos cortes dos benefícios atribuídos aos seus colaboradores, no final de 2016, e pela revisão das tarifas. A muitos colaboradores não restou outra alternativa se não deixar a empresa. Outros decidiram reivindicar os seus direitos nas ruas.<sup>26</sup> Ao todo, mais de 2000 colaboradores foram dispensados pela empresa.<sup>27</sup>

A par do que acontece no Oriente, também em Portugal, há um dualismo no mercado de trabalho. Com o surgimento das novas tecnologias e da designada “economia colaborativa”, a falta de legislação específica para os trabalhadores das novas plataformas,

---

<sup>22</sup> Yu, Hui, *ob. cit.* p.99.

<sup>23</sup> Neste sentido *vide* a notícia online <https://help.lennysh.com/index.php?/News/NewsItem/View/26173/didi-launches-lending-and-insurance-as-new-regulation-threatens-to-lower-driver-numbers>.

<sup>24</sup> Neste sentido consultar notícia disponível em <https://www.sixthtone.com/news/1003602/ride-hailing-giant-didi-slashes-employee-benefits>

<sup>25</sup> Neste sentido *vide*, a título de exemplo, o que a imprensa internacional disse acerca deste escândalo que abalou a empresa: <https://www.theverge.com/2018/8/26/17783534/china-didi-chuxing-hitch-rideshare-app-female-passenger-murdered-suspended>

<sup>26</sup> Neste sentido *vide* notícia do *CHINA LABOUR BULLETIN*, disponível em <https://clb.org.hk/content/didi-drivers-china-protest-pay-cuts-and-restrictive-work-practices>

<sup>27</sup> Neste sentido consultar notícia do *The Wall Street Journal* em: <https://www.wsj.com/articles/chinas-didi-to-lay-off-2-000-workers-11550230482>

## A Problemática dos Trabalhadores das Plataformas Digitais: Trabalhadores Dependentes, Prestadores de Serviços ou Figura Híbrida? O Exemplo Chinês

tem gerado alguma polémica. Como já foi dito anteriormente, o legislador teve oportunidade para definir a questão na Lei nº 45/2018 de 10 de agosto, o que não aconteceu.

Neste sentido, somos da opinião da criação de um regime intermédio ou de uma figura híbrida que regule as relações laborais nas plataformas digitais. Assim e, à semelhança do que a *Didi* ofereceu aos seus colaboradores, em 2016, aos trabalhadores que operassem na “sharing economy”, ser-lhes-iam certos benefícios sociais.<sup>28</sup>

Logo, convém lembrar que caso não haja uma alteração legislativa que contemple estas novas formas laborais, continuarão a existir, por parte das plataformas, abusos de poder que originarão, a mesma situação de sempre: a “fuga ilícita para o trabalho autónomo”. Felizmente, muito recentemente, já tivemos casos<sup>29</sup> em que a estes “gigantes económicos” foram lhes reconhecidos o papel de empregadores, provando-se, ainda, que estariam contornando a lei laboral, numa situação de fraude à lei.<sup>30</sup> Parece-nos que a aplicação do regime do art. 10º do C.T – trabalhadores independentes, dependentes economicamente do beneficiário da atividade - não se aplicará a esta realidade visto que, e como foi dito anteriormente, neste tipo de relação laboral está presente o critério da subordinação jurídica.<sup>31</sup>

O que propomos na resolução da questão passaria por uma revisão do art. 10º nº 10, da nova lei nº 45/2018 de 10 de agosto, em que se contemplasse um conjunto de medidas de proteção para os trabalhadores destas novas plataformas digitais. Não somos da opinião da atualização do método indiciário do art. 12º do CT. Este método “é usado nos nossos tribunais com relativa sensatez e prudência, depois ele oferece vantagens (...): permiti(ndo) uma análise de cada indício isoladamente, e de todos os indícios, de forma contextualizada, atendendo à situação concreta em análise”<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> Também, neste sentido, parece ser a opinião de Ana Lambelho, “The need to review Independent Worker’s Protection,” in “The sharing economy: legal problems of a permutations and combinations society” Cambridge Scholars Publishing, 2019, p. 298.

<sup>29</sup> Na América com o caso O’Connor et al. Vs Uber Technologies Inc., 2015; no Reino Unido – Mr. Y. Aslam et. Al. Uber B.V. et. Al. 2016; na França - Cour d’appel de Paris, pôle 6 – ch. 2, arrêt du 10 janvier 2019.

<sup>30</sup> João Leal Amado e Catarina Gomes Santos, “A Uber e os seus motoristas em Londres: mind the gap!”, Revista de Legislação e Jurisprudência ano 146.º, n.º 4001, Livraria Jurídica, Coimbra, 2016, p. 121; Esperanza Macarena, ob. cit., 2, refere o uso abusivo das plataformas colaborativas; Brishen Rogers.

<sup>31</sup> Quanto a este critério e tendo por exemplo o caso Didi, os académicos chineses utilizam a expressão “The invisible hands behind the right to push” / As mãos invisíveis atrás do direito disciplinar – uma referência a um empregador “incorpóreo”, sem rosto mas com todas as prerrogativas de um verdadeiro empregador com poder disciplinar – neste sentido *vide* Yu, Hui, ob. cit. p. 97.

<sup>32</sup> Neste sentido *vide* Joana Nunes Vicente, “Noção de contrato de trabalho e presunção de laboralidade”, in Trabalho subordinado e trabalho autónomo: presunção legal e método indiciário, CEJ, dezembro de 2013, in [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/trabalho\\_subordinado\\_trabalho\\_autonomo.pdf?id=9&username=guest](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/trabalho_subordinado_trabalho_autonomo.pdf?id=9&username=guest), p. 58.

## A Problemática dos Trabalhadores das Plataformas Digitais: Trabalhadores Dependentes, Prestadores de Serviços ou Figura Híbrida? O Exemplo Chinês

Talvez a solução passará pela aproximação da figura dos *workers* britânicos<sup>33</sup> ou pelo exemplo, mais recente, dos tribunais franceses<sup>34</sup> em que, uma vez mais, o tribunal pronunciou-se pela existência de um vínculo laboral entre os motoristas e a plataforma.

O único exemplo que podemos tirar do Oriente prende-se pela capacidade dos órgãos de Administração da *Didi* em começarem a implementar um conjunto de regalias aos seus colaboradores, mesmo sem a existência de uma norma legal nesse sentido. Assim, e apesar de meses mais tarde esses benefícios terem sido gradualmente retirados a verdade é que, é de louvar a vontade da empresa em estabelecer um conjunto de regalias aos seus motoristas. Daqui se denota que, apesar da inexistência de uma norma nacional que estenda os direitos dos trabalhadores dependentes aos trabalhadores autónomos, constata-se que houve, por parte desta empresa, uma preocupação em atribuir certas regalias aos seus colaboradores.

Face ao exposto, é premente os governos estarem atentos a estas novas realidades de forma a readaptarem as normas laborais<sup>35</sup> a estes novos desafios. Se inicialmente o surgimento destas novas plataformas foi vista, pelos Estados, como uma alternativa perante o elevado número de desempregados nos dias de hoje, devemos refletir acerca da ausência de uma proteção social efetiva a estes colaboradores. De outra forma, poderemos estar a criar mais figuras onde reside a precariedade, possibilitando, uma vez mais, a fuga ao trabalho subordinado o que, trará, futuramente, vários problemas sociais.

### REFERÊNCIAS:

**AMADO, João Leal e Catarina Gomes Santos**, “A Uber e os seus motoristas em Londres: *mind the gap!*”, *Revista de Legislação e Jurisprudência* ano 146.o, n.o 4001, Livraria Jurídica, Coimbra, 2016.

**LAMBELHO, Ana**, “The need to review Independent Worker’s Protection,”, in “The sharing economy: legal problems of a permutations and combinations society” Cambridge Scholars Publishing, 2019.

**LEITE, Jorge**, *Direito do Trabalho (Lições ao 3o ano da FDUC)*, Serviços Sociais da UC, Coimbra, 1993.

---

<sup>33</sup> Caso Mr. Y Aslam et al vs Uber B.V. et. Al, 2016. Na Inglaterra, os motoristas foram considerados, pelo Tribunal, como “workers”. Neste caso, o Tribunal recorreu ao teste utilizado pelos tribunais californianos “teste borello” muito parecido com a ratio do nosso art. 12º do CT. Um dos factores preponderantes foi o desequilíbrio negocial entre ambas as partes uma vez que, foi reconhecida à Uber o poder de desativar a conta do motorista caso este se aceite e, posteriormente, recuse um serviço...Este e outros “indícios de laboralidade” levaram ao reconhecimento, por parte do tribunal inglês, que estes motoristas eram trabalhadores da uber ao abrigo da section 230 (3) (b) do ERA.

<sup>34</sup>Cour d’appel de Paris, pôle 6 – ch. 2, arrêt du 10 janvier 2019

<sup>35</sup>Jorge Leite, *Direito do Trabalho (Lições ao 3º ano da FDUC)*, Serviços Sociais da UC, Coimbra, 1993, p. 141

## A Problemática dos Trabalhadores das Plataformas Digitais: Trabalhadores Dependentes, Prestadores de Serviços ou Figura Híbrida? O Exemplo Chinês

**PALMA RAMALHO, Maria do Rosário**, Direito do Trabalho – Parte II – Situações laborais individuais, 3ªed. Almedina, Coimbra, 2010.

**REDINHA, Regina**, “O teletrabalho”, II congresso Nacional de Direito do Trabalho, Almedina, Coimbra, 1999.

**ROMANO MARTINEZ, Pedro**, Direito do Trabalho, 7ªed. Almedina, Coimbra, 2015.

**VICENTE, JOANA NUNES**, “Noção de contrato de trabalho e presunção de laboralidade”, in *Trabalho subordinado e trabalho autónomo: presunção legal e método indiciário*, CEJ, dezembro de 2013, [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/trabalho\\_subordinado\\_trabalho\\_o\\_auto\\_nomo.pdf?id=9&username=guest](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/trabalho_subordinado_trabalho_auto_nomo.pdf?id=9&username=guest), p. 52 a 63

**Yin, Manxue; Zhao Biqian**, “Labour Models in Local Daily service Platforms: Current situation and Challenges”, in *Japan Labor Issues*, vol 1, nº 3, November- December 2017.

**Yu, Hui**, “The Destiny of Web Plataform Workers in China: Employees, nothing or a “Third Option” Labour Models in local daily services plataforms , in *Japan Labor Issues*, Vol. 2, nº8, August-September, 2018.

### INTERNACIONAL

O’Connor et al. vs. Uber Technologies Inc. et al., no. C-13-3826 EMC,  
Mr. Y Aslam et al. vs. Uber Technologies Inc. et al.

### WEB SITES CONSULTADOS

<https://qz.com/751349/china-never-banned-uber-because-ride-hailing-is-great-for-the-governments-agenda/>

<https://observador.pt/especiais/excesso-de-horas-precariedade-baixos-salarios-a-vida-dos-motoristas-da-uber/>

<https://clb.org.hk/content/labour-relations-china-some-frequently-asked-questions>

<https://www.dinheirovivo.pt/empresas/trabalhar-doze-horas-por-dia-seis-dias-por-semana-e-uma-bencao/>

<http://www.clb.org.hk/content/china-truck-drivers-strike-over-stagnant-pay-high-fuel-and-arbitrary-fines>.

<https://qz.com/751349/china-never-banned-uber-because-ride-hailing-is-great-for-the-governmentsagenda/>

<https://help.lennysh.com/index.php?/News/NewsItem/View/26173/didi-launches-lending-and-insurance-as-new-regulation-threatens-to-lower-driver-numbers>.

<https://www.sixthtone.com/news/1003602/ride-hailing-giant-didi-slashes-employee-benefits>

<https://www.theverge.com/2018/8/26/17783534/china-didi-chuxing-hitch-rideshare-app-female-passenger-murdered-suspended>

<https://clb.org.hk/content/didi-drivers-china-protest-pay-cuts-and-restrictive-work-practices>

<https://www.wsj.com/articles/chinas-didi-to-lay-off-2-000-workers-11550230482>

## OS EFEITOS DO NEOLIBERALISMO NAS RELAÇÕES LABORAIS:

### Uma crítica à supressão de direitos trabalhistas

João Luiz Martinechen Beghetto<sup>1</sup>

**RESUMO:** O neoliberalismo como forma de menor ou de nenhuma intervenção do Estado nas relações econômicas decorre do liberalismo clássico de Adam Smith, onde se pretendia a desregulação por parte do Estado, de toda a cadeia de produção, e que tal decorreria da maior amplitude ao ideal de liberdade de cada indivíduo.

No entanto os resultados foram nefastos em todo o mundo, o liberalismo apenas trouxe miséria para a população e maior desigualdade social, acentuando a crise entre as classes, apesar de conceder lucro exacerbado aos detentores dos meios de produção.

Tal ideologia liberal teve seu auge no século XIX e início do século XX, tendo seu marco final à quebra da bolsa de Nova York em 1929.

Já nos anos 80 nos governos de Ronald Reagan nos EUA e Margaret Thatcher na Inglaterra, o ideal liberal, agora sob o nome de neoliberalismo, tendente a desconstituir a intervenção do Estado Social na economia e nas relações de trabalho, foi implantado como forma de atender aos interesses da classe econômica dominante mundial.

Com a implantação deste paradigma também na América latina têm-se diversos problemas como a estagnação do desenvolvimento, o aumento do desemprego, achatamento de salários, a desindustrialização, a maior dependência da exportação de produtos primários, e dos investimentos estrangeiros, para obtenção do crescimento econômico.<sup>2</sup>

No campo das relações de trabalho foram implantadas flexibilizações dos direitos sociais trabalhistas, e em casos mais graves até mesmo supressão de direitos trabalhistas, que significaram verdadeira involução na legislação dos trabalhadores.

O presente trabalho que será desenvolvido com a análise bibliográfica especializada serve como alerta, para a sociedade e ao meio acadêmico, a estimular a discussão e a busca de uma forma de equalizar ou minimizar os efeitos da globalização da economia e sua ideologia neoliberal, restando o ímpeto de apenas se alcançar cada vez maiores lucros, com o respeito ao princípio da dignidade humana do trabalhador, com a implementação de melhores salários, maior segurança nas relações de trabalho com retorno e incentivo aos contratos por tempo indeterminado.

**Palavras chave:** neoliberalismo; direitos trabalhistas; globalização; emprego; dignidade do trabalhador;

**ABSTRACT:** Neoliberalism as a form of minor or no intervention of the State in economic relations stems from the classic liberalism of Adam Smith, where it was intended the deregulation by the State, of the whole chain of production, and that this would derive from the greater amplitude to the ideal of freedom of each individual.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito, Teoria e História da Jurisdição do Centro Universitário Internacional - Uninter, Curitiba-Paraná-Brasil. 2019. E-mail de contato jlbeghetto@hotmail.com

<sup>2</sup> IBARRA, David, O Neoliberalismo na América latina. **Revista de Economia Política**, São Paulo. v.31 n. 2 abr./jun. 2011. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0101-31572011000200004>> Acesso em: 06/mar/2019.

However, the results were damaging all over the world, liberalism only brought misery to the population and increased social inequality, accentuating the crisis between the classes, despite giving exacerbated profits to the holders of the means of production.

This liberal ideology had its culmination in the nineteenth and early twentieth century, with its final mark to the breaking of the New York Stock Exchange in 1929.

Already in the 1980s in the governments of Ronald Reagan in the USA and Margaret Thatcher in England, the liberal ideal, now under the name of neoliberalism, tending to deconstruct the intervention of the Social State in the economy and labor relations, was implanted as a way to meet interests of the world's dominant economic class.

With the implementation of this paradigm also in Latin America there are several problems such as stagnation of development, rising unemployment, flattening of wages, deindustrialization, greater dependence on the export of primary products, and foreign investments, to obtain growth economic.

In the field of labor relations, flexibilizations of labor social rights were implemented, and in more serious cases, even suppression of labor rights, which meant a real involution in workers' legislation.

The present work that will be developed with the specialized bibliographic analysis serves as an alert for society and the academic world to stimulate the discussion and the search for a way to equalize or minimize the effects of the globalization of the economy and its neoliberal ideology, with the respect for the principle of human dignity of the worker, with the implementation of better wages, greater security in labor relations with return and incentive to contracts for an indefinite period.

**Keywords:** neoliberalism; labor rights; globalization; job; dignity of the worker;

## DESENVOLVIMENTO

Em 1776 o economista e filósofo, Adam Smith, em sua obra “A riqueza das Nações”, determina que riqueza da nação decorre do trabalho, do capital, da produtividade, e a eficácia do trabalho provem da sua divisão,<sup>3</sup> e destaca a maior amplitude ao ideal de liberdade de cada indivíduo e de toda a cadeia de produção, o chamado liberalismo econômico, que tornaria a competição livre e franca entre os fornecedores, levando à concorrência (competitividade), à queda de preços das mercadorias, causaria a busca de melhoramentos e evolução dos produtos pela inovação tecnológica (a mão invisível do mercado).<sup>4</sup>

A liberdade postulada na economia por Smith nas relações contratuais acaba sendo consagrada como um dos princípios da Revolução Francesa de 1789,<sup>5</sup> em oposição ao mercantilismo<sup>6</sup> dos reis absolutistas.

---

<sup>3</sup> FARIA, Ricardo de Moura; MARQUES, Adhemar Martins e BERUTTI, Flávio Costa, **História**, terceiro volume, Editora Lê, 1989, pág.134.

<sup>4</sup> SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. Trad. Luiz João Baraúna, São Paulo. Abril Cultural, 1ª ed., 1983.

<sup>5</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo, **Curso de Direito do Trabalho**, 3ª Edição, revisada e atualizada, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2010, pág. 11.

<sup>6</sup> Mercantilismo, medidas econômicas impostas pelo Estado, colocadas em prática no período de transição entre o feudalismo e capitalismo, nos séculos XV ao século XVIII.



O princípio da igualdade, da Revolução Francesa, determinou que fosse adotado o “respeito absoluto a autonomia da vontade”, a plena liberdade contratual (*laissez-faire*), sem a intervenção do Estado nas relações contratuais e na economia defendidos por Smith, resultando na submissão dos assalariados aos proprietários das empresas.<sup>7</sup> Assim os assalariados (proletariado) eram submetidos às condições de trabalho determinadas exclusivamente pelo empresário, sujeitos a jornadas de trabalho extenuantes de 14 a 16 horas diárias, sem qualquer perspectiva de melhora tanto da sua condição social, ou intelectual, salários de fome, sem moradias, viviam em péssimas condições de higiene e habitação, em cortiços próximos das indústrias.<sup>8</sup>

Surge assim a questão social, como efeito do capitalismo e da Revolução Industrial, pelo empobrecimento dos trabalhadores, desnivelamento das classes sociais, o que era um problema coletivo e prolongado, o qual carecia de solução.<sup>9</sup>

Em oposição ao capitalismo, a dominação do proletariado, e da questão social decorrente da exploração do proletariado, em 1848, Karl Marx e Friedrich Engels, escrevem o Manifesto Comunista, propondo a união internacional dos trabalhadores a tomada do poder e a supressão do Estado, determinando o fim das classes sociais, criando a teoria da mais valia, que crítica a precificação do trabalho, defende o trabalho como a fonte única da riqueza, além de criticar a retribuição do trabalho e a exploração do proletariado,<sup>10</sup> porém sem surtir efeitos.

Prossegue o capitalismo e a ideologia liberal a qual teve seu auge no século XIX e início do século XX teve seu fim com a quebra da bolsa de Nova York em 1929, protagonizada pela maior potência capitalista da época, a Inglaterra.

Posteriormente à quebra da bolsa, instalou-se nos EUA uma série de medidas econômicas denominadas de *New Deal*, pelo presidente Franklin Roosevelt, estudadas e compiladas por John Maynard Keynes, que consistiam em políticas intervencionistas, utilização de medidas fiscais e monetárias para minimizar os efeitos das crises e recessão, sendo que tal modelo fora utilizado pelas principais potências ocidentais até os anos 1970, marcados pela crise do petróleo.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo, **Curso de Direito do Trabalho**, 3ª Edição, revisada e atualizada, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2010, pág. 13.

<sup>8</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro; Nascimento, Sonia Mascaro, **Curso de Direito do Trabalho**, 29ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2014, pág.40.

<sup>9</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro; Nascimento, Sonia Mascaro, **Curso de Direito do Trabalho**, 29ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2014, pág. 37

<sup>10</sup> Idem, pág.67.

<sup>11</sup> KEYNES, John Maynard, *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda (General theory of employment, interest and money)*. Tradutor: CRUZ, Mário Ribeiro da. São Paulo: Editora Atlas, 1992.

Segundo as políticas econômicas de Keynes se alcançou após a segunda guerra mundial os “30 anos gloriosos do capitalismo” de (1945 a 1975), conforme destacou Luiz Carlos Bresser Pereira, com a implementação do Estado Democrático Social, ou de Bem Estar Social (Welfare State).<sup>12</sup>

No entanto, com o fim da guerra fria, da bipolaridade mundial e o triunfo do centro capitalista formado pelos EUA, Europa Ocidental e Japão, passou-se a disseminar o denominado neoliberalismo, tendo como seus principais defensores Friedrich A. Hayeck e Milton Friedman, uniformizando os aspectos ideológico, político, econômico e estratégico que deveria ser seguido pelos países capitalistas.<sup>13</sup>

O neoliberalismo propõe um retorno ao ideal liberal de Adam Smith, como forma de menor ou de nenhuma intervenção do Estado nas relações econômicas, sendo implantado por Margareth Thatcher de 1979-1990 na Inglaterra de 1981-1989 e no governo de Ronald Reagan nos EUA, tendente a desconstituir a intervenção do Estado Social na economia e nas relações de trabalho, como forma de atender aos interesses da classe econômica dominante mundial, que visa tão somente o lucro.

O capitalismo em sua dimensão global apresenta um centro dinâmico, um país rico, e os demais países periféricos, todos submetidos às exigências da dinâmica capitalista,<sup>14</sup> dessa forma, empréstimos dos países ricos, são concedidos aos países periféricos ditos em desenvolvimento, mediante a assunção de compromissos em promover políticas públicas neoliberais, tendentes a quebrar barreiras à livre circulação e consumo de produtos e serviços fornecidos pelas grandes corporações multinacionais dos países desenvolvidos (centro dinâmico).<sup>15</sup>

A propaganda do neoliberalismo previa que se chegaria ao progresso, através da liberdade dos mercados e da livre concorrência, “fechando a brecha do atraso”, trazendo

---

<sup>12</sup> BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Assalto ao Estado e ao mercado, neoliberalismo e teoria econômica. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 23, n. 66. 2009 Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142009000200002>> Acesso em: data 07/mar/2019.

<sup>13</sup> Cerro, Luiz Amado, Sob o signo neoliberal: as relações internacionais da América latina- **Revista Brasileira de Política Internacional** v.32 n.2 jul/dez 2000 Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-73292000000200001>> acesso em 01/out/2017.

<sup>14</sup> POCHMANN, Márcio, Estado e Capitalismo no Brasil: a inflexão atual no padrão das políticas públicas do ciclo político da nova república. **Revista Educação & Sociedade**. Campinas, v.38 n.139 abr./jun. 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/es0101-73302017176603>> Acesso em: 08/mar/2017.

<sup>15</sup> Idem.

desenvolvimento, sendo que a abertura dos mercados e a transparência das relações do governo serviriam inclusive para combater a corrupção.<sup>16</sup>

Diante dos problemas generalizados nos países da América latina, com seus Estados ditos desenvolvimentistas, como crises políticas decorrentes do término dos regimes ditatoriais e implemento da democracia, crescimento da dívida externa, instabilidade monetária causada pela superinflação, superproteção de empresas nacionais que traziam rendimento ínfimo à economia do Estado, formaram o momento ideal para a implantação do paradigma neoliberal, que passou a seduzir a opinião eleitoral nas campanhas eleitorais presidenciais, como a alternativa de solução a todos os problemas elencados.<sup>17</sup>

Assim na América latina, o ideal neoliberal teve seu impulso inicial, em meados da década de 1980 e concluiu-se aproximadamente em 1990, com a chegada ao poder dos presidentes Carlos Saúl Menem na Argentina, Carlos Andrés Pères na Venezuela, Carlos Salinas de Gortari no México, Alberto Fujimori no Peru e Fernando Collor de Melo no Brasil.

<sup>18</sup>

Excetuando-se Cuba, a América latina como um todo, introduziu com o paradigma neoliberal, uma visão harmônica e globalizada de mundo, que valorizava não só a iniciativa privada como o individualismo, o mercado mundial com a transferência de capitais nacionais para empresas oligopólicas globais como forma de se alcançar a alta produtividade.<sup>19</sup>

Na Argentina, com o governo de Carlos Saúl Menem (1989-1999), o qual adotou o neoliberalismo, passou-se a denominar o Estado argentino de “Estado Normal”, e ser normal ou neoliberal significava apoiar e seguir os ditames do centro capitalista, Estados Unidos, abrir mão da regulação econômica e submeter-se a economia internacional

---

<sup>16</sup> CERVO, Luiz Amado, Sob o signo neoliberal: as relações internacionais da América latina- **Revista Brasileira de Política Internacional** v.32 n.2 jul/dez 2000 Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-73292000000200001>> acesso em.

<sup>17</sup> Idem.

<sup>18</sup> IBARRA, David, O Neoliberalismo na América latina. **Revista de Economia Política**, São Paulo. v.31 n. 2 abr./jun. 2011. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0101-31572011000200004>> Acesso em: 06/mar/2019.

<sup>19</sup> CERVO, Luiz Amado, Sob o signo neoliberal: as relações internacionais da América latina- **Revista Brasileira de Política Internacional** v.32 n.2 jul/dez 2000 Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-73292000000200001>> acesso em 09/mar/2019.

## Os Efeitos Do Neoliberalismo Nas Relações Laborais: Uma Crítica À Supressão De Direitos Trabalhistas

globalizada e ao Consenso de Washington<sup>20</sup>, investir em empresas transnacionais em nome da promessa de se obter maior produtividade.<sup>21</sup>

Embora o neoliberalismo tenha sido implementado pelos países da América latina, há que se destacar que no Brasil, houve uma forma mista desenvolvimentista e neoliberal.<sup>22</sup>

O neoliberalismo impõe pela sua doutrina a dominação dos países pobres, anteriormente denominados países de terceiro mundo, pelos países desenvolvidos.<sup>23</sup> Tal dominação não se limita apenas ao âmbito das relações internacionais entre os países, vai além, influenciam as políticas, instituições e o próprio direito, através de “normas que são impostas aos jurisdicionados sem a sua vênua.”<sup>24</sup>

Neste contexto, os Estados soberanos, sofrem impacto “em seus mecanismos de controle sobre os bens, pessoas e relações no seu território diante da realidade internacional”.<sup>25</sup>

Do ponto de vista da ordem social interna, os países latino-americanos, com o neoliberalismo sofreram restrições a sua própria autonomia estatal, com a supressão do protecionismo comercial, abertura de fronteiras comerciais para a globalização e privatizações, com a redução drástica do crescimento e do progresso internos, diminuição da geração de empregos, aumento da desigualdade social e da pobreza.<sup>26</sup>

Ainda no campo social, as políticas Estatais se descuidam em fomentar e ampliar o mercado interno, da busca do pleno emprego, e do oferecimento de serviços públicos essenciais de qualidade como os de saúde e educação, há reformas nas relações de trabalho,

---

<sup>20</sup> **O Consenso de Washington** é uma conjugação de medidas, formulada pelo economista John Williamson do *International Institute for Economy* e apropriados pelo -Fundo Monetário Internacional, que juntamente com o [Banco Mundial](#) e o [Departamento do Tesouro dos Estados Unidos](#), são localizados em [Washington D.C.](#), para determinar o "ajustamento macroeconômico" dos países em desenvolvimento que passavam por dificuldades, como forma de se conseguir empréstimos.

<sup>21</sup> CERVO, Luiz Amado, Sob o signo neoliberal: as relações internacionais da América latina- **Revista Brasileira de Política Internacional** v.32 n.2 jul/dez 2000 Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-7329200000200001> > acesso em 09/mar/2019.

<sup>22</sup> Idem.

<sup>23</sup> IBARRA, David, O Neoliberalismo na América latina. **Revista de Economia Política**, São Paulo. v.31 n. 2 abr./jun. 2011. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-31572011000200004> > Acesso em: 06/mar/2019.

<sup>24</sup> Idem.

<sup>25</sup> OLSSON, Giovanni, **Relações internacionais e seus atores na era da globalização**, Curitiba, Juruá, 2003, pág. 185.

<sup>26</sup> IBARRA, David, O Neoliberalismo na América latina. **Revista de Economia Política**, São Paulo. v.31 n. 2 abr./jun. 2011. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-31572011000200004> > Acesso em: 06/mar/2019.

e nas aposentadorias, em franca transferência dos riscos e deveres do Estado para as famílias.

27

Conforme bem asseverou Cervo, o “Estado Liberal da América latina, é um Estado subserviente e sem criatividade, repôs a América Latina na sua função de exportadora de matérias primas e produtos agrícolas”.<sup>28</sup>

A concorrência comercial decorrente da globalização, aliada ao ideal neoliberal, “exige maior produtividade, melhor qualidade dos produtos e redução dos custos da produção”.<sup>29</sup>

No campo do trabalho, os custos da implementação do paradigma neoliberal nos países da América latina, são mais um pesado fardo colocado nas costas da classe trabalhadora, que com seu mercado de trabalho debilitado, vem amargando o achatamento dos salários, precarização dos direitos laborais, com a implementação de políticas de desregulação e flexibilização das normas de proteção do trabalho, em franca supressão dos direitos adquiridos conquistados ao longo de anos de luta.<sup>30</sup>

O intuito da desregulação pregada pelo neoliberalismo visa abolir as normas de proteção do trabalho e do trabalhador, conforme aponta Sússekind.<sup>31</sup>

Para se exemplificar o retrocesso, os salários pagos pela indústria em 1980 aos latino-americanos eram 5% maiores que os pagos quinze anos depois, ou seja, em 1995, gerando cada vez mais precarização das condições laborais e insegurança nos trabalhadores, diante do desemprego e suas consequências.<sup>32</sup>

No ano de 2017, o ranking da taxa de desemprego na América latina era composta da seguinte forma 1º Haiti com 14%, 2º Brasil com 12,9%<sup>33</sup>, 3º Colômbia com 9%, 4º Venezuela com 8,1% e 5º Paraguai com 5,8%. Já no ano de 2018, devidos aos problemas políticos da Venezuela esta passa a liderar o ranking negativo do desemprego, com 14,66%,

---

<sup>27</sup> IBARRA, David, O Neoliberalismo na América latina. **Revista de Economia Política**, São Paulo. v.31 n. 2 abr./jun. 2011. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0101-31572011000200004>> Acesso em: 06/mar/2019.

<sup>28</sup> CERVO, Luiz Amado, Sob o signo neoliberal: as relações internacionais da América latina- **Revista Brasileira de Política Internacional** v.32 n.2 jul/dez 2000 Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-73292000000200001>> acesso em 09/mar/2019.

<sup>29</sup> SÚSSEKIND, Arnaldo, **Curso de Direito do Trabalho**, 3ª Edição, revisada e atualizada, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2010, pág. 83.

<sup>30</sup> IBARRA, David, O Neoliberalismo na América latina. **Revista de Economia Política**, São Paulo. v. 31 n. 2 abr./jun. 2011. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0101-31572011000200004>> Acesso em: 06/mar/2019.

<sup>31</sup> SÚSSEKIND, Arnaldo, **Curso de Direito do Trabalho**, 3ª Edição, revisada e atualizada, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2010, pág. 54.

<sup>32</sup> Idem, pág. 52/53.

<sup>33</sup> Pnud-Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.

enquanto em 2º Haiti fica com 14,1%, o 3º Brasil com 12,34%, 4º Colômbia 9,12% e 5º Paraguai com 6,22%.<sup>34</sup>

Inegavelmente, toda euforia e esperança depositadas na implantação das ideias neoliberais e suas políticas pelos Estados da América latina, como forma de se modernizar e acabar com o atraso entre os países cuja colonização foi de exploração, e o país de colonização de povoamento, o qual se tornou uma superpotência mundial, foram frustrados.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao contrário do prometido na propaganda neoliberal, a implantação do neoliberalismo determinou na América latina, conforme afirmou Cerro, “um atraso histórico de mais de um século, e dependência estrutural.”<sup>35</sup>

Os resultados do neoliberalismo e da globalização na América latina são perniciosos, pois guardadas as devidas proporções, são uma espécie de retrocesso ao colonialismo<sup>36</sup>, onde países que estavam em desenvolvimento e industrialização, sofrem desindustrialização, retornaram a sua função de exportadora de matérias primas, produtos primários (agronegócio), minérios, máquinas e motores simples (sem tecnologia) sem qualquer possibilidade de fomento à competitividade, com o avanço tecnológico mundial e tem explorada sua mão de obra barata (colônia), estando dependentes de investimentos estrangeiros para apenas equilibrar as contas ou obter um crescimento econômico ínfimo e em contrapartida tornam-se obrigatoriamente mercado consumidor dos produtos industrializados e tecnológicos (metrópole).

Os Estados neoliberais latino-americanos se desvencilham cada vez mais dos seus compromissos sociais, ou em resguardar patamares mínimos de justiça social, ou atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, transferindo aos cidadãos, suas responsabilidades no campo do trabalho e da previdência, promovendo reformas trabalhistas em inegável benefício dos empresários em detrimento dos trabalhadores.

---

<sup>34</sup> OIT- Organização Internacional do Trabalho. Disponível em;< <https://www.ilo.org/global/regions/lang-es/index.htm>> Acesso em: 15/jun/2019.

<sup>35</sup> CERVO, Luiz Amado, Sob o signo neoliberal: as relações internacionais da América latina- **Revista Brasileira de Política Internacional** v.32 n.2 jul/dez 2000 Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-7329200000200001>> acesso em 09/mar/2019.

<sup>36</sup> Monopólio de relações comerciais entre a metrópole e a colônia, apenas a metrópole fornecia produtos manufaturados e equipamentos, enquanto a colônia fornecia matérias primas, gêneros tropicais e metais preciosos.

Enfim, se a pretensão era se chegar a um Estado mínimo, este desiderato não parece estar tão distante de se realizar.

## REFERÊNCIAS

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Assalto ao Estado e ao mercado, neoliberalismo e teoria econômica. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 23, n. 66. 2009 Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142009000200002>> Acesso em: data 07/mar/2019.

CERVO, Luiz Amado, Sob o signo neoliberal: as relações internacionais da América latina- **Revista Brasileira de Política Internacional** v.32 n.2 jul/dez 2000 Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-73292000000200001>> acesso em 09/mar/2019.

FARIA, Ricardo de Moura; MARQUES, Adhemar Martins e BERUTTI, Flávio Costa, **História**, terceiro volume, Editora Lê, 1989, pág.134.

IBARRA, David, O Neoliberalismo na América latina. **Revista de Economia Política**, São Paulo. v.31 n. 2 abr./jun. 2011.Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0101-31572011000200004>> Acesso em: 06/mar/2019.

KEYNES, John Maynard, *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda (General theory of employment, interest and money)*. Tradutor: CRUZ, Mário Ribeiro da. São Paulo: Editora Atlas, 1992.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sonia Mascaro, **Curso de Direito do Trabalho**, 29ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2014, pág.40.

OIT- Organização Internacional do Trabalho. Disponível em;<<https://www.ilo.org/global/regions/lang--es/index.htm>> Acesso em: 15/jun/2019.

OLSSON, Giovanni, **Relações internacionais e seus atores na era da globalização**, Curitiba, Juruá, 2003, pág. 185.

POCHMANN, Márcio, Estado e Capitalismo no Brasil: a inflexão atual no padrão das políticas públicas do ciclo político da nova república. **Revista Educação & Sociedade**. Campinas, v.38 n.139 abr./jun. 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/es0101-73302017176603>> Acesso em: 08/mar/2019.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. Trad. Luiz João Baraúna, São Paulo. Abril Cultural, 1ª ed., 1983.

SÜSSEKIND, Arnaldo, **Curso de Direito do Trabalho**, 3ª Edição, revisada e atualizada, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2010, pág. 11.

**A CURIOSA FIGURA DO CONTRATO DE TRABALHO EM GRUPO  
(À LUZ DO REGIME JURÍDICO DO CONTRATO DE TRABALHO DOS  
PROFISSIONAIS DO ESPETÁCULO)**

Joana Neto<sup>1</sup>

**Resumo:** O regime jurídico do contrato de trabalho dos profissionais de espetáculo, aprovado pela Lei 4/2008, de 07 de fevereiro, em Portugal, não obstante a sua ainda escassa aplicação, constitui um esforço de ir ao encontro da especialidade do exercício da atividade laboral dos profissionais do espetáculo. No quadro das matérias especialmente controversas do regime encontra-se a figura do contrato de trabalho em grupo, figura que tem paralelo no ordenamento jurídico francês e espanhol e cujo desenho merece especial reflexão como forma de garantir uma maior aplicação do regime.

**Abstract:** The legal regime of performing arts professionals approved by Law 4/2008, February 7, in Portugal, despite its still scarce application, constitutes an effort to meet the specialty of the exercise's work activity of performing arts professionals. In the particularly controversial matters context the figure of the group work contract, figure that has parallel in the French and Spanish legal system and whose design deserves special reflection as a way to ensure a greater regime's application.

**Palavras-chave:** Direito do Trabalho; Contrato de trabalho em grupo; Profissionais do Espetáculo;

**Keywords:** Labour Law; group work contract Performing arts professional

**1. Breve enquadramento do regime jurídico do contrato de trabalho dos profissionais do espetáculo**

A lei 4/2008, de 07 de fevereiro constituiu uma tentativa de resposta à especificidade da atividade dos profissionais de espetáculo e deve ser valorizada enquanto esforço de adequação às necessidades de contratação no setor e às suas características distintivas. Nos termos deste diploma, que aprova o regime dos contratos de trabalho dos profissionais de espetáculo (RCTPE), na sua versão atualizada, o contrato de trabalho dos profissionais do espetáculo é celebrado entre uma pessoa, ou uma pluralidade de pessoas (contrato de trabalho em grupo), que desenvolvem uma atividade artística, técnico-artística ou de mediação e uma entidade que produz espetáculos ou eventos públicos. Assim, na base da

---

<sup>1</sup> Licenciada em Direito – FDUP, Pós-graduada em Direito do Trabalho – FDUC e Mestre em Direito do Trabalho e das Empresas – ISCTE –IULjoanaisabelneto@gmail.com



## A Curiosa Figura do Contrato de Trabalho Em Grupo (À Luz do Regime Jurídico do Contrato de Trabalho dos Profissionais do Espetáculo)

celebração de um contrato desta natureza está a capacidade dos sujeitos, no caso dos trabalhadores, para desenvolverem uma atividade artística, técnico-artística ou de mediação e, no caso dos empregadores, para estes produzirem ou organizarem espetáculos públicos.

O regime jurídico do contrato de trabalho dos profissionais de espetáculo é marcado por um conjunto de singularidades que o diferenciam do regime previsto no CT, designadamente no que toca ao seu âmbito de aplicação, ao regime do contrato a termo, à figura do contrato de trabalho intermitente e em grupo, às matérias do tempo e local de trabalho e ao regime da reclassificação e cessação do contrato por inaptidão superveniente.

De acordo com o âmbito objetivo da Lei 4/2008 esta abrange não apenas as atividades de natureza artística, mas também as de natureza técnico artística ou de mediação. Assim sendo, a lei aplica-se, sem prejuízo da necessária destrição, às atividades ligadas à criação, execução e interpretação de obras, às atividades ligadas aos materiais, equipamentos e processos produtivos de suporte às artes do espetáculo, ou do audiovisual, e às atividades relacionadas com a produção, a realização e divulgação de artes de espetáculo ou de audiovisual, incluindo a valorização e divulgação das obras e dos artistas. No âmbito subjetivo do diploma encontramos quer atores, bailarinos, encenadores, realizadores, quer técnicos de luz e som, costureiros, caracterizadores, cantores e músicos de uma orquestra, etc.

Na verdade, uma das principais alterações introduzidas pela Lei 28/2011 prende-se com o âmbito da aplicação, quer objetivo, quer subjetivo, do diploma.

Na versão originária, a Lei 4/2008 fazia um elenco exemplificativo de atividades, onde encontrávamos as atividades de ator, artista circense ou de variedades, bailarino, cantor, coreógrafo, encenador, realizador, cenógrafo, figurante, maestro, músico, toureiro, desde que exercidas com caráter regular e aplicava ao contrato do pessoal técnico e auxiliar, que colabora na produção do espetáculo público, apenas as matérias atinentes ao tempo de trabalho e à sua organização.<sup>2</sup>

A partir daquela alteração o âmbito de aplicação desta lei foi alargado e a lei passou a aplicar-se aos trabalhadores das artes do espetáculo e do audiovisual que desenvolvam uma atividade artística (criação, execução e interpretação de obras), técnico-artística (atividades ligadas aos materiais, equipamentos e processos produtivos de suporte) e de mediação

---

<sup>2</sup> Esta solução é adotada no Code du Travail que prevê, igualmente, um elenco, meramente exemplificativo, de atividades onde inseriam o artista lírico o artista dramático, o coreógrafo, o artista de variedades, o músico, o cantor, o figurante, o maestro, o responsável pelo arranjo musical da orquestra e para a execução material da conceção artística, o encenador (cfr. artigo L7121-2). É de salientar que se prevê a possibilidade de exercício da atividade de empresário de espetáculos ao vivo a título ocasional, sem licença, desde que respeitado um limite anual de representações.

## A Curiosa Figura do Contrato de Trabalho Em Grupo (À Luz do Regime Jurídico do Contrato de Trabalho dos Profissionais do Espetáculo)

(produção, realização e divulgação de espetáculo) destinada a espetáculos ou a eventos públicos, de forma regular ou não.<sup>3</sup>

É discutível submetermos ao mesmo regime artistas e profissionais que exercem atividades de mediação ou técnico-artísticas. O que justifica que este universo tão alargado de trabalhadores esteja sujeito a um regime especial? O facto de exercerem a sua atividade no meio artístico? A necessidade de se adequarem à realidade do setor? Para tal não bastaria o enquadramento legal, conferido pela versão originária da Lei 4/2008, em que só as matérias de tempo de trabalho e organização lhes eram aplicáveis? Salvo melhor opinião, sem prejuízo das adaptações a fazer à Lei que a podem expurgar de alguns anacronismos, diria que a versão originária era, a este respeito, mais adequada.

O que é que poderia, então, justificar a sujeição destes trabalhadores todos ao mesmo regime? Pensemos no exemplo da celebração de um contrato de trabalho, que se pretendia um contrato em grupo, celebrado com a equipa técnica de uma banda, sujeitando-a a este regime. Tenhamos presente que é comum serem os músicos que querem trabalhar com aqueles técnicos. Neste caso, julgo que existiria vantagem na submissão de todos os trabalhadores que integram o grupo ao regime previsto para o contrato de trabalho em grupo e às normas aplicáveis ao tempo e local de trabalho.

Importa ter noção que estamos perante uma lei cuja escassa aplicação compete quer com o recurso abusivo aos chamados “falsos recibos verdes”, quer com a criação de empresas ou outro tipo de organizações<sup>4</sup> “testa de ferro” que pretendem, sobretudo, escapar às malhas da lei, nomeadamente em matéria de contribuições para a segurança social.

A lei 4/2008 prevê duas modalidades de contratação: i) contrato a termo para desempenho de atividade artística, técnico-artística ou de mediação (artigo 7.º) e ii) contrato por tempo indeterminado com exercício intermitente da prestação de trabalho (artigo 8.º) e, salvaguardadas as devidas especificidades, à semelhança do que acontece no regime do contrato de trabalho desportivo e do contrato de trabalho doméstico, prevê um regime de contrato a termo distinto do que vigora no regime geral do CT.

A contratação a termo dos profissionais de espetáculo é regida pelo artigo 7.º, da Lei n.º4/2008, que é distinta do regime comum, designadamente quanto à motivação para a sua celebração, à duração e renovações do contrato e ao regime de férias. É possível encontrar

---

<sup>3</sup> Em Espanha, o artigo 1.º n.º5, do RD exclui do seu âmbito de aplicação técnico e auxiliar que colabora na produção de espetáculos, tais como os técnicos de luz e som, maquilhadores, caracterizadores.

<sup>4</sup>A PRO NOBIS – COOPERATIVA DE ACTIVIDADES ARTÍSTICAS, C.R.L. é uma entidade sem fins lucrativos que providencia aos profissionais do sector artístico uma solução comunitária para faturar as empresas, descontando as suas remunerações como trabalhadores por conta de outrem e usufruindo dos benefícios previstos na Segurança Social para este regime.

## A Curiosa Figura do Contrato de Trabalho Em Grupo (À Luz do Regime Jurídico do Contrato de Trabalho dos Profissionais do Espetáculo)

no regime da contratação a termo dos profissionais de espetáculo um conjunto de fatores distintivos que contendem com a inexistência das limitações próprias da contratação a termo quanto à motivação, à duração e à celebração de contratos sucessivos, o que suscita problemas de constitucionalidade e compatibilidade com o direito comunitário.

Sem prejuízo de que o critério norteador que deve balizar a interpretação destas normas deve ser o da proteção do trabalhador, enquanto parte mais fraca na relação laboral, tal não invalida que reconheça que a adoção de um regime mais flexível, e sobretudo mais simples, em situações de maior grau de incerteza, transitoriedade ou intermitência é importante para garantir uma maior aplicação da lei no setor.<sup>5</sup> Um bom exemplo é a possibilidade de celebração de contrato de trabalho em grupo que constitui um passo fundamental para, sem retirar garantias aos trabalhadores, permitir simplificar a formalização dos contratos.

Na redação atual, que lhe foi dada pela Lei 28/2011, de 16/06 cujo embrião foi o Projeto de Lei 158/XI apresentado pelo grupo parlamentar do PS (e em que constavam, na exposição de motivos, dois objetivos essenciais: alargamento da proteção social destes profissionais e do âmbito de aplicação da lei em apreço ao pessoal técnico e auxiliar) passa a prever-se que se coloca, nos contratos celebrados com pluralidade de trabalhadores, como condição para a intermitência, a celebração de um contrato por tempo indeterminado, solução que oferece garantia da estabilidade do vínculo laboral.

### 2. Pluralidade de trabalhadores: contrato de trabalho de grupo ou em grupo

O contrato de trabalho com uma pluralidade de trabalhadores pode assumir duas grandes tipologias: a) *contrato de trabalho em grupo* (ou em conjunto) ou o b) *contrato de trabalho de grupo*.

Assim a) o contrato pode ser realizado com todos os trabalhadores, individualmente considerados, o *contrato em grupo*, à semelhança do que prevê a lei francesa e do que parece resultar do disposto no artigo 9.º, da Lei 4/2008 ou um verdadeiro b) *contrato de grupo*, como surge plasmado na lei espanhola.

Como fator distintivo entre contrato do trabalho em comum, ou *em grupo* e *contrato de grupo* está o facto do contrato de trabalho *de grupo* requerer a formação do grupo antes da

---

<sup>5</sup> O contacto com estruturas representativas dos trabalhadores do setor e com entidades empregadores, bem como com outros agentes que medeiam a relação estabelecidas com estes profissionais, permite concluir: a escassa aplicação do diploma; um profundo desconhecimento sobre o seu regime e uma clara preferência, no caso dos empregadores, pela eliminação da carga burocrática associada à celebração do contrato de trabalho, bem como o recurso disseminado a “falsos recibos verdes” no setor.

## A Curiosa Figura do Contrato de Trabalho Em Grupo (À Luz do Regime Jurídico do Contrato de Trabalho dos Profissionais do Espetáculo)

contratação. No *contrato em grupo* existem uma pluralidade de contratos individuais de trabalho que têm vigência e efetividade antes da constituição da equipa.

Em Portugal, o que está contemplado no artigo 9.º, da lei 4/2008, é um contrato de trabalho *em grupo*: o contrato pode ser outorgado diretamente pelos trabalhadores ou através de representante comum, designado por chefe do grupo, com a indicação individualizada de todos os trabalhadores, mas existem vários vínculos laborais. Desde logo, a existência de vários vínculos laborais permite que o poder disciplinar seja exercido, de forma autónoma, relativamente a cada um deles, sendo que a cessação do contrato não tem influência sobre os restantes trabalhadores. De qualquer modo, parece difícil desenhar um regime em que a subordinação jurídica exista em relação ao coletivo, uma vez que, conforme esclarece Palma Ramalho (2018:384), a subordinação jurídica reporta-se a uma pessoa singular. Importa salientar, no entanto, que, nos termos do n.º6, do artigo 9.º “Quando o contrato de trabalho para a prestação de actividade artística em grupo é celebrado a termo, a verificação deste implica a extinção dos vínculos laborais de todos os membros do grupo” o que resulta, desde logo, de existir apenas um contrato de trabalho com base no mesmo motivo.

Em resumo, no *contrato de grupo* existe, de certa forma, um único contrato e um único vínculo laboral, e o empregador assume responsabilidades face a essa entidade, sendo que a composição do grupo pode ser alterada sem consentimento do empregador, ainda que sujeita a notificação prévia. O chefe de grupo, no *contrato de grupo* é, assim, o mandatário do grupo, responsável pela execução da prestação artística representando os interesses do grupo dentro dos limites da sua representação. No *contrato em grupo* existem tantos vínculos quanto o número de trabalhadores que forma o grupo, inexistindo liberdade de substituição de trabalhadores sem consentimento do empregador e sem que o chefe de grupo assuma verdadeiros poderes de representação do grupo (Júlio Gomes, 2010:218-210).

A grande valência deste *contrato em grupo* reside, assim, no facto de se poder celebrar um único contrato com um conjunto de trabalhadores o que, simplificando e reduzindo a carga burocrática se reputa importante para a entidade contratante. Por outro lado, o *contrato em grupo* poderá afigurar-se, ainda que de forma instrumental, uma forma de dissuasão à dissimulação contratual, por via do recurso indevido ao contrato de prestação de serviços.

3. A figura do contrato de trabalho de grupo e em grupo no regime jurídico espanhol e francês: perplexidades e problemas

## A Curiosa Figura do Contrato de Trabalho Em Grupo (À Luz do Regime Jurídico do Contrato de Trabalho dos Profissionais do Espetáculo)

A distinção entre *contrato de grupo* ou *em grupo*, sobretudo à luz da legislação espanhola, não é inócua. Tanto assim é que o Supremo Tribunal, a respeito do disposto no artigo 10.2 ET, e no âmbito de uma ação intentada pelo grupo folclórico “La Trocha” considerou que:

“se o empresário tiver celebrado um contrato com um grupo de trabalhadores considerado na sua totalidade não terá frente a cada um dos seus membros os direitos e deveres que como tal lhe competia, salvo no caso de que assim o tivessem acordado”, “o que impede admitir a existência de direitos e obrigações do ator relativamente ao empresário demandado, considerando o grupo na sua totalidade, e inexistindo convenção coletiva que defina o contrário, nem vínculo laboral com qualquer deles”.

Refere Alzaga Ruiz (2006:139) que, muitas vezes, a prestação de trabalho artística necessita de ser realizada por vários artistas e exemplifica com as orquestras, os grupos musicais, os números de circo, ballets, representações teatrais, rodagens cinematográficas, grupos de variedades e folclóricos, etc. daí o recurso ao contrato de trabalho de grupo. Neste contrato identifica três características essenciais: autonomia constitutiva e funcional do grupo, existência de um chefe, condição de não empresário dos membros que o integram.

O chefe de grupo não é, no entanto, um empresário do grupo e é, face ao empresário, mais um trabalhador e um mandatário face ao grupo.<sup>6</sup> Importa, no entanto, ter em conta que podem existir situações em que o chefe de grupo, que seja titular da infraestrutura utilizada pelo grupo artístico, imponha ordens e diretrizes e assuma o risco económico da operação.<sup>7</sup>

A modalidade de *contrato de grupo* encontra-se regulada em Espanha, no artigo 10.2 do ET e não no RD, sendo que a remissão do art. 5.2. do RD permite também aplicar o regime jurídico do *contrato de trabalho em grupo* (10.1 do ET).

O contrato de trabalho *de grupo*, previsto no 10.2 do ET, pressupõe que exista um único contrato e um único vínculo jurídico com todos os membros embora celebrado com o grupo considerado na sua totalidade. O organizador do espetáculo público, ou empresário, detém o poder de direção, organização e disciplinar, quer durante as atuações, quer durante os ensaios, mas sempre frente ao grupo considerado no seu conjunto e trata-se

---

<sup>6</sup> STS de 16 de maio de 1966 (RJ 1966, 2303), 25 de outubro de 1988 (RJ 1988, 8148) e 21 de dezembro de 1989 (RJ 1989, 9064); e STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de dezembro de 2004 (AS 2005, 62) e STSJ de Cataluña de 29 de abril de 2005 (AS 2005, 1508).

<sup>7</sup> STSJ de Cataluña de 28 de outubro de 2004 (AS 2005, 173) declarou a laboralidade da relação que vincula o chefe aos membros do grupo desde logo pelo facto do chefe do grupo musical em apreço, com quem trabalhavam em exclusivo, definir a quantia a receber pelo trabalho realizado e que depois era repartido pelos diferentes membros.

## A Curiosa Figura do Contrato de Trabalho Em Grupo (À Luz do Regime Jurídico do Contrato de Trabalho dos Profissionais do Espetáculo)

de uma responsabilidade coletiva.<sup>8</sup> Isto sem prejuízo dessa responsabilidade ser apurada entre os elementos do grupo nos termos acordados no momento da constituição do grupo. O objeto do contrato é o estabelecimento de prestações recíprocas que consistem na prestação de trabalho de forma combinada, harmónica e conjunta e obrigação do empresário de pagar a retribuição previamente definida. Entre os membros do grupo é eleito um intermediário, o chefe de grupo. Este representa os membros e responde pelas obrigações inerentes à dita representação, é o interlocutor entre o empresário e os membros do grupo e tem autonomia para a sua criação e funcionamento. Tem ainda como incumbência a distribuição do salário pelos elementos do grupo nos termos acordados, em partes iguais (caso a importância e relevância social de cada membro, seja idêntica). A responsabilidade por danos e prejuízos, em caso de falta de pagamento do salário fixado para cada membro, é do chefe de grupo, pese embora, em caso de incumprimento do empresário, seja o grupo, no seu conjunto, quem deverá reclamar o salário fixado.

A este respeito, levanta-se a questão da substituição de elementos do grupo. A jurisprudência e a doutrina espanhola têm-se inclinado para considerar que a substituição não é relevante, desde que a entidade empregadora seja notificada - não sendo necessário o seu consentimento - e as prestações contratuais acordadas sejam garantidas. Excecionam-se os casos em que os membros do grupo assumam especial relevância no momento da contratação, como acontece na indústria musical, sobretudo quando um dos membros do grupo tenha adquirido um estatuto próprio ou maior visibilidade, que lhes confere um carácter *intuito personae*, e que é fundamento para a resolução do vínculo contratual.

Em conformidade com este regime, segundo Garcia Testal (2016), a expulsão de um dos membros do grupo por decisão do restante não é considerada despedimento, pois nem o grupo, nem qualquer dos seus membros, incluindo o chefe de grupo exercem funções de direção ou disciplinares dos restantes elementos do grupo, apenas coordena e formaliza os contratos.<sup>9</sup> Acresce que o artigo 111 do TRLPI (Texto Refundido de la Lei de Propriedade Intelectual de 1966), no que toca aos pactos de cessão de direitos de propriedade intelectual, requer a designação de um representante coletivo entre os artistas que participam coletivamente no espetáculo, com vista a outorgar as autorizações necessárias à exploração dos direitos de propriedade intelectual que lhes correspondem, obrigação que não abrange solistas, diretores de orquestra e de cena. A exceção tem como fundamento o facto de a atuação destes artistas alcançar grande notoriedade na representação da obra musical, artística

---

<sup>8</sup> STCT de 25 de novembro de 1976 (RTCT 1976, 5540).

<sup>9</sup> STS de 21 de dezembro de 1989 (RJ 1989, 9064).

## A Curiosa Figura do Contrato de Trabalho Em Grupo (À Luz do Regime Jurídico do Contrato de Trabalho dos Profissionais do Espetáculo)

ou teatral, pelo que é aconselhável que tratem pessoalmente da fixação e reprodução pública da sua atuação. Os autores referem, a este propósito, a importância de haver uma coincidência entre esta figura e a do chefe de grupo.

No regime espanhol as relações dos membros do grupo são entendidas como relações societárias, em que existe uma comunidade de interesses, logo não existe um contrato entre membros do grupo e os conflitos que surjam não são da competência da ordem jurisdicional social. As causas de extinção deste contrato são as mesmas previstas no ET: abandono, mútuo acordo, causas objetivas, despedimento disciplinar. Alzaga Ruiz (2006:141) estabelece uma distinção relativamente a figuras afins como a convenção coletiva, o trabalho em comum, ou em grupo, ou a subcontratação, prevista no artigo 42.º do ET.

No ordenamento jurídico francês, no artigo L7121-7 do Code du Travail, prevê-se o contrato em grupo, há um contrato comum para vários artistas, e o contrato indica todos os membros do grupo e o salário a pagar a cada um deles. O contrato pode ser assinado apenas por um artista, que tenha procuração para representar cada um dos artistas que assinou o contrato ou com um representante comum, o chefe de grupo. Naturalmente que este contrato pode ter várias modalidades: contrato por tempo indeterminado, com ou sem regime de intermitência, a termo, certo ou incerto.

Analisando, sumariamente, o regime francês e espanhol, no que ao contrato de grupo/em grupo respeita, que conclusões se podem retirar? Como olhar para esta figura do chefe de grupo, *maxime* no regime espanhol onde assume um papel mais preponderante?

Salvo melhor opinião, a figura do chefe de grupo, tal qual surge desenhada na legislação espanhola, assume-se como demasiado complexa, sobretudo por ter, perante os trabalhadores individualmente considerados, poderes desajustados, próprios das entidades empregadoras, esvaziando a autonomia dos trabalhadores e colocando-os numa situação de potencial fragilização. Esta perversidade da figura é ainda mais preocupante se pensarmos que faz recair sobre o grupo, entendido como comunidade de interesses (ainda que tão pouco a doutrina se debruce sobre casos em que extravasa essa condição) um ónus desproporcional e que desonera a entidade empregadora de parte das suas responsabilidades típicas, designadamente quanto ao poder de direção ou disciplinar que a entidade empregadora passa a deter perante o grupo e já não sobre o trabalhador individualmente considerado. A possibilidade de substituição de trabalhadores fica condicionada aos termos de celebração do contrato, uma vez que relevam as especiais características pessoais e individuais dos membros que o integram sendo que, neste caso, esta alteração contratual pode fundamentar a resolução do contrato. É de salientar que a adoção de uma figura similar no ordenamento jurídico

## A Curiosa Figura do Contrato de Trabalho Em Grupo (À Luz do Regime Jurídico do Contrato de Trabalho dos Profissionais do Espetáculo)

português levantaria problemas de constitucionalidade, desde logo, por ser de difícil compatibilização com o princípio da segurança no emprego, prevista no artigo 53.º da Constituição da República Portuguesa (CRP).

### 4. Considerações finais: como enquadrar o contrato de trabalho em grupo numa renovação do regime

Face aos principais problemas suscitados, na doutrina e na jurisprudência, relativamente ao regime em vigor e que contendem com a figura do contrato de trabalho de trabalho em grupo (deixando, por isso, de fora, matérias tão relevantes como a da contratação a termo) destacaria dois vetores essenciais de intervenção:

- i. Reconfigurar o âmbito de aplicação e a submissão ao mesmo regime dos profissionais que desempenham funções técnico-artísticas ou de mediação;
- ii. Manutenção, ainda que com aprimoramentos, do contrato de trabalho em grupo.

Julgo que a repriminção da norma da versão originária da Lei 4/2008, constante do n.º5 do artigo 1.º, e que determina a aplicação do regime, no que toca ao tempo e local de trabalho, apenas ao pessoal técnico e auxiliar impedindo uma aplicação indiferenciada do diploma a realidades manifestamente distintas, é a solução mais consonante com a *ratio legis*.

Após reflexão, nomeadamente a resultante de análise de direito comparado, e sem prejuízo da complexidade e das dificuldades de aplicação prática, inclusivamente espelhadas na jurisprudência entendo que a figura do contrato de trabalho em grupo é um mecanismo fundamental de simplificação e flexibilização. Ainda que numa lógica puramente instrumental da legislação laboral, na qual não me revejo, pode ser, de facto, uma forma de travar o recurso aos falsos recibos verdes no setor.

No entanto, para alcançar esse objetivo julgo que faria sentido que se dispusesse que, em caso de celebração de contratos de trabalho em grupo que incluíssem pessoal técnico artístico e de mediação, o regime especial da lei 4/2008 seria aplicável. Assim, sempre que pessoal técnico-artístico e de mediação seja abrangido na celebração de um contrato de trabalho em grupo são aplicáveis, com as devidas adaptações, todas as disposições da lei.

A manutenção do regime do contrato de trabalho em grupo, eliminando a possibilidade de outorga do contrato pelo representante do grupo ou, quando a outorga seja



## A Curiosa Figura do Contrato de Trabalho Em Grupo (À Luz do Regime Jurídico do Contrato de Trabalho dos Profissionais do Espetáculo)

feita por este, mediante a introdução de uma disposição que determine que o representante de grupo elucide os elementos do grupo sobre o conteúdo do contrato e é certo que esta previsão obrigaria a retirar consequências do incumprimento deste dever. Na realidade, dar a conhecer esta forma de contratação e permitir a sua atualização, ainda que com pequenas adaptações é essencial para responder à necessidade de um regime mais ajustado à especificidade do setor e que seja efetivamente aplicado.

### **Bibliografia**

Gomes, Júlio (2010), “Da fábrica à fábrica dos sonhos – primeiras reflexões sobre o regime dos contratos de trabalho dos profissionais”, *Novos estudos de direito do trabalho*, Coimbra Editora, 2010, p.197- 231;

Neto, Joana (2019) “Na boca de cena da (des)regulação do regime jurídico do contrato de trabalho dos profissionais do espetáculo” <http://hdl.handle.net/10071/17292>

Ramalho, Maria Rosário Palma (2010), *Direito do Trabalho – parte II – Situações laborais individuais*, Edições Almedina, pp.358-365;

Ramalho, Maria Rosário Palma (2018), “O contrato de trabalho dos profissionais de espetáculos: algumas notas”, *Estudos de Direito do Trabalho em homenagem ao Professor António Monteiro Fernandes*, Vol. II, Capítulo IX, Nova Causa, pp.224-246;

Ruiz, Alzaga (2005), “Contratación laboral temporal de artistas en espectáculos públicos”, *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento*, n.º 15, Thomson Arazandi, p.139-150.

Testal, Helena Garcia (2016), “La finalización del contrato de trabajo del artista: extinción de contratos temporales e inexecución del contrato”, *Revista de Información Laboral*.

## PROCESSO DO TRABALHO E A REFORMA TRABALHISTA: APLICABILIDADE DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

Wilian Roque Borges<sup>1</sup>

**Resumo:** O processo do trabalho rege-se pela simplicidade dos atos processuais, baseando-se na celeridade processual a fim de atender o interesse do trabalhador de uma forma justa, rápida e efetiva. Todavia, não se pode concluir que o mesmo não deva observar regras básicas que permitam a validade e o desenvolvimento regular do processo. Nesse sentido, o presente estudo tem como objetivo analisar a aplicabilidade da prescrição intercorrente no âmbito do processo do trabalho antes e após a Reforma Trabalhista, introduzida pela Lei 13.467 de 13 de julho de 2017. A prescrição intercorrente é entendida como aquela que deriva da inércia da parte autora no processo, durante o trâmite processual, e faz com que este fique paralisado por determinado prazo. Transcorrido esse prazo sem que o autor da demanda se manifeste ou cumpra algum comando judicial, opera-se a prescrição intercorrente com a consequente extinção do processo com resolução de mérito. A pesquisa se mostra relevante na medida em que a Reforma Trabalhista alterou as regras do processo do trabalho e incluiu o art. 11-A na Consolidação das Leis Trabalhistas, permitindo a aplicabilidade da prescrição intercorrente na fase de execução trabalhista, seguindo, inclusive, entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, na Súmula 327, que admitia a prescrição intercorrente no processo laboral. Entretanto, diante da redação imprecisa do referido artigo e da Súmula 114 do Tribunal Superior do Trabalho que não admite a prescrição intercorrente no âmbito trabalhista, necessária se faz a análise do instituto da prescrição intercorrente a partir da doutrina e dos princípios processuais aplicáveis ao processo do trabalho.

**Abstract:** The work process is governed by the simplicity of procedural acts, based on procedural speed in order to meet the worker's interest in a fair, fast and effective manner. However, it can not be concluded that it does not have to observe basic rules allowing the validity and regular development of the process. In this sense, the present study aims to analyze the applicability of intercurrent prescription in the scope of the labor process before and after the Labor Reform, introduced by Law 13.467 of July 13, 2017. Intercurrent prescription is understood as that which derives from inertia of the plaintiff in the proceedings, during the procedural process, and causes it to be paralyzed for a certain period. After this period has elapsed without the plaintiff manifesting or complying with any judicial command, the intercurrent limitation shall be operative with the consequent termination of the case with resolution of merit. The research is relevant to the extent that the Labor Reform changed the rules of the labor process and included art. 11-A in the Consolidation of Labor Laws, permitting the applicability of the intercurrent prescription in the phase of labor enforcement, following, even, an agreement signed by the Federal Supreme Court, in Summary 327, which allowed the intercurrent prescription in the labor process. However, due to the inaccurate wording of the aforementioned article and the Summary 114 of the

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito no Centro Universitário Internacional - Uninter (Bolsista 100% no Programa de Excelência do PPGD-UNINTER), na área de concentração em PODER, ESTADO E JURISDIÇÃO, linha de pesquisa Jurisdição e Processo na Contemporaneidade. Advogado. Conciliador e Mediador Judicial com formação pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Paraná - NUPEMEC, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná no ano de 2016. Curitiba-PR. Brasil. [wilianrborges@gmail.com](mailto:wilianrborges@gmail.com)

Higher Labor Court, which does not admit intercurrent prescription in the labor sphere, it is necessary to analyze the institute of intercurrent prescription based on the doctrine and procedural principles applicable to the job.

**Palavras-chave:** Prescrição Intercorrente; Reforma Trabalhista; Direitos do trabalhador; Extinção da pretensão; Tribunal Superior do Trabalho.

## 1. INTRODUÇÃO

No Brasil, tanto a Consolidação das Leis do Trabalho, quanto o Código de Processo Civil, que é aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho, vem regulamentar como deve ser realizada a prestação jurisdicional no âmbito laboral, sem prejuízo das demais legislações aplicáveis à espécie.

No presente estudo, analisar-se-á a prescrição intercorrente no âmbito do processo do trabalho, partindo-se do pressuposto que tanto a prescrição, quanto a decadência, são causas de extinção do feito com julgamento de mérito nos termos do artigo 487 do Código de Processo Civil, quando acolhidas.

A prescrição intercorrente é, em linhas gerais, aquela que surge no curso da ação e quando acolhida pelo juiz gera a extinção do processo com resolução de mérito. Ou seja, é a perda da ação correspondente a passagem do tempo pela inércia de seu titular em buscá-lo no curso do processo, aí por se chamar *intercorrente*.

Antes da reforma trabalhista existia grande divergência jurisprudencial nos tribunais brasileiros sobre a sua aplicabilidade no processo do trabalho, por ser a Justiça do Trabalho protecionista, o que revela a importância do tema, pois de um lado se tem o direito protecionista do trabalhador e de outro todo o sistema legal em vigor.

Neste trabalho será definido o conceito de prescrição bem como suas modalidades, sendo que serão apontadas as leis e súmulas que tratam do tema referentes a prescrição intercorrente na justiça laboral, e se destacará a possibilidade de aplicação de tal instituto. Ao final serão apresentadas as conclusões.

Assim, tendo por base o ordenamento jurídico pátrio no sentido de inexistirem lides perpétuas e, somado ao entendimento do STF à luz da Constituição Federal chega-se ao objeto central do estudo, qual seja, a prescrição intercorrente no processo do trabalho.

## 2. CONCEITO E DEFINIÇÃO DA PRESCRIÇÃO

Entendida e compreendida como a extinção da pretensão, a prescrição tem previsão geral no Código Civil Brasileiro no artigo 189<sup>2</sup>, que prevê que quando há uma violação de direito, nasce para o titular a pretensão, ou seja, o direito de reaver o que foi violado. Caso o titular do direito violado não exerça a sua pretensão no prazo legal, ou seja, durante o tempo determinado pela lei, ocorre a prescrição (NEGRÃO, 2010).

Humberto Theodoro Júnior discorre que para ocorrer a prescrição é necessário que: a) exista o direito material da parte e uma prestação a ser cumprida, a seu tempo, por meio de ação ou omissão do devedor; b) ocorra a violação desse direito material por parte do obrigado, configurando o inadimplemento da prestação devida; c) surja, então, a pretensão, como consequência da violação do direito subjetivo, isto é, nasça o poder de exigir a prestação pelas vias judiciais; e, finalmente, d) se verifique a inércia do titular da pretensão em fazê-la exercitar durante o prazo extintivo fixado em lei (JUNIOR, 2003).

A consequência processual com a ocorrência da prescrição é a extinção do processo com julgamento de mérito, nos termos do art. 487, II<sup>3</sup> do Código de Processo Civil.

No direito laboral, o efeito jurídico processual é o mesmo que o do Direito Civil, qual seja, a extinção da pretensão. No direito do trabalho, a prescrição vem regulamentada pelos artigos 11, 11-A e 884, § 1º da CLT. Também existe a previsão constitucional no artigo 7º, inciso XXIX da Constituição da República (CARRION, 2009).

O termo inicial de contagem da prescrição tem início no momento em que o direito é lesado e opera-se a prescrição quando o titular da pretensão permanece inerte para exigir o cumprimento de seu direito (PORTO DE BARROS, 2004).

A Consolidação das Leis do Trabalho - CLT contempla as hipóteses de início do prazo prescricional nos artigos 11, *caput*, e 11-A, § 1º<sup>4</sup>. Em análise do artigo 11, tem-se a chamada prescrição bienal, que se refere ao prazo-limite de 2 (dois) anos que o empregado

---

<sup>2</sup> Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

<sup>3</sup> Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

(...) II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;

<sup>4</sup> Art. 11. A pretensão quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve em cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

(...)

Art. 11-A. Ocorre a prescrição intercorrente no processo do trabalho no prazo de dois anos.

§ 1º A fluência do prazo prescricional intercorrente inicia-se quando o exequente deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução.

(...)

tem para exercer a sua pretensão em juízo e reaver os direitos resultantes da relação de trabalho, sendo, via de regra, a mais comum.

Assim, se um empregado tem algum direito violado quando da relação contratual, o mesmo dispõe do prazo de 02 (dois) anos a partir da data da extinção do pacto laboral para postular em juízo a respeito das diferenças que entende devidas. Essas diferenças que o empregado postula ficam limitadas aos 05 (cinco) anos anteriores, contados do ajuizamento da ação (JORGE NETO, 2008).

Complementando o art. 11 citado acima, tem-se a Súmula 308<sup>5</sup> do TST, que reforça a tese de que a prescrição da ação trabalhista concerne às pretensões imediatamente anteriores a cinco anos, contadas da data do ajuizamento da ação.

É possível, também, que ocorra no contrato de trabalho uma violação de direito que não cause a extinção do pacto laboral. Em tais casos o empregado dispõe do prazo de 5 (cinco) anos para apresentar sua pretensão em juízo. Ou seja, quando há a violação de um direito no curso do contrato laboral que não acarrete sua extinção, o titular da pretensão tem o prazo de 5 (cinco) anos para reclamar em juízo seu direito (CARRION, 2009).

Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante explicam que

Com o artigo 7º, XXIX, da CF, os prazos prescricionais trabalhistas passaram a ser de: a) 5 anos para o trabalhador urbano, até o limite de 2 anos após a extinção do contrato; b) 2 anos após a extinção do contrato, para o trabalhador rural, não atingindo as situações já consumadas.

O prazo prescricional de 5 anos previsto no artigo 7, XXIX, é de aplicação imediata, não atingindo as pretensões já alcançadas pela prescrição bienal, quando da promulgação da Constituição (Súm. N° 308, II, TST); logo esse prazo somente é válido a partir da vigência da CF (05/10/1988) (2008).

No que tange ao art. 11-A, sendo o mais importante para o presente estudo, tem-se a prescrição intercorrente no processo do trabalho.

---

<sup>5</sup> Súmula nº 308 do TST - PRESCRIÇÃO QUINQUÊNIAL (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 204 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005.

I. Respeitado o biênio subsequente à cessação contratual, a prescrição da ação trabalhista concerne às pretensões imediatamente anteriores a cinco anos, contados da data do ajuizamento da reclamação e, não, às anteriores ao quinquênio da data da extinção do contrato. (ex-OJ nº 204 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)

II. A norma constitucional que ampliou o prazo de prescrição da ação trabalhista para 5 (cinco) anos é de aplicação imediata e não atinge pretensões já alcançadas pela prescrição bienal quando da promulgação da CF/1988. (ex-Súmula nº 308 - Res. 6/1992, DJ 05.11.1992)

A prescrição intercorrente é entendida como aquela que deriva da inércia do reclamante, durante o trâmite processual, e faz com que o processo fique parado por determinado prazo. Transcorrido esse prazo, sem que o Autor da demanda se manifeste no processo, ou cumpra algum comando judicial, opera-se a prescrição intercorrente, com a consequente extinção do processo com julgamento do mérito nos termos do artigo 487, II do CPC.

Nesse sentido Manoel Antonio Teixeira Filho destaca que a prescrição intercorrente é a que se forma após o ajuizamento da ação (trabalhista, no caso). O adjetivo *intercorrente* significa aquilo que sobrevém no curso de algum acontecimento (2017).

Complementando esse entendimento, na ótica de Manoel Teixeira Filho, citado por Francisco Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante (2008) a

Prescrição intercorrente é a que ocorre no curso da ação; forma-se, portanto, de permeio. Durante longo período se discutiu, na doutrina e na jurisprudência, sobre a admissibilidade, ou não, dessa espécie de prescrição no processo do trabalho. Sustentava-se, de um ponto, que acarretando a perda do direito de ação não se poderia aceitar que viesse a consumir-se após o ajuizamento desta; a este argumento se acrescentava o de que, no processo trabalhista, o juiz pode tomar a iniciativa de praticar os atos do procedimento (CLT, art. 765), máxime na execução (CLT, art. 878, caput), não sendo possível pensar-se, aqui, pois, em prescrição intercorrente. De outro, porém, se afirmava que o art. 8º da CLT autoriza a aplicação supletória de normas do direito civil – atendidos os pressupostos de omissão e de compatibilidade, motivo por que seria perfeitamente possível a adoção do art. 173 do Código Civil (1916), a teor do qual a prescrição recomeça a fluir a contar do ato que a interrompera.

Com a promulgação da Lei 13.467/2017, ficou clara a intenção do legislador no sentido de admitir a prescrição intercorrente no processo do trabalho, todavia diante da redação imprecisa do artigo e da relevância do tema, permanecem, ainda, discussões sobre o instituto da prescrição intercorrente.

Diante dessas considerações iniciais acerca do conceito e definição o objeto do presente estudo, passa-se a analisar as leis e súmulas afetas ao tema.

### 3. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO DO TRABALHO

Como já citado acima, existem algumas modalidades de prescrição no direito trabalhista, todavia o objeto do trabalho é a prescrição intercorrente, a qual passou a ter previsão expressa no art. 11-A da Consolidação das Leis do Trabalho após a reforma trabalhista.

Mesmo existindo inúmeras decisões que não acolhiam a prescrição intercorrente na Justiça do Trabalho antes da reforma trabalhista, o Supremo Tribunal Federal através da Súmula 327<sup>6</sup>, entendia que era admitida a prescrição intercorrente no processo do trabalho<sup>7</sup>. O grande fundamento da divergência a respeito da aplicabilidade da prescrição intercorrente no processo do trabalho se dá pelo fato de existir no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho a Súmula 114, que prevê que não se aplica a prescrição intercorrente na Justiça do Trabalho, por ser incompatível com os princípios processuais próprios do direito do trabalho, como, por exemplo, o princípio do impulso oficial (CARRION, 2009).

Desta maneira, as duas súmulas se contrariam. Todavia, como a reforma trabalhista alterou inúmeros dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, e um deles diz respeito a impossibilidade do juiz executar a sentença de ofício quando a parte possuir advogado, a obrigação pela condução do processo recai inteiramente sobre autor. Neste sentido, paralisada a ação por culpa do autor, por mais de dois anos na fase de execução, opera-se a chamada prescrição intercorrente.

Agora, claramente pela redação do artigo 11-A da Consolidação das Leis do Trabalho, verifica-se que se por culpa do Autor não forem tomadas as providências necessárias para dar seguimento ao processo na fase de execução, pode vir a incidir a prescrição intercorrente. A fluência do prazo prescricional intercorrente inicia-se quando o autor não cumprir com determinação judicial.

Embora o *caput* do art. 11-A da CLT não determine especificamente acerca do momento processual em que a prescrição intercorrente é cabível<sup>8</sup>, o parágrafo 1º do referido artigo da traz o termo *exequente*, induzindo que somente na fase de execução pode ocorrer o

---

<sup>6</sup> Súm. 327 - O Direito Trabalhista admite a prescrição intercorrente.

<sup>7</sup> O prazo para a configuração da prescrição intercorrente era, de acordo com entendimento doutrinário e jurisprudencial, aquele constante da Súmula 150 do Supremo Tribunal Federal, que prevê "prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação".

<sup>8</sup> O *caput* do referido artigo não trata especificamente da fase de conhecimento ou da fase de execução.

reconhecimento da prescrição intercorrente, podendo ser declarada, inclusive, de ofício pelo juiz nos termos do parágrafo 2º do art. 11-A.

O Tribunal Superior do Trabalho na Resolução 221, de 21 de junho de 2018, que editou a Instrução normativa nº 41 prevê que o fluxo da prescrição intercorrente conta-se a partir do descumprimento da determinação judicial a que alude o § 1º do art. 11-A da Consolidação das Leis do Trabalho, desde que feita após 11 de novembro de 2017. Ou seja, pelo entendimento do TST o início do prazo para ocorrência da prescrição intercorrente somente ocorrerá após o início da vigência da reforma trabalhista.

Pelo exposto acima, com o artigo 11-A, dá-se fim a uma controvérsia que existia no âmbito do processo laboral. Entretanto, ainda permanecem dúvidas quanto a aplicação da prescrição intercorrente aos processos que já estão em curso pelo entendimento do TST na Resolução 221/2018, sendo certo que, por decorrência da nova lei deverá ocorrer consolidação no sentido de aplicar a prescrição intercorrente no processo do trabalho, desde que respeitados os requisitos exigidos.

#### **4. CONCLUSÕES**

Por todo o exposto no presente artigo, considerando que o processo do trabalho tem como objetivo a proteção do trabalhador, o legislador conferiu aos trabalhadores e empregadores no processo judicial do trabalho uma maior simplicidade na prática dos atos processuais, todavia, referida simplicidade não pode acarretar uma perpetuidade do processo, pelo que necessária a aplicação da prescrição intercorrente no processo do trabalho.

Consoante entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, por aplicação da Súmula 114, verifica-se que a prescrição intercorrente não era aceita não aceita pela Justiça Laboral, em que pese existir entendimento consolidado na Súmula 327 do Supremo Tribunal Federal pela admissibilidade da prescrição intercorrente no processo trabalhista. O Supremo Tribunal Federal, como é cediço, é o guardião da Constituição Federal, portanto o Tribunal Superior do Trabalho ao desprezar a Súmula do STF, está agindo em desconformidade com os preceitos não só do processo, seja ele do trabalho ou comum, mas também da própria Constituição Federal.

Destaca-se que a reforma trabalhista ao incluir o artigo 11-A na Consolidação das Leis do Trabalho apenas consolidou um entendimento já fixado pelo Supremo Tribunal Federal, entretanto sua redação é imprecisa e ainda existem dúvidas quanto à aplicação da prescrição intercorrente ao processo trabalhista. Todavia, em que pese às divergências, a



reforma trabalhista pôs fim a uma controvérsia ao admitir a aplicação de tal instituto na seara trabalhista.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. A prescrição *ex officio* e a possibilidade de sua aplicação no processo do trabalho. Rev. do TST, Brasília, vol. 74, jan/mar 2008. Disponível em

[http://www.tst.gov.br/Ssedoc/PaginadaBiblioteca/revistadotst/Rev\\_74/rev\\_74\\_1/leitecarloshenriquebezerra.pdf](http://www.tst.gov.br/Ssedoc/PaginadaBiblioteca/revistadotst/Rev_74/rev_74_1/leitecarloshenriquebezerra.pdf). Acesso em 28 de junho de 2019.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 7ª Edição. Editora LTr. São Paulo 2009.

BRASIL. *Consolidação das leis do Trabalho; Código de Processo Civil; Constituição Federal; Legislação Trabalhista e Processual Trabalhista; Legislação Previdenciária*. 12ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 34ª Edição. São Paulo/SP. Editora Saraiva. 2009.

DEVECHI, Antonio. *Manual Básico de Processo do Trabalho*. Editora Juruá. Curitiba/PR. 2007.

GABRIEL SAAD, Eduardo; DUARTE SAAD, José Eduardo; CASTELO BRANCO, Ana Maria Saad. *CLT Comentada*. 41ª Edição. Editora LTr. São Paulo, 2008.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; PESSOA CAVALCANTE, Jouberto de Quadros. *Direito do Trabalho – Vol. 2*. 4ª Edição. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro 2008.

KANIAK, Vanessa. *Prescrição Intercorrente na Justiça do Trabalho e sua aplicabilidade na fase executória*. Revista Eletrônica da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná – n. 3 – Jan/Jul 2009. Disponível em <http://www.oabpr.org.br/revistaeletronica/revista03/168-179.pdf>. Acesso em 28 de junho de 2019;

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho – 16. ed.* – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 25ª Edição. São Paulo-SP. Editora Atlas S.A. 2009, a.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho. Doutrina e prática forense*. 29ª Edição. Editora Atlas. São Paulo/2009, b.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 20ª Edição. São Paulo, 2017.

NEGRÃO, Theotonio. GOUVÊA, José Roberto Ferreira. BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Código de Processo Civil, e Legislação Processual em Vigor*. 42ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2010

PEREIRA, Leone. *Manual de processo do trabalho – 5. ed.* – São Paulo : Saraiva, 2018.

PORTO DE BARROS, Ana Lucia *et al.* *Código Civil Comentado*. 7ª Edição. Rio de Janeiro/RJ. Livraria Freitas Bastos Editora S.A. Pags. 128-143

ROMAR, Carla Tereza Martins. *Direito Processual do Trabalho*. 6ª Edição. Série Leituras Jurídicas, Provas e Concursos. São Paulo/SP. Editora Atlas, 2010

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *O processo do trabalho e a Reforma Trabalhista: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil, dos efeitos do negócio jurídico ao final do livro III, Arts., 185 a 232, Volume III, Tomo II*. Rio de Janeiro/RJ 2003. Editora Forense. 1ª Edição.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; CORREIA DE ALMEIDA, Flávio Renato; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. Volume 1. *Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 7ª Edição. São Paulo/SP. Editora Revista dos Tribunais. 2005.

## A DESJUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO CIVIL PORTUGUESA E O PROCESSO EXECUTIVO BRASILEIRO

Victor D Arce Pinheiro DIB<sup>1</sup>

**RESUMO:** o presente artigo tem como objetivo trazer a mudança processual civil que ocorreu em Portugal, mais precisamente, no processo executivo, denominada “desjudicialização” já adotada por alguns países da Europa, cada um com suas particularidades, tema este que rendeu inúmeros comentários entre os estudiosos do processo civil português e pode vir a ser uma possível realidade no processo executivo brasileiro. Neste ínterim, mostra-se do que se trata a desjudicialização, como ela se deu e a evolução do instituto através das reformas que sofreu para se chegar ao modelo atual, ou seja, as alterações feitas nas funções do agente de execução após sua instituição e, conseqüentemente, na do magistrado, exemplificando quando este precisará atuar. Superada tal questão, adentra-se o campo do processo executivo brasileiro e seu atual cenário, fazendo, *ab initio*, uma reflexão constitucional e posteriormente tecendo comparações entre o Código Civil português e o brasileiro. Além dessa breve análise, trata sobre uma possível utilização do mesmo modelo adotado por Portugal no Brasil, como uma forma de modificar a realidade do Judiciário brasileiro ou, ao menos, melhorá-la, fazendo com que diminua o número de ações executivas e, assim, possa melhorar em celeridade e efetividade a prestação jurisdicional. Por fim, conclui-se mostrando que a desjudicialização pode ser o caminho do Brasil, de modo que já foi adotada de maneira mais tímida em outras situações.

**ABSTRACT:** the present article aims to bring about the procedural change that occurred in Portugal, more precisely in the executive process, called "disjudicialization", adopted by some European countries, each one with its peculiarities, a subject that has generated numerous comments among the scholars of the process and may become a possible reality in the Brazilian executive process. In the meantime, it is shown what is being done to the detrimentalization, as it happened and the evolution of the institute through the reforms that it has undergone to arrive at the current model, that is, the changes made in the functions of the agent of execution after its institution and , consequently, that of the magistrate, exemplifying when he will need to act. Having overcome such a question, the field of the Brazilian executive process and its present scenario is gone, making, *ab initio*, a constitutional reflection and later weaving comparisons between the Portuguese Civil Code and the Brazilian Civil Code. In addition to this brief analysis, it deals with a possible use of the same model adopted by Portugal in Brazil, as a way of modifying the reality of the Brazilian judiciary or at least improving it, reducing the number of executive actions and thus , can improve in speed and effectiveness the jurisdictional provision. Finally, it is concluded that disjudicialization may be the way of Brazil, so that it has already been adopted in a more timid way in other situations.

**PALAVRAS-CHAVE:** processo civil; execução civil; desjudicialização; Portugal; Brasil.

**KEY-WORDS:** civil procedure; civil execution; desjudicialization; Portugal; Brazil.

---

<sup>1</sup> Discente do 5º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente, São Paulo, Brasil. Atualmente aluno de Mobilidade na Universidade de Coimbra-Portugal. E-mail: victorpinheirodib@hotmail.com

## INTRODUÇÃO

O artigo em questão visa estudar a desjudicialização do processo executivo português, instituto que mudou a atuação do poder judiciário, reduzindo o número de execuções consideradas desnecessárias e concentrando os esforços do magistrado apenas para solução de conflito de interesses.

Tal instituto foi alvo de inúmeras críticas e resistência quando começou a ser aplicado, mas por forte influência do Direito Francês, Portugal desjudicializou a execução civil através da criação do agente de execução, função que passou por alterações ao longo do tempo. É pertinente mencionar que o agente de execução se tornou o personagem principal da execução, deixando de ser o magistrado, que somente interferirá quando a lei mencionar expressamente, como explicado a seguir.

O Brasil atualmente adota o sistema da judicialização completa da execução, como era adotado por Portugal, mas cabe a reflexão: será que o modelo brasileiro não precisa ser renovado para cumprir efetivamente o que preza a Constituição Federal pátria? Tal indagação, abordada posteriormente, nos faz pensar em uma possível desjudicialização também na execução civil brasileira.

O artigo em tela busca uma reflexão em torno destas questões visando uma possível solução para o cenário brasileiro.

## 2. O PROCESSO EXECUTIVO PORTUGUÊS CONTEMPORÂNEO – A DESJUDICIALIZAÇÃO

A atuação do poder judiciário é de suma importância para a resolução de conflito entre as partes, fato inquestionável. Mas, em vários países do mundo, principalmente aqueles que adotaram o sistema civil Law, o poder judiciário, devido a grande demanda de processos, encontra-se sobrecarregado, o que, conseqüentemente, acarreta em uma lentidão do Judiciário.

Pensando nisso e visando reduzir o número de ações no âmbito judiciário, o Sistema Português, influenciado pelo Sistema Francês, no tocante ao Processo Executivo, deu um grande passo para reduzir a sobrecarga que recai no poder judiciário, caminhando para a chamada desjudicialização, que se iniciou com a Reforma Legislativa ocorrida em 2003 e outra introduzida em 2009, diminuindo, assim, o número de ações consideradas “desnecessárias” no Judiciário. Digo desnecessária não pela matéria que se encontra no bojo

da ação, mas, justamente, pelo fato do Judiciário não precisar atuar diretamente naquele caso em si.

Nesse ínterim, o referencial inicial foi a figura do *Huissier de Justice*, existente no Processo Executivo Francês, cargo este ocupado por um profissional liberal, mas de nomeação oficial, que cuidava exclusivamente da execução, diferente do que se via no país lusitano, em que era a figura do juiz que dava andamento em todo o processo executivo, ou seja, era adotado o sistema da judicialização completa, como nos ensina José Lebre de Freitas<sup>2</sup>:

No direito português anterior à reforma da ação executiva, cabia ao juiz a *direção* de todo o processo executivo, em paralelismo com o que acontece na ação declarativa [...] cumpria-lhe providenciar pelo andamento regular e célere do processo, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao seu normal prosseguimento.

Além da França, outros países contam com um solicitador de execução, como inicialmente foi chamado em Portugal, e, posteriormente, agente de execução (*Huissier de Justice*), como, por exemplo, a Bélgica, Luxemburgo, Holanda, Grécia, Hungria, Polónia e Escócia. É cediço que existem algumas particularidades em relação à atuação do agente de execução nesses países, mas a essência é a mesma, praticam a maior parte dos atos executórios.

Em decorrência disso, em 2003, Portugal passou pela primeira reforma (Decreto-Lei nº 38/2003), onde a competência para a prática de atos executivos propriamente ditos, tais como citações, notificações, penhora, vendas e pagamentos, foi transferida do Juiz ao agente de execução. Destaca-se que os Juízes ainda tinham poder de controle em relação à execução e o agente de execução, por isso o nome de desjudicialização “parcial”. Inicialmente, os agentes de execução eram solicitadores, ou seja, profissionais liberais que praticavam atos jurídicos, podendo ser judicial, extrajudicial ou consultorias, para outras pessoas, em troca de remuneração<sup>3</sup>.

Ocorre que a não era necessário formação em direito para os solicitadores, e mesmo assim praticavam atos jurídicos, cenário este que mudou com a entrada em vigor do Decreto-Lei nº 8/99. Ainda com a alteração, no ano de 2003, grande parte dos solicitadores não

---

<sup>2</sup>A Ação Executiva à Luz Do Código de Processo Civil de 2013. José Lebre de Freitas, 2017. 7ª ed. Gestlegal, LDA. Pág.33.

<sup>3</sup> Flávia Pereira Ribeiro. A Desjudicialização da Execução Civil, 2012, São Paulo. (Tese de Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica-SP). Pág. 119.

tinham formação, portanto, visando adequar tal situação, os solicitadores que já se encontravam devidamente inscritos passaram automaticamente a agente de execução.

No entanto, era nítido o despreparo dos agentes de execução frente ao processo de execução, haja vista que a maioria deles não tinha formação em direito, fato este desencadeador de inúmeras críticas em meio aos estudiosos. Visando solucionar ou, ao menos, compensar esse problema, sobreveio o Decreto-Lei nº 226/2008 (desjudicialização total – reforma da reforma), onde passou a se admitir que advogados se candidatassem a vaga de agente de execução, podendo exercer a profissão se cumprissem o estágio de 10 meses. É nítido o aperfeiçoamento da profissão e a adequação feita no sistema processual para que o objetivo de melhorar o funcionamento da justiça obtivesse sucesso.

O decreto lei de 2008 ficou conhecido como desjudicialização total, pois a partir dele o Juiz passou a intervir na execução apenas para solucionar efetivo conflito, o que conseqüentemente tornou a execução mais simples ao eliminar formalidades e concedeu maior força a figura do agente de execução.<sup>4</sup>

Em suma, a figura do agente de execução é um cargo ocupado por um profissional liberal a quem o Estado confere poderes públicos, contratado pelo próprio exequente, e é ele quem vai ser o “personagem” principal da execução, praticando a maioria esmagadora dos atos executórios e dando andamento a ela.

É pertinente destacar que Portugal seguiu o exemplo de outros sistemas jurídico europeus, influenciado, como dito, principalmente pela França, de modo que o tribunal só atua ou intervém quando houver litígio, exercendo, portanto, uma função de tutela. É como mencionado no início desse item, a atuação direta do Poder Judiciário é desnecessária. Ora, a função jurisdicional resolve conflitos de interesses, ou seja, fatos com versões distintas onde vai ser analisado se o autor é ou não titular do direito subjetivo através de uma decisão do Juiz. Quando se pensa em execução é necessário compreender que já se sabe quem é o titular do direito, em palavras simples, a execução serve para ajudar o credor a satisfazer seu direito de maneira coativa.

Deste modo, surge a indagação: quer dizer que o Juiz nunca vai atuar na execução no Processo Civil Português?

Antes era o Juiz quem conduzia toda a execução, com a reforma ele foi liberto de praticar esses atos não jurisdicionais, devendo apenas julgar conflito de interesses. Mas, por

---

<sup>4</sup> Flávia Pereira Ribeiro. A Desjudicialização da Execução Civil, 2012, São Paulo. (Tese de Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica-SP). Pág. 116.

desjudicialização se entende uma menor intervenção do juiz na execução, no entanto ele ainda exerce funções de tutela, como explica José Lebre de Freitas<sup>5</sup>

exerce funções de tutela, intervindo em caso de litígio surgido na pendência da execução, e de *controlo*, proferindo nalguns casos despacho liminar, intervindo para resolver dúvidas, garantir a proteção de direitos fundamentais ou matéria sigilosa [...] mas deixou de ter a seu cargo a *promoção* das diligências executivas [...].

Para melhor entender o trecho acima mencionado é necessário falar do Processo Executivo em si. Entende-se por Processo Executivo propriamente dito aquele em que será feita apenas diligências executivas (citação, penhora, venda ou pagamento, entre outros), e se encerrará. Nesse caso, não existe a necessidade da figura do Juiz, até mesmo por que não houve, no andamento da ação executiva, o surgimento de conflito de interesses. Mas, pode ser que exista.

Em se tratando de casos em que durante a execução apareça algum conflito de interesses, chamado no trecho transcrito de “litígio surgido na pendência da execução”, resultando em um incidente declarativo apenso ao processo de execução, como: oposição à penhora, oposição à execução, embargos de terceiro, entre outros, será necessário a atuação do magistrado para a solução do conflito. Frisa-se que ele atuará na ação declarativa que surgiu e não no processo executivo em si.

Ilustrando com exemplo. Embargos de Terceiros: Terceiro atingido pela penhora do bem executado, pois ela tinha o comprado, mas ainda não havia feito o registro. Isso se trata de uma ação declarativa apensa a execução; Neste caso o Juiz atuará resolvendo o conflito que surgiu. É cediço dizer que o Juiz intervém para julgar conflitos de interesses que surgem em decorrência das ações executivas.

Em resumo, há casos em que a ação executiva corre sem qualquer incidente, não sendo necessária, portanto, a atuação do Juiz, haja vista que quem pratica as diligências executivas é o agente de execução. Sendo assim, é pertinente dizer que o juiz de execução, na realidade, é o juiz dos incidentes da execução.

Conforme exposto nos artigos 719 e 720 do Código de Processo Civil Português a distinção das funções de ambas as figuras (Juiz e Agente de Execução) é nítida, evidenciando que a grande maioria dos atos executivos são praticados pelo agente de execução. De tal

---

<sup>5</sup> A Ação Executiva à Luz Do Código de Processo Civil de 2013. José Lebre de Freitas, 2017. 7ª ed. Gestlegal, LDA. Págs. 34 e 35.

maneira, quando algum ato for de competência do Juiz a lei o mencionará expressamente, caso contrário, o ato deverá ser praticado pelo agente de execução.

## **2.1 O ATUAL CENÁRIO DO PROCESSO EXECUTIVO BRASILEIRO E UMA POSSÍVEL DESJUDICIALIZAÇÃO**

O Processo executivo brasileiro adota o sistema da judicialização completa, de modo que o personagem central de tal fase processual é o magistrado, ou seja, é ele quem pratica todos os atos executórios.

Analisando isto, nota-se uma sobrecarga sobre a figura do magistrado, ora, notificar, penhorar, vender e pagar, são tarefas que podem ser praticadas por outra pessoa que não o juiz.

A Constituição Federal brasileira, em seu artigo 5º, LXXVIII, traz em seu texto a seguinte frase: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo”, mas, será que o sistema da judicialização completa da execução, nos dias atuais, garante, ainda, uma celeridade ou, ao menos, uma duração razoável ao processo?

É fato que não só o sistema adotado contribui para um processo mais demorado, mas também o comportamento das partes de procrastinação sempre que possível. Mas uma coisa é certa, adotar a desjudicialização da execução ajudaria, sim, a desafogar o judiciário e seria um grande passo para minimizar o que muitos autores chamam de “a crise da justiça”.

Trazendo tal reflexão para o Código de Processo Civil vigente, em seu Livro II, o qual trata do Processo de Execução, a prática de todas as atividades executivas recai sobre o Juiz, o que é óbvio frente ao sistema adotado. O que difere do disposto no Código de Processo Civil Português, como mencionado anteriormente, no qual é somente de maneira residual atribuída a competência para realização de algum ato executivo ao juiz de execução.

Em meio à doutrina, algumas possíveis saídas já surgem pensando em uma desjudicialização no Brasil, acreditando ser uma saída ou pelo menos uma possibilidade de melhoria para uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva, e, concomitantemente, ajudaria a reduzir a sobrecarga ao Judiciário.

## **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ante todo o exposto, apesar de ser alvo de muita discussão no início, a desjudicialização em Portugal teve êxito e com os aprimoramentos sofridos ao passar do



tempo tem se mostrado muito eficaz, modificando realmente a atuação do Judiciário português.

No Brasil, a desjudicialização é cada vez mais uma tendência, tanto que já tivemos exemplos mais tímidos como a possibilidade de separações, inventários, recuperações fora do Poder Judiciário. É certo que o caminho para uma desjudicialização da Execução Civil é longo, assim como foi o de Portugal, mas, acredita-se que seja possível implementá-la em território brasileiro.

### **BIBLIOGRAFIA**

DE FREITAS, José Lebre. A Ação Executiva à Luz do Código de Processo Civil de 2013. 7ª ed. Gestlegal, LDA, 2017

DE SOUSA, Miguel Teixeira. A Reforma da Acção Executiva. 2004. Editora Lex.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil, volume III. 50ª ed. Editora Forense LTDA., 2017.

PINTO, Rui. A Ação Executiva. 2018. Editora AAFDL, Lisboa.

RIBEIRO, Flávia Pereira. A Desjudicialização da Execução Civil, 2012, São Paulo. Tese de Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica-SP.

## O DANO EXISTENCIAL POR VIOLAÇÃO À IMAGEM DA VÍTIMA DE *REVENGE PORN*

Karenina Tito<sup>1</sup>

**Resumo:** A disseminação de pornografia não consentida na *internet*, particularmente o “*revenge porn*”, é um novo comportamento que envolve a sociedade da informática nas relações virtuais. O caso concreto da Jornalista Rose Leonel, que teve imagens íntimas vazadas pelo ex-namorado em quinze mil *e-mails*, em 2006, é um importante exemplo: perdeu o emprego, teve que mandar o filho de 12 anos morar com o pai no exterior e quase foi “linchada” em sua Cidade Maringá, no Paraná. E daí o conceito de “dano existencial”, surgido na jurisprudência italiana para designar os danos ligados ao projeto da vida de uma pessoa, por exemplo, na dimensão familiar, sexual, educacional, artística ou profissional.

**Palavras-chave:** dano existencial; revenge porn; responsabilidade civil; direitos de personalidade; relações virtuais

**Abstract:** The dissemination of non-consensual pornography on the internet, particularly revenge porn, is a new behavior that involves the information society in virtual relationships. The specific case of the journalist Rose Leonel, who had intimate images leaked by the ex-boyfriend in fifteen thousand emails, in 2006, is an important example: she lost her job, had to send her 12-year-old son to live with his father abroad and was almost "lynched" in her Maringá City, Paraná. Hence the concept of "existential damage", which has arisen in Italian jurisprudence to designate damages related to the project of a person's life, for example, in the family, sexual, educational, artistic or professional dimension.

**Keywords:** existential damage; revenge porn; civil liability; personality rights; virtual relationships

É duvidoso se é possível autonomizar o “dano existencial” no contexto do direito português. Esta é uma questão complexa e que se pretende aprofundar.

O que se pode entender, então, por dano existencial? Será admissível falar em *dano existencial por violação à imagem* por uma vítima do “*revenge porn*”? Quais são as consequências negativas que estão aqui em causa para os direitos de personalidade da vítima do “*revenge porn*”?

---

<sup>1</sup> Mestre em Ciências Jurídico-Empresariais e Doutoranda em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Investigadora colaboradora no Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Advogada. Linha temática: Direito e Tecnologia. E-mail: kareninatoadv@yahoo.com.br

Tecnicamente dizendo, o termo “*revenge porn*” ou “pornografia de vingança”, apesar de popular, pode não ter a melhor nomenclatura.

Primeiramente, o autor nem sempre é motivado por vingança, como é o caso do agente que tem imagens íntimas de sua namorada ou esposa e resolve espalhar esse material nas redes sociais. Alguns agem com a intenção de obter lucro, notoriedade, entretenimento, pela falta de empatia pela vítima ou simplesmente por nenhum motivo em particular. Muitas vezes, os autores e cúmplices sequer conhecem a vítima e compartilham o conteúdo “apenas por diversão”.

O que poderá resultar num “dano existencial” para a vítima.

O dano existencial não se confunde com os eventuais danos morais ou não patrimoniais. Nas palavras de Laura López de la Cruz (2010, p. 19):

Si con el daño biológico se protege la integridad tanto física como psíquica del individuo, al margen de las consecuencias patrimoniales, a través de la reparación del daño existencial se tutela la realización de la propia personalidad comprometida por el evento dañoso... La distinción entre el daño existencial y el daño radica en que, mientras este último se refiere al dolor físico y al estado de ánimo, el daño existencial tienen por objeto las actividades comprometidas por el hecho ilícito.

É também uma categoria do dano autonomizada no ordenamento jurídico italiano e muito discutida na jurisprudência<sup>2</sup>.

Iremos estudar se faz sentido autonomizar o dano existencial no âmbito do nosso problema, olhando para os ordenamentos jurídicos português e brasileiro.

Com o conhecimento de uma violação a imagem, a vítima de “*revenge porn*” passa a estar sujeita a uma alteração involuntária do seu modo de vida, com reflexos negativos sobre a vida pessoal, social e profissional.

Indo mais além com o exemplo: os filhos da vítima também passam a estar sujeitos a uma alteração involuntária e significativa do seu modo de vida. Aliás, os filhos são confrontados com uma preclusão de uma vida familiar saudável em consequência de uma decisão indevida e, digamos, violenta para com a vítima de “*revenge porn*”.

---

<sup>2</sup> O problema do “dano existencial” e as consequências no âmbito do direito da família e na jurisprudência em: PALADINI. Mauro. Responsabilità civile nella famiglia: verso I danni punitivi?. **Responsabilità civile e previdenza**, n.º 10, 2007, p. 2008.

Basta pensar nas alterações provocadas no cotidiano na sequência da prática do fato, deixando de se relacionar e de interagir no plano familiar e comunitário nos termos em que o faziam até então. O potencial para alterar negativamente as suas condições de vida e de existência, sofridas em razão de fotos íntimas vazadas, é incalculável.

A sua dimensão relacional tem força para ficar totalmente alterada. Aliás, o projeto de vida fica totalmente alterado. E isto na dimensão privada e pública. É um verdadeiro dano ao projeto de vida.

Mas será essa ofensa ilícita porque afetou negativamente a imagem da vítima de “*revenge porn*”, a relação da mesma com os filhos e a relação com terceiros e, assim, dificultou a plena realização da personalidade da progenitora-lesada e dos próprios filhos?

Parece-nos que sim.

Por isso, autores, tais como Carneiro da Frada (2008), entendem que o problema está ligado à dimensão relacional da pessoa humana.

No caso dos filhos, estamos perante vítimas secundárias de uma lesão a um direito de personalidade que atingiu diretamente a sua progenitora-lesada.

Está em causa o reconhecimento de uma pretensão autônoma de tutela indenizatória a favor dos filhos contra o autor do “*revenge porn*”, aquele que expôs a vítima numa situação vexatória. Ou seja: filhos que pedem uma indenização ao ofensor por ter causado constrangimentos à sua personalidade através da violação da imagem do progenitor.

Teríamos que superar as concepções individualistas da pessoa e assumir uma dimensão relacional com família, tão importante para o desenvolvimento da personalidade.

Juridicamente seria admitir que a personalidade de um filho também está dotada de uma proteção *erga omnes* perante a ofensa a imagem dos pais, no caso em questão, da progenitora, particularmente o direito a imagem que pode ser tão importante para a estabilidade de uma família e para a integridade psíquica dos próprios filhos.

A perda da qualidade de vida familiar, a alteração de planos e de hábitos, a sujeição a contingências desagradáveis, estados duradouros de desânimo, depressões ou a própria “dor de alma”, tudo tem potencial para lesar o desenvolvimento da personalidade do menor e a sua integridade psíquica.

E a resposta parece ser positiva, exatamente nos mesmos termos: se estamos falando de um direito de personalidade com efeitos que valem em relação a todos, um verdadeiro direito subjetivo absoluto, e se há ilicitude, culpa, danos não patrimoniais e nexo de causalidade, então parece haver responsabilidade civil.

Uma outra questão está em saber como se quantifica este dano existencial. Por exemplo, se a progenitora-lesada e os filhos são obrigados a estabelecer residência num outro Estado ou num outro país estrangeiro, onde o seu enraizamento sócio-cultural nunca será idêntico àquele que beneficiava no seu país de origem, como se quantifica o dano?

É claro que a fixação equitativa do valor da indenização está dependente das circunstâncias do caso concreto.

O dano existencial pode ser reconduzido aos danos não patrimoniais e às consequências negativas da lesão do direito geral de personalidade, ou seja, o que verdadeiramente está em causa é a delimitação da área da tutela geral da personalidade e, portanto, a questão não se situa tanto ao nível do dano propriamente dito, mas ao nível do ilícito.

É assim, pelo menos, no ordenamento jurídico português, sabendo que a figura do dano existencial foi importada da jurisprudência italiana.

Por outro lado, o “*revenge porn*” é um comportamento que deriva da sociedade informática e do próprio progresso das relações virtuais. Um malefício que acompanha uma nova era.

Essa divulgação de imagens e vídeos íntimos, sem consentimento, causa danos imediatos, devastadores e, na maioria dos casos, irreversíveis.

Danos ligados ao projeto da vida de uma pessoa, por exemplo, na dimensão familiar, sexual, educacional, artística ou profissional. Sendo assim, o dano existencial não só é reconduzível aos *danos não patrimoniais*, como também aos *direitos de personalidade* da pessoa lesada.

O “dano existencial” é o “dano ao projeto de vida” ou o “dano na vida de relação”<sup>3</sup>. Ou seja, aconteceram “*alterações registadas na vida quotidiana dos lesados, em virtude de estes ficarem impedidos, na sequência da prática do facto lesivo, de se relacionarem e inter-agirem no plano comunitário nos termos em que o faziam até esse momento*”<sup>4</sup>.

É nitidamente o caso da vítima do “*revenge porn*” perante a gravidade da conduta do terceiro que comprometeu o seu projeto de vida por meio da imagem ou vídeo. Estamos pensando na frustração de expectativas da vida planejada e construída pela vítima, isto é, em todo o seu investimento no meio social, pessoal e profissional.

Em relação aos filhos, cremos que faz sentido falar em dano existencial sobretudo porque não está apenas em causa uma ofensa meramente emotiva ou interior. Está também

---

<sup>3</sup> MATOS, Filipe Cruz de Albuquerque. **Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 586, nota 1050.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 586.

e principalmente em causa as atividades familiares comprometidas ou impedidas pelo comportamento ofensivo ao progenitor.

## Conclusão

Mais do que admitir há um dano existencial pela violação à imagem da vítima de “*revenge porn*”, é admitir que o compartilhamento de fotos íntimas da *internet* sem o consentimento afeta gravemente o desenvolvimento da personalidade não apenas da vítima, mas também dos membros da família.

A imagem que o progenitor representa no meio em que vive é pressuposto fundamental ao desenvolvimento sadio da família, condição para que os filhos se insiram de forma não problemática no contexto social.

Se as coisas não correm bem, é verdade que há sempre uma alteração no modo de vida da família, mas não é a mesma coisa quando em causa está uma *ofensa ilícita e tão violenta como o vazamento de fotos íntimas do progenitor*, porque impede ou, pelo menos, dificulta a plena realização e desenvolvimento da personalidade dos membros da família.

Resta claro que a *internet*, quando mal utilizada, pode ser uma potencial arma de destruição, por qualquer pessoa e de qualquer lugar do mundo. Não devemos, portanto, achar que isso é normal e que pode acontecer em todos os lugares. Aliás, atualmente, só acontece em todos os lugares porque é infinitamente compartilhada. A conscientização da população tem assim um papel primordial, uma vez que uma sociedade instruída e ciente do mal que suas condutas podem gerar não permitiria essa infinidade de compartilhamentos.

Falta saber se a violação da imagem da vítima de “*revenge porn*” não poderá igualmente violar um direito de personalidade dos filhos, justificando também assim a existência de um outro “dano existencial”.

## Referências bibliográficas

- BARBOSA, Mafalda Miranda. **Lições de da responsabilidade civil. LOCAL ED?:** Princípia Editora, 2017.

- BELEZA, Teresa Pizarro. A mulher no Direito Penal. **Cadernos Condição Feminina**, n.º 19, Lisboa: Comissão da Condição Feminina, 1984.

- CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. **O Direito Geral de Personalidade.** (Reimpressão), Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

- CRUZ, Laura López de la. El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales. In **Dret Revista para el Análisis del Derecho**, n.º 4, out. 2010.

- FRADA, Carneiro da. Nos 40 anos do Código Civil – Tutela da personalidade e dano existencial. **Themis**, pp. 47-68, 2008.

- MATOS, Filipe Cruz de Albuquerque. **Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome**. Coimbra: Almedina, 2011.

- PALADINI, Mauro. Responsabilità civile nella famiglia: verso I danni punitivi?. **Responsabilità civile e previdenza**, n.º 10, 2007.

- SERRA, Adriano Vaz. Requisitos da Responsabilidade Civil. **Boletim do Ministério da Justiça**, n.º 92, jan. 1960.

- TRATTATI NUOVI DANNI. Il risarcimento del danno esistenziale: aspetti civili, penali, medico legali, processuali. A cura di Paolo Cendon, vol. II, **Cedam**, 2001.

- TRATTATI PERSONA E DANNO. Non di Sola Salute Vive L'Uomo - Lo Statuto del Danno Biologico - Diritto e Follia - La Disciplina Del Danno Esistenziale. A cura di Paolo Cendon, con la collaborazione di Enrico Pasquinelli, vol. II, **Cedam**, 2004.

- VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de Personalidade**. Coimbra: Almedina, 2014.

# A DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE LIBERDADE ECONÔMICA E A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira<sup>1</sup>

Régis Canale Dos Santos<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente estudo tem por objeto a análise dos paradigmas da função social do contrato, comparando o modelo Paternalista ou Distributivo em relação ao paradigma do Direito e Economia seguido da respectiva interpretação de conformidade com a recente Medida Provisória 881, editada em 30 abril de 2019, que estabeleceu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e alterou o artigo 421 do Código Civil que passou a prever que função social do contrato que será exercida de acordo com os termos da referida Declaração, admitindo-se a rescisão contratual apenas para casos excepcionais. A problematização decorre dos eixos delineados pela análise dos paradigmas diante da nova Medida Provisória com vistas a compreender a solução trazida em benefício da releitura da função social do contrato. O estudo se desenvolve pelo percurso dos métodos dedutivo, comparativo e axiológico.

**Palavras-chave:** Liberdade Econômica; Função social; Paradigmas; Contrato.

## INTRODUÇÃO

O novel Código Civil que entrou em vigor após um ano de *vacatio legis* em 11 de Janeiro de 2003, após longa tramitação no Congresso Nacional, trouxe inúmeros institutos que não eram previstos no código civil revogado e aperfeiçoou outros artigos com o intuito de adequá-los as novas diretrizes principiológicas do Direito Privado, valorizando a eticidade, a socialidade e a operabilidade.

Uma das inovações é o artigo 421 que reza: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Cabe ressaltar que há uma proposta legislativa para a alteração do referido artigo, conforme projeto de lei 699/2011, em trâmite perante a Câmara dos Deputados, que, caso aprovado, passaria a ter a seguinte redação: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social”. Tal projeto de lei ainda não

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela PUC/SP. Professora Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado da Universidade de Marília - UNIMAR /SP e do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR/PR. Advogada do Borges Ferreira Advogados Associados. E-mail: jussara@bflaw.adv.br

<sup>2</sup> Mestrando em Direito pelo Programa de Doutorado e Mestrado da Universidade de Marília - UNIMAR /SP. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário FIEO. Oficial de Registro de Imóveis de Pereira Barreto. E-mail: cartorio.regis@gmail.com



## A Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e a Função Social dos Contratos

foi votado pelo Congresso Nacional, no entanto, no dia 30 de abril de 2019, foi assinada pelo presidente da República a Medida Provisória nº 881 que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e estabeleceu garantias de livre mercado.

A referida Medida Provisória alterou alguns dispositivos do Código Civil, dentre eles, o artigo 421 que passou a ter a seguinte redação: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”. Acrescentou, ademais, um parágrafo único, que reza: “Nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado, por qualquer dos seus poderes, e a revisão contratual determinada de forma externa às partes será excepcional”.

Dessa forma, o presente artigo tem por finalidade analisar a função social dos contratos, dando-se ênfase aos paradigmas solidarista, também denominado paternalista ou distributivo e pelo direito e economia do direito contratual, para, em seguida, confrontá-los com a nova redação dada pela Medida Provisória. No tocante à metodologia foi utilizada da pesquisa teórico-bibliográfica, seguida dos métodos dedutivo, comparativo e axiológico. A abordagem da problematização reveste-se ainda de abordagem exploratória, com vistas à apreensão dos fins colimados, por se tratar de uma legislação que foi recentemente introduzida no ordenamento jurídico. Finalmente, no procedimento técnico, foram utilizadas de análises interpretativas, comparativas e temáticas, possibilitando, destarte, uma discussão pautada pelo ponto de vista da crítica científica.

### **PARADIGMA SOLIDARISTA, PATERNALISTA OU DISTRIBUTIVO**

Por este paradigma, a função social dos contratos tem por finalidade a mitigação ou relativização da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*). A autonomia da vontade, que é o poder de que as pessoas possuem de regulamentar os seus interesses, pelo exercício de sua vontade, que compreende a liberdade contratual e a liberdade de contratar, estaria limitada pela função social dos contratos<sup>3</sup>.

Esta limitação da liberdade contratual foi denominada pela doutrina como a publicização, socialização do direito privado, pois institutos notadamente de direito privado passaram a ser interpretados por critérios correlatos ao direito público.

---

<sup>3</sup> TIMM, Luciano Benetti. Antes sobre a Função Social do Direito Contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva *versus* eficiência econômica. In: XI Congresso de Direito e Economia da Associação Latino Americana de Direito e Economia, 2008, cidade do Mexico. XI Congresso de Direito e Economia da Associação Latino Americana de Direito e Economia, 2008, p. 06.

## A Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e a Função Social dos Contratos

A função social dos contratos busca superar a individualidade pelo coletivo. As relações privadas, individuais, portanto, não teriam o condão de sobrepor aos interesses coletivos. Pelo contrário, a manifestação de vontade por meio do contrato deve, antes de tudo, passar pela verificação de que não se estará atentando contra os interesses da coletividade. Em outros termos, a sociedade é desigual e os contratos de modo geral também refletiriam esta desigualdade, de modo que a função social dos contratos busca a reequilibrar esta relação. Esta forma de interpretação tem como fundamento o princípio da solidariedade social que foi previsto na Constituição Federal no artigo 3º, III, parte final, ao estipular os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. De fato, percebeu-se que esta solidariedade geralmente não é fruto da vontade espontânea das pessoas, necessitando, assim, de uma intervenção do Estado, denominado dirigismo contratual, para buscar esta solidariedade.

A amplitude da liberdade de iniciativa se exercida de forma livre poderá trazer desequilíbrios, devendo estipular limites a esta atuação. Com a limitação, busca corrigir a desigualdade. Parte-se do pressuposto que numa relação livre, a manifestação de vontade não será totalmente livre porque a parte mais fraca sempre estará em posição inferior com a parte mais forte.

Em regra, a forma do Estado em interferir nas relações individuais se dá por imposição de normas cogentes, que são aqueles de aplicação obrigatória nos negócios jurídicos, as quais as partes não podem derogar por sua vontade, ou, então, por revisão judicial dos contratos. A legislação é caracterizada por uma abstração das normas, as chamadas cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, que tem a possibilidade de abarcar um grande número de situação a ser resolvida caso a caso.

Conforme leciona Maria Helena Diniz<sup>4</sup>:

A expressão *dirigismo contratual* é aplicável às medidas restritivas estatais que invocam a supremacia dos interesses coletivos sobre os meros interesses individuais dos contraentes, com o escopo de dar execução à política do Estado de coordenar os vários setores da vida econômica e de proteger os economicamente mais fracos, sacrificando benefícios particulares em prol da coletividade, mas sempre conciliando os interesses das partes e os da sociedade.

De acordo com o escólio de Flávio Tartuce: “tem prevalecido a ideia de que a função social do contrato tem tanto *eficácia interna* (entre as partes), quanto *eficácia externa* (para além

---

<sup>4</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003.v.3, p. 34

## A Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e a Função Social dos Contratos

das partes)<sup>5</sup>. Como eficácia interna da função social, portanto, apenas entre as partes que entabularam no negócio jurídico, verificam-se as seguintes projeções do princípio doravante analisado: proteção dos vulneráveis contratuais, principalmente nos contratos de consumo e no contrato de trabalho, estabelecida por normas de ordem pública; vedação da onerosidade excessiva ou desequilíbrio contratual, podendo motivar a anulação, a revisão ou até mesmo a resolução do contrato; a proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade e a nulidade de cláusulas antissociais, tidas como abusivas.

Por outro lado, a eficácia externa da função social do contrato, há dois aspectos principais, proteção dos direitos difusos e coletivos e a tutela externa do crédito que é a possibilidade do contrato gerar efeitos perante terceiros ou de condutas de terceiros repercutirem no contrato.

Esta forma de interpretação da função social verifica a situação concreta para constatar se a função social dos contratos está presente ou não. Verifica se uma das partes é vulnerável e, caso positivo, aplica-se toda a gama de normas protetivas para a revisão do contrato ou a sua resolução. Não verifica os impactos que tal proteção possa ocasionar no mercado como um todo ou até mesmo na esfera jurídica da outra parte contratante.

Pela doutrina e pelos julgados, nota-se claramente que esta é a posição amplamente adotada.

Nesse sentido, confira-se os seguintes acórdãos do Superior Tribunal de Justiça<sup>6</sup>:

CONTRATOS E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. CDC. POSSIBILIDADE MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DO PACTA SUNT SERVANDA. LEASING. DEVOLUÇÃO DO BEM ARRENDADO. RESTITUIÇÃO DO VRG PAGO ANTECIPADAMENTE. POSSIBILIDADE. ALEGAÇÕES RECURSAIS DESASSOCIADAS DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 284/STF. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. SÚMULA 7/STJ.

A jurisprudência do STJ se posiciona firme no sentido que a revisão das cláusulas contratuais pelo Poder Judiciário é permitida, mormente diante dos princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e do dirigismo contratual, devendo ser mitigada a força exorbitante que se atribuía ao princípio do pacta sunt servanda. Precedentes.

---

<sup>5</sup> TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 6.ed. São Paulo: Método, 2018, p. 659.

<sup>6</sup> Ag.Rg no Agravo de Instrumento nº 1.383.974-SC, Relator Ministro Luis Felipe Salomão.

Verifica-se, assim, a prevalência na jurisprudência dos Tribunais brasileiros pela adoção do paradigma da solidariedade.

### **PARADIGMA DO DIREITO E ECONOMIA**

Este paradigma, evidentemente, tem orientação distinta do paradigma da solidariedade, apresentando interpretação diferente para a função social dos contratos.

Para este paradigma, o contrato é um negócio jurídico realizado por duas ou mais pessoas, em que buscar a realização dos seus interesses, de tal forma que uma das partes somente firmará o acordo se puder desfrutar de alguma vantagem<sup>7</sup>. Caso o contrato não lhe traga benefícios, simplesmente não participará do negócio jurídico.

Aqui os interesses coletivos também são tutelados, porém, de uma maneira diferente proposta pelo paradigma da solidariedade. Com efeito, o interesse social é identificado na estrutura do mercado subjacente ao contrato que está sendo celebrado e ao processo judicial relacionado ao litígio a ele pertinente.

Como ensina Luciano Bennetti Timm “a sociedade ou a ‘igualdade’ não são representadas pela parte mais fraca de uma específica relação contratual ou por um demandante no litígio, mas sim pelo grupo ou cadeia de pessoas integrante de um específico mercado”<sup>8</sup>.

O princípio da solidariedade, previsto como objetivo da República Federativa do Brasil, em seu art. 3º, III, é observado neste paradigma, contudo, ao invés de proteger abstratamente a parte mais fraca ou o hipossuficiente, busca amparar o grupo ou a cadeia de pessoas integrantes de um mercado determinado.

A limitação imposta pela função social dos contratos é transferida do indivíduo que celebrou o contrato com o banco para todos os indivíduos que celebraram ou que celebrarão contrato com o banco.

Deveras, a instituição bancária, ao estipular sua taxa de juros, leva em consideração diversas informações, que se mantiverem também serão mantidas para as demais pessoas que um dia celebraram o mesmo contrato. Por outro lado, se as considerações que foram levadas em conta mudarem, obviamente que os juros também sofrerão alteração para os demais possíveis contratantes.

---

<sup>7</sup> TIMM, Luciano Benetti. Antes sobre a Função Social do Direito Contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva *versus* eficiência econômica. In: XI Congresso de Direito e Economia da Associação Latino Americana de Direito e Economia, 2008, cidade do México. XI Congresso de Direito e Economia da Associação Latino Americana de Direito e Economia, 2008, p. 18.

<sup>8</sup> Ibid., p. 21.

## A Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e a Função Social dos Contratos

Em outros termos, em um caso concreto, se o juiz declarar a nulidade parcial dos juros que foram pactuados, sob o argumento de sua abusividade, o autor da ação será claramente beneficiado, pois terá sua taxa de juros reduzida. No entanto, todas as demais pessoas que um dia celebrarão um contrato análogo serão prejudicadas, pois fatalmente o custo da redução da taxa de juros pela via judicial será repassado por intermédio de taxas maiores aos demais contratantes.

Destarte, o que o paradigma direito e economia propõe é que não se pode buscar a proteção dos atores individuais numa relação negocial, desprotegendo o ambiente social em que ela está inserida e que opera seus efeitos a uma gama maior de pessoas. No mercado em que se realiza o contrato, as partes têm de buscar seus interesses pessoais, tentando a concretização de um negócio que lhe beneficie. As partes, mormente em relações empresariais, pretendem ao máximo que as avenças sejam cumpridas, para que se sinta seguro em pactuar em negócios posteriores. Este forma de pensar, seguramente proporciona uma maior segurança jurídica, pois as partes saberão que o acordo não será desfeito.

De outro lado, imagine-se a insegurança de uma das partes ao saber que tudo o que foi pactuado poderá ser desfeito pela outra parte por violação a função social dos contratos. A parte cumpriria sua parte até o momento que lhe mostrasse interessante e, a seguir, deixaria de cumpri-lo por afrontar preceitos legais de ordem pública. Indubitavelmente, que o contratante prejudicado sopesará esta situação para as novas contratações, sendo, na sua maioria ou totalidade, prejudicial aos interesses dos potenciais futuros contratantes.

A principal função social dos contratos define-se, por este paradigma em possibilitar que as partes celebrem contratos com segurança, obtendo as benesses econômicas originariamente previstas.

Leciona Luciano Benetti Timm<sup>9</sup>:

Em síntese, o direito contratual confere segurança e previsibilidade às operações econômicas e sociais, protegendo as expectativas dos agentes econômicos – o que corresponde a um importante papel institucional e social. O sistema tributário providenciará a distribuição de riqueza.

Deveras, o mercado não é perfeito, pois não funciona sempre de forma adequada e eficiente. Os agentes do mercado, por vezes, extrapolam a expectativa que lhe são

---

<sup>9</sup> TIMM, Luciano Benetti. Antes sobre a Função Social do Direito Contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva *versus* eficiência econômica. In: XI Congresso de Direito e Economia da Associação Latino Americana de Direito e Economia, 2008, cidade do México. XI Congresso de Direito e Economia da Associação Latino Americana de Direito e Economia, 2008, p. 38.

## A Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e a Função Social dos Contratos

depositadas, praticando atos abusivos. Nestes casos, que se presumem ser a exceção, exige-se uma atuação das instituições jurídicas para afastar o abuso e trazer a normalidade.

Como já dito alhures, este entendimento era totalmente minoritário no cenário jurídico brasileiro, contudo, com a edição da Medida Provisória 881, de 30 de abril de 2019, o tema da função social dos contratos que parecia já ter encontrado estabilidade na sua aplicação, sob o paradigma da solidariedade, passa a ter novos contornos, pois a nova redação dada ao artigo 421 do Código Civil Brasileiro rechaçou a interpretação até então majoritária, optando-se pela forma vista pela economia. Houve assim, alteração substancial em relação ao paradigma tradicional, representando giro principiológico e normativo de expressivo valor para o ambiente das relações negociais.

Pela nova redação, a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observada o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Ademais, no parágrafo único ressalta que prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado e a revisão contratual será determinada apenas em casos excepcionais.

O paradigma intervencionista tem por fundamento a regulamentação em maior ou menos grau na economia, sendo adotado pelas democracias modernas prosperando de forma ponderada no estado democrático de direito conjugando constituição política e constituição econômica, limitando a autonomia privada na esfera negocial<sup>10</sup>.

A Medida Provisória 881, ao fazer referência expressa ao princípio da intervenção mínima do Estado, recepciona reflexões doutrinárias de ponderação em relação a esta questão nuclear da intervenção estatal.

O negócio jurídico, nuclear do trânsito jurídico, densificado nos contratos privados e públicos, hodiernamente vem sendo tratado como fundamental à ordem econômica em dimensão mundializada e estruturante da economia dos estados, de modo geral. O perfil neoliberal do negócio jurídico com a contemplação do interesse individual e coletivos passa a considerar o equilíbrio dos pactos, limitando, quando necessário, a autonomia privada de cariz liberal, tarefa das constituições sociais e econômicas, remarcadas pela intervenção estatal mínima e regulação do mercado<sup>11</sup>.

Ao artigo terceiro da aludida medida provisória coube apresentar a Declaração de Direito de Liberdade Econômica, sendo certo que “são direitos de toda pessoa, natural ou

---

<sup>10</sup> FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Interdependência do negócio jurídico: Estado, instituições e responsabilidade civil *in* Empresa, negócio jurídico e responsabilidade civil [Recurso eletrônico on-line] / Organizadoras: Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral. – 1. ed. – Florianópolis: Qualis Editora, 2015, p. 354.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 354.

## A Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e a Função Social dos Contratos

jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômico do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição”, gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, para os quais as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia de sua vontade.

Por evidente, a Medida Provisória em seu artigo terceiro, incisos e parágrafos, centraliza a tutela da liberdade econômica, contemplando diversos ambientes reunidos por este mesmo fim, rompendo com o paradigma da tradição, com vistas a assegurar a eficácia do livre mercado.

Pela previsão da atual redação do artigo 421 e seu parágrafo único, comparado e interpretado com base no artigo terceiro, inciso V, da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, ao dispor na parte final “que as dúvidas de interpretação serão resolvidas de forma a preservar a autonomia de sua vontade, exceto se houver expressa disposição legal em contrário”; infere-se a valorização da autonomia da vontade em detrimento do dirigismo contratual. Ademais, é de ressaltar que houve expressa previsão de que a rescisão contratual passou a ser admitida em casos excepcionais.

Como se depreende, a nova regra está vinculada ao paradigma do direito e da economia. O que antes era o entendimento minoritário passou a ser a regra pelo dispositivo legal. Cabe consignar que esse é o entendimento predominante nos Estados Unidos e de longos anos, advertindo Luciano Benetti Timm<sup>12</sup> que esta visão não tinha sido transportada para o Brasil porque muitos de nossos doutrinadores e juristas tiveram sua formação calcada na escola europeia, alicerçada no estado *welfare*.

## 4. CONCLUSÃO

Com o presente estudo da função social dos contratos, a partir da análise comparativa de dois paradigmas antagônicos, buscou mostrar que a doutrina e jurisprudência pátria têm optado por uma aplicação solidarista ou paternalista da função social, em que o Estado, por meio do dirigismo contratual, ao estabelecer normas cogentes e a possibilidade de revisão judicial dos contratos, protege uma das partes do contrato por ser menos favorecido, parte mais fraca ou hipossuficiente, a despeito de todas as cláusulas entabuladas pelos contratantes.

---

<sup>12</sup> TIMM, Luciano Benetti. Antes sobre a Função Social do Direito Contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva *versus* eficiência econômica. In: XI Congresso de Direito e Economia da Associação Latino Americana de Direito e Economia, 2008, cidade do México. XI Congresso de Direito e Economia da Associação Latino Americana de Direito e Economia, 2008, p. 08.

## A Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e a Função Social dos Contratos

Traduz-se, em suma, numa limitação a liberdade de contratar na presença de normas cogentes que buscam equalizar o interesse social em face do interesse particular.

Por outro lado, a função social dos contratos, visto pelo paradigma do direito e da economia, prestigia a busca do equilíbrio das relações negociais, protegendo tanto os interesses individuais como aqueles decorrentes do ambiente social proporcionando segurança jurídica às partes.

No mesmo diapasão, a função social dos contratos tem por finalidade a proteção dos interesses coletivos manifestados no ambiente de mercado. Busca proteger a totalidade das pessoas que efetivamente ou potencialmente participem de um certo mercado que poderia ser prejudicado caso houvesse a possibilidade de desfazimento dos acordos.

Com a edição da Medida Provisória 881 de 30 de abril de 2019 houve a prevalência pelo paradigma da economia e direito, pois reforçou a prevalência da liberdade contratual e também previu a rescisão contratual apenas em casos excepcionais.

Ademais, cabe aguardar se a referida Medida Provisória irá ser convertida em lei e se haverá emendas que alterem o seu teor pelo Congresso Nacional. No entanto, enquanto vigente, é de se aplicar o princípio da intervenção mínima do Estado nas relações contratuais pautadas pelo princípio da liberdade econômica.

A recente Medida Provisória causará impactos no campo da interpretação dos interesses contratuais, devendo-se aguardar produção doutrinária acerca do tema e, posteriormente, acompanhar a manifestação dos tribunais pátrios como irão se posicionar, diante da construção hermenêutica indispensável à ponderação em relação à previsão referente à rescisão dos pactos que somente será admitida excepcionalmente, e isto, em relação às previsões do Código Civil que em diversos artigos, admite a rescisão contratual ou modificação contratual. Nesta quadra, permanece o compromisso com as análises críticas e desdobramentos hermenêuticos acerca da nova Medida Provisória e seu potencial, no que se refere ao alcance dos fins visados pela regulação da liberdade econômica e livre mercado.

## REFERÊNCIA

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Ag.Rg no Agravo de Instrumento nº 1.383.974-SC, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 13 de janeiro de 2011.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003.v.3.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Interdependência do negócio jurídico: Estado, instituições e responsabilidade civil *in* Empresa, negócio jurídico e responsabilidade civil [Recurso eletrônico on-line] / Organizadoras: Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral. – 1. ed. – Florianópolis: Qualis Editora, 2015.



## A Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e a Função Social dos Contratos

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. In: BRANCO, Gerson Luiz Carlos e MARTINS-COSTA, Judith.

Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002.

NALIN, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2005.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 6.ed. São Paulo: Método, 2018.

TIMM, Luciano Benetti. Antes sobre a Função Social do Direito Contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva *versus* eficiência econômica. In: XI Congresso de Direito e Economia da Associação Latino Americana de Direito e Economia, 2008, cidade do Mexico. XI Congresso de Direito e Economia da Associação Latino Americana de Direito e Economia, 2008.

## A ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO E OS DIREITOS ANTIDUMPING

Ana Sofia Carvalho<sup>1</sup>

Isabel Restier Poças<sup>2</sup>

**Resumo:** No âmbito do sistema da Organização Mundial do Comércio (OMC) e da liberalização das trocas comerciais, todos os países reivindicaram e reivindicam o direito de recorrer a represálias económicas para se protegerem de práticas comerciais desleais em vigor em países terceiros ou para fazer face a dificuldades setoriais devidas à liberalização das trocas comerciais. Para evitar os abusos, estas medidas de defesa comercial foram juridicamente enquadradas por um regime multilateral no âmbito da OMC. Tal sistema baseia-se no primado e exclusividade das regras multilaterais para assegurar a defesa dos interesses comerciais legítimos dos membros quando estes são vítimas de práticas desleais, sendo que entre as medidas que visam responder a essas práticas se encontram os direitos antidumping que serão alvo da nossa análise, tendo-se tornado o principal instrumento de defesa económica dos dias de hoje. O seu regime jurídico traduz um esforço coletivo das nações com vista a continuamente liberalizar o comércio internacional, sem, no entanto, permitir desvios que ponham em causa a livre concorrência. O dumping, quando prática desleal no comércio internacional, é um autêntico entrave não só ao comércio, como à produção, e pode provocar situações de conflito internacional que, num mundo de globalização como o que vivemos hoje, não se podem consentir.

**Abstract:** Under the World Trade Organization (WTO) system and the liberalization of trade, all countries have claimed and claim the right to resort to economic reprisals to protect themselves from unfair trade practices in third countries or to deal with difficulties liberalization of trade. To avoid abuses, these trade defence measures were legally framed by a multilateral regime within the WTO. Such a system is based on the primacy and exclusivity of multilateral rules in order to safeguard the legitimate commercial interests of members when they are victims of unfair practices, and among the measures to respond to such practices are the anti-dumping duties that will be our analysis, and it has become the main instrument of economic defence today. Its legal regime reflects a collective effort of nations to continually liberalize international trade, without, however, allowing detours to undermine free competition. Dumping, as an unfair practice in international trade, is a real obstacle not only to trade but also to production, and can lead to situations of international conflict that, in a world of globalization such as we are experiencing today, cannot be allowed.

**Palavras-chave:** Organização Mundial do Comércio; direitos antidumping

**Keywords:** World Trade Organization; anti-dumping duties.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Tributário e Fiscal pela *Universidade do Minho*. Doutoranda pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Investigadora colaboradora do Centro de Investigação Jurídico-Económica, Universidade do Porto e do Centro de Investigação sobre Direito e Sociedade, Universidade Nova de Lisboa; Portugal). E-mail: anascarvalho@gmail.com

<sup>2</sup> Pós-graduada em Direito do Património Cultural pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Portugal. E-mail: isabelrestierpocas@gmail.com

## 1. Introdução

No âmbito do sistema da Organização Mundial do Comércio (OMC) e da liberalização das trocas comerciais, todos os países reivindicaram e reivindicam o direito de recorrer a represálias económicas (denominadas contramedidas) para se protegerem de práticas comerciais desleais em vigor em países terceiros ou para fazer face a dificuldades setoriais devidas à liberalização das trocas comerciais. Para evitar os abusos, estas medidas de defesa comercial foram juridicamente enquadradas por um regime multilateral no âmbito da OMC. Tal sistema baseia-se no primado e exclusividade das regras multilaterais para assegurar a defesa dos interesses comerciais legítimos dos membros quando estes são vítimas de práticas desleais, sendo que entre as medidas que visam responder a essas práticas se encontram os direitos antidumping que serão alvo da nossa análise, tendo-se tornado o principal instrumento de defesa económica dos dias de hoje.

O dumping em termos económicos consiste no facto de uma empresa vender o mesmo produto a um preço mais baixo no mercado de exportação que no mercado nacional. A diferença de preços entre o mercado de exportação e o mercado nacional representa uma discriminação e uma prática desviante em termos de eficiência e de preços competitivos. A discriminação no sentido económico a que nos queremos referir significa que o vendedor vende a diferentes preços em diferentes mercados sem justificação para uma diferença de custos; a concorrência implica uma igualdade do preço ao custo marginal, de modo a que apenas uma diferença no custo possa justificar uma diferença no preço.

O dumping só pode ocorrer se estiverem reunidas duas condições. Em primeiro lugar, a indústria tem de ser concorrencialmente imperfeita, de maneira que as firmas possam fixar preços em vez de colocar os produtos aos preços de mercado. Em segundo lugar, os mercados têm de ser segmentados, de modo a que os residentes nacionais/domésticos não possam comprar facilmente os bens pretendidos para exportação. Reunidas estas condições uma firma monopolista pode achar que é lucrativo iniciar uma prática de dumping. As firmas farão discriminação de preços quando as vendas responderem mais ao preço num mercado do que noutro.

O dumping é geralmente considerado como uma prática desleal no comércio internacional, daí os vários normativos sobre o mesmo no âmbito do sistema da OMC, a saber: o artigo VI do Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio (GATT) de 1994 e o Acordo sobre a Aplicação do artigo VI do GATT de 1994.

No artigo 2.º do Acordo sobre a Aplicação do artigo VI do GATT 1994 (doravante designado brevemente por Acordo Antidumping) podemos encontrar a definição legal de

dumping: “2.1. – Para efeitos do presente Acordo, considera-se que um produto está a ser objecto de dumping, isto é, introduzido no mercado de outro país a um preço inferior ao seu valor normal, se o preço de exportação do produto exportado de um país para outro for inferior ao preço comparável do produto similar destinado ao consumo no país de exportação, no decurso de operações comerciais normais.”

Apesar da definição legal de dumping corresponder ao reproduzido no artigo 2.1. do Acordo Antidumping, certo é que nem todo o dumping é condenável. Na verdade, o mesmo só é condenável “se causa ou ameaça causar um prejuízo importante a uma produção organizada de uma parte contratante ou se retarda sensivelmente a criação de uma produção nacional” – n.º 1 do artigo VI do GATT de 1994. No caso de ser condenável (verificados os requisitos do normativo indicado – artigo VI do GATT-), “incumbe às autoridades do Membro importador a decisão de instituir ou não um direito antidumping” (artigo 9.º, n.º 1 do Acordo Antidumping). Como vemos, o Estado não é obrigado a impor um direito antidumping, bem pelo contrário a decisão fica na sua disponibilidade, submissa à sua vontade. No fundo, o dumping no comércio internacional não é proibido, mas está sujeito a um regime de “condenação condicional” permitindo o recurso a contramedidas.

## **2. Os direitos antidumping**

Os direitos antidumping são direitos aduaneiros especiais ou sobretaxas aduaneiras que poderão ser cobrados sobre as importações quando o respetivo preço não resulte do jogo normal da concorrência e do mercado, mas antes da tentativa de conquistar outros mercados através de preços artificialmente baixos. Os direitos aduaneiros são “imposições pecuniárias que incidem sobre os produtos importados no momento do desalfandegamento ou, mais exactamente, no momento da declaração apresentada pelo importador com vista a colocá-los em livre prática”.

Os requisitos cumulativos que têm de ser preenchidos para se poder aplicar um direito antidumping são a prática de dumping, o prejuízo aos produtores nacionais e o nexo de causalidade entre o dumping e o prejuízo. Mas, verificados tais requisitos, como funciona em concreto este direito antidumping?

Em primeiro lugar há que reter que o direito antidumping não é uma medida obrigatória a adotar pelo Estado importador, bem pelo contrário trata-se de algo que fica na disponibilidade dos Estados Membros e os textos tanto do n.º 2 do artigo VI do GATT

1994, como do n.º 1 do artigo 9.º do Acordo Antidumping são claros nisso. Esta é a primeira grande característica dos direitos antidumping, o seu carácter facultativo.

No entanto e uma vez que o Estado o pretenda instituir ele está sujeito a regras definidas também no âmbito do GATT, sendo uma das principais a relativa ao valor do direito antidumping. Com efeito, o montante do direito antidumping não pode ultrapassar a margem de dumping, sendo esta a diferença entre o valor normal do produto importado e o valor/preço de venda aquando da exportação (preço de dumping). Podemos encontrar tal regra no n.º 2 do artigo VI do GATT e no n.º 3 do artigo 9º do Acordo Antidumping. Esta limitação do direito à margem de dumping justifica-se porque “Constituindo um meio de defesa comercial, o recurso a direitos anti-dumping deve somente permitir repor as coisas em estado de maneira a que as condições normais de concorrência sejam restabelecidas.”

O direito antidumping tem assim como limite máximo a margem de dumping, mas não precisa obrigatoriamente de ser igual à margem de dumping, podendo nalguns casos corresponder a um valor inferior à mesma. Com efeito, de acordo com o n.º 1 do artigo 9º do Acordo Antidumping “Incumbe às autoridades (...) a decisão de fixar o montante do direito antidumping a um nível equivalente ou inferior à margem de dumping total. É desejável (...) que o direito seja inferior à margem se tal for suficiente para eliminar o prejuízo causado ao ramo de produção nacional.”. Esta possibilidade do direito antidumping ser inferior à margem de dumping é vulgarmente conhecida por “lesser duty rule”.

Os direitos antidumping não podem ser aplicados senão na sequência de um procedimento nacional de inquérito. O Acordo Antidumping prevê com algum detalhe as fases sucessivas do mesmo nos artigos 5.º e 6.º. O inquérito inicia-se pela apresentação de um pedido escrito para início de inquérito por parte de um ramo de produção nacional. Este pedido deverá ser instruído com elementos de prova relativos ao dumping, ao prejuízo e ao nexo de causalidade entre os dois (n.º 2 do artigo 5.º do Acordo Antidumping). Analisando estes elementos, as autoridades administrativas competentes do estado nacional em que o pedido tenha sido apresentado decidirão se existem ou não elementos de prova suficientes que justifiquem o início de um inquérito (nº 3 do artigo 5.º). Decidindo pela abertura do inquérito, a sua condução cabe a estas mesmas autoridades do estado nacional. O procedimento deverá respeitar o princípio do contraditório, sendo que “Todas as partes interessadas num inquérito antidumping, serão notificadas das informações exigidas pelas autoridades, devendo ser-lhes concedidas amplas oportunidades de apresentarem por escrito todos os elementos de prova que considerarem pertinentes para o inquérito em questão.” (n.º 1 do artigo 6.º do Acordo Antidumping). O procedimento de inquérito deve ser

concluído “no prazo de 1 ano a contar da data do seu início e, de qualquer modo, o mais tardar 18 meses após essa data” (n.º 10 do artigo 5.º do Acordo Antidumping). Durante o procedimento de inquérito e antes do seu encerramento poderão ser tomadas medidas provisórias em alguns casos, de acordo com o artigo 7.º do Acordo Antidumping. O n.º 1 do artigo 7.º deste Acordo explicita quando podem ser aplicadas estas medidas. Segundo o n.º 2 do mesmo artigo “As medidas provisórias poderão assumir a forma de um direito provisório ou, de preferência, uma garantia – através de depósitos em numerário ou de caução – equivalente ao montante do direito antidumping calculado a título provisório, que não será superior à margem de dumping provisoriamente calculada.”. Se, no final do inquérito, as autoridades internas do membro importador considerarem verificados os requisitos de aplicação dos direitos antidumping, elas próprias instituirão e cobrarão estes direitos (veja-se o n.º 1 do artigo 9.º do Acordo Antidumping). Estes são os chamados direitos antidumping definitivos.

Outra regra relativa aos direitos antidumping prevista no Acordo Antidumping é a regra de *de minimis* que consiste no facto de se encerrar o inquérito imediatamente quando a margem de dumping é de *de minimis* (inferior a 2% do preço de exportação) ou o volume das importações objeto de dumping, efetivas ou potenciais, quer o prejuízo, não são significativos. No fundo trata-se de afastar da aplicação dos direitos antidumping comportamentos comerciais que não revestem importância económica, e como tal nunca causariam “prejuízos importantes”. Esta regra está consagrada no n.º 8 do artigo 5.º do Acordo Antidumping.

Os direitos antidumping têm também limites temporais, que decorrem desde logo dos pressupostos da sua aplicação e manutenção (dumping, prejuízo enexo de causalidade entre eles). Deixando de verificar-se esses requisitos, os direitos antidumping deverão ser retirados – cf. n.º 1 do artigo 11.º do Acordo Antidumping. De qualquer modo, a duração máxima dos direitos antidumping é em princípio de 5 anos, apesar do reexame da situação após esse período poder eventualmente levar a uma prorrogação do prazo – cf. n.º 3 do artigo 11.º do Acordo AntiDumping que é frequentemente chamado de “*sunset clause*”.

A decisão das autoridades internas de instituir e cobrar um direito antidumping é passível de controlo jurisdicional, a efetuar por tribunais independentes das autoridades que instituíram e cobraram os direitos antidumping (como dispõe o artigo 13.º do Acordo Antidumping).

## **2.1. Requisitos para aplicação dos direitos antidumping**

Atentando na definição acima transcrita de dumping condenável (patente no n.º 1 do artigo VI do GATT de 1994) e também no Acordo Antidumping (veja-se a primeira parte do artigo 5.2. do mesmo que transcrevemos: “5.2.- Um pedido apresentado nos termos do n.º 1 deverá incluir elementos de prova de a) dumping, b) prejuízo na acepção do artigo VI do GATT de 1994, com a interpretação que lhe é dada pelo presente Acordo e c) um nexo de causalidade entre as importações objecto de dumping e o prejuízo alegado.”) facilmente verificamos quais são os requisitos para se poder aplicar um direito antidumping:

- a prática de dumping;
- o prejuízo sofrido por produtores nacionais;
- o nexo causal entre o dumping e o prejuízo. Analisemos estes três requisitos.

### **2.1.1. A prática de dumping**

A grande dificuldade deste requisito consiste em conseguir determinar o que se deve entender por “introdução dos produtos de um país no mercado de outro país a um preço inferior ao seu valor normal” (artigo VI do GATT). No entanto, o artigo VI do GATT fornece os critérios que vieram a ser desenvolvidos pelo Acordo Antidumping para determinar esta inferioridade de preço. Vejamos os normativos, começando pela segunda parte do n.º 1 do artigo VI do GATT de 1994: “Para fins de aplicação do presente artigo, um produto exportado de um país para outro deve considerar-se como sendo introduzido no mercado do país importador a um preço inferior ao seu valor normal, se o preço desse produto for:

- a) inferior ao preço comparável, praticado em operações comerciais normais, de um produto similar destinado ao consumo no país exportador; ou
- b) na ausência de tal preço no mercado interno deste último país, se o preço do produto exportador for
  - i) inferior ao mais elevado preço comparável, para a exportação de um produto similar para terceiro país, em operações comerciais normais; ou
  - ii) inferior ao custo de produção desse produto no país de origem acrescido de um suplemento razoável para cobrir as despesas de venda e o lucro.

Serão devidamente tomadas em conta, em cada caso, as diferenças nas condições de venda, as diferenças de tributação e as outras diferenças que afectem a comparabilidade dos preços”.

No artigo 2.º, n.ºs 1 e 2 do Acordo Antidumping que vem regular a aplicação do artigo VI do GATT 1994 podemos ler:

“2.1. – Para efeitos do presente Acordo, considera-se que um produto está a ser objecto de dumping, isto é, introduzido no mercado de outro país a um preço inferior ao seu valor normal, se o preço de exportação do produto exportado de um país para outro for inferior ao preço comparável do produto similar destinado ao consumo no país de exportação, no decurso de operações comerciais normais.

2.2. – Quando não forem efectuadas vendas do produto similar no mercado interno do país exportador no decurso de operações comerciais normais ou quando tais vendas não permitirem uma comparação razoável, em virtude de uma situação especial do mercado ou do baixo volume das vendas no mercado interno do país de exportação, a margem de dumping será determinada mediante comparação com um preço comparável do produto similar exportado para um país terceiro adequado, desde que esse preço seja representativo, ou com o custo de produção no país de origem, acrescido de um montante razoável para os encargos de venda, despesas administrativas e outros encargos gerais, bem como para os lucros.”.

Isto significa que há 3 critérios alternativos para verificar a inferioridade de preço: o preço comparável do produto no seu mercado nacional/doméstico de produção, o preço comparável do produto no mercado de um país terceiro ou por fim o custo de produção no país de origem, acrescido de um montante razoável para encargos de venda e para os lucros. O Acordo Antidumping, no entanto, acrescenta dois métodos de “construção” de preços, um para os casos em que não exista um preço de exportação ou em que as autoridades considerem que o preço de exportação não é fiável, em virtude da existência de uma associação ou de um acordo de compensação entre o exportador e o importador ou um terceiro (n.º 3 do artigo 2.º do Acordo Antidumping) e outro para os casos em que os produtos não são importados diretamente do país de origem mas exportados para o Membro importador a partir de um país intermédio (n.º 5 do artigo 2.º do Acordo Antidumping). No primeiro caso, o preço de exportação normalmente será calculado com base no preço a que os produtos importados foram pela primeira vez revendidos a um comprador independente; no segundo caso, o preço a que os produtos são vendidos a partir do país de exportação para o Membro importador será normalmente comparado com o preço comparável no país de



exportação, podendo no entanto haver, no caso de trânsito por um país terceiro, comparação com os preços em vigor neste último país ou mesmo no país de origem.

Note-se também que para efetuar uma comparação dos preços ter-se-á que ver se os produtos estão no mesmo estágio comercial e se as datas das vendas realizadas são o mais próximas possível, pois só assim a comparação será válida. Tenha-se em conta o disposto no n.º 4 do artigo 2.º do Acordo Antidumping.

Também é importante atentar na definição de produto similar, patente no n.º 6 do artigo 2.º do Acordo Antidumping: “No presente Acordo, pela expressão “produto similar” (like product) entende-se um produto idêntico, isto é, semelhante em todos os aspectos ao produto considerado ou, na ausência de tal produto, um outro produto que, embora não seja semelhante em todos os aspectos, apresente características muito idênticas às do produto considerado.”.

### **2.1.2. O prejuízo sofrido por produtores nacionais**

Como vimos, o dumping é condenável “se causa ou ameaça causar um prejuízo importante a uma produção organizada de uma parte contratante ou se retarda sensivelmente a criação de uma produção nacional” (n.º 1 do artigo VI do GATT). No Acordo Antidumping podemos ler na nota de rodapé n.º 9 do mesmo que “Para efeitos do presente Acordo pelo termo “prejuízo” entende-se, salvo indicação em contrário, um prejuízo importante causado a um ramo de produção nacional, uma ameaça de prejuízo importante para um ramo de produção nacional ou um atraso importante na criação de um ramo de produção nacional”. Vejamos em que consistem esses conceitos.

Segundo o n.º 1 do artigo 3.º do Acordo Antidumping “A determinação da existência de um prejuízo para efeitos do artigo VI do GATT de 1994, deve basear-se em elementos de prova positivos e incluir um exame objectivo a) do volume das importações objecto de dumping e do seu efeito nos preços dos produtos similares no mercado interno e b) da incidência dessas importações sobre os produtores nacionais desses produtos.” A determinação de um prejuízo importante para a produção nacional, segundo o n.º 1 do artigo 3.º do Acordo Antidumping passa assim pela análise do volume das importações, da sua evolução, do seu efeito em termos de preços sobre os produtos similares e sobre os produtores nacionais. Os números 2, 3, 4 e 6 do n.º 3 deste Acordo concretizam o modo de fazer esta análise.

Relativamente à ameaça de um prejuízo importante, o n.º 7 do artigo 3.º do Acordo Antidumping dispõe que: “A determinação de uma ameaça de prejuízo importante basear-se-á em factos e não apenas em alegações, conjecturas ou possibilidades remotas. A alteração das circunstâncias susceptíveis de criarem uma situação em que o dumping causaria prejuízo deve ser clara e iminente. Na determinação da existência de uma ameaça de prejuízo importante, as autoridades deveriam tomar em consideração, entre outros, os seguintes factores:

i) Uma taxa de crescimento significativa das importações objecto de dumping no mercado interno, indiciando a probabilidade de um aumento substancial das importações;

ii) Uma capacidade suficiente e livremente disponível do exportador ou aumento iminente e considerável da capacidade do exportador, indiciando a probabilidade de um aumento substancial das exportações objecto de dumping para o mercado do Membro importador, tendo em conta a disponibilidade de outros mercados de exportação susceptíveis de absorver quaisquer exportações suplementares;

iii) A possibilidade de as importações se efectuarem a preços que terão repercussões significativas sobre os preços internos, no sentido da sua depreciação ou contenção, e probabilidade de essas importações conduzirem a um crescimento da procura de novas importações; e

iv) As existências do produto objecto de inquérito.

Nenhum destes factores pode por si só proporcionar necessariamente uma orientação decisiva, mas a totalidade dos factores considerados deve permitir concluir que estão iminentes outras exportações objecto de dumping e que, caso não sejam tomadas medidas de defesa, ocorrerá um prejuízo importante.”.

É muito difícil conseguir provar que uma prática de dumping “retarda sensivelmente a criação de uma produção nacional” (n.º 1 do artigo VI do GATT), estando, pois, este “retardamento sensível” ou “atraso importante” reservado para casos onde manifestamente a produção nacional “se atrasou” devido a práticas de dumping perpetradas por outros países. Quanto à definição de ramo de produção nacional podemos encontrá-la no n.º 1 do artigo 4.º do Acordo Antidumping.

### **2.1.3. O nexo causal entre o dumping e o prejuízo**

Entre a prática de dumping e o prejuízo ao ramo de produção nacional é necessário demonstrar, ainda, a existência de um nexo de causalidade. Tal resulta do n.º 5 do artigo 3.º

do Acordo Antidumping, onde se dispõe que: “É necessário demonstrar que, através dos efeitos do dumping, tal como definido nos n.ºs 2 e 4, as importações objecto de dumping causam prejuízo na acepção do presente Acordo. A demonstração de um nexo de causalidade entre as importações objecto de dumping e o prejuízo ao ramo de produção nacional deverá basear-se numa análise de todos os elementos de prova pertinentes apresentados às autoridades. As autoridades examinarão também todos os factores conhecidos, para além das importações objecto de dumping, que estejam simultaneamente a causar um prejuízo ao ramo de produção nacional, não devendo os prejuízos causados por esses outros factores ser atribuídos às importações objecto de dumping. Os factores que poderão ser relevantes neste caso compreendem, entre outros, o volume e os preços das importações não vendidas a preços de dumping, a contracção da procura ou alterações nos padrões de consumo, práticas comerciais restritivas dos produtores estrangeiros e nacionais e concorrência entre eles, evolução tecnológica, bem como resultados das exportações e produtividade do ramo de produção nacional.”.

### 3. Conclusão

Com este artigo pretendemos analisar sinteticamente os direitos antidumping no quadro da OMC. O seu regime jurídico traduz um esforço coletivo das nações com vista a continuamente liberalizar o comércio internacional, sem, no entanto, permitir desvios que ponham em causa a livre concorrência. O dumping, quando prática desleal no comércio internacional, é um autêntico entrave não só ao comércio, como à produção, e pode provocar situações de conflito internacional que, num mundo de globalização como o que vivemos hoje, não se podem consentir.

#### **Bibliografia:**

CAMPOS, Luís Mota de e CAMPOS, João Luiz Mota de, *Manual de Direito Comunitário*, 6.ª edição, Coimbra Editora, 2010.

CARREAU, Dominique e JUILLARD, Patrick, *Droit International Économique*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1998.

MOTA, Pedro Infante, *O sistema GATT/OMC*, Almedina, 2005.

TEIXEIRA, Glória e CARVALHO, Ana Sofia, "Direitos anti-dumping e direitos compensadores", in AMORIM, José Campos (Coord.), *Planeamento e Evasão Fiscal*, Vida Económica, 2010.

## PATERNIDADE *PRÊT-À-PORTER*: UMA CRÍTICA À MONETARIZAÇÃO DO AFETO NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Doglas Cesar Lucas<sup>1</sup>

Pâmela Copetti Ghisleni<sup>2</sup>

**RESUMO:** Quanto mais individualistas se tornam as sociedades e as relações humanas, mais importância é atribuída ao amor como uma fonte suprema de felicidade e reconhecimento. Essa nova dinâmica das relações vai repercutir nas instituições mais antigas (e talvez sólidas) que a humanidade foi capaz de engendrar, como o casamento e a família, as quais desde então passam a se estruturar na ideia de amor, afeto e intimidade. Nesse cenário, este artigo pretende problematizar a noção de afeto a partir de um fenômeno contemporâneo extremamente recente: a exacerbação das demandas por indenização fundadas em abandono afetivo, especificamente no que diz respeito à paternidade. Ao impor o afeto como único alicerce possível da família contemporânea, o Direito faz com que o abandono afetivo surja como fonte de responsabilidade parental, posicionamento aqui problematizado a partir de pesquisa bibliográfica e breve relato jurisprudencial.

**Palavras-Chave:** Afeto; Direito; Família; Paternidade.

**ABSTRACT:** The more individualistic societies and human relations become, the more importance is attached to love as a supreme source of happiness and recognition. This new dynamic of relationships will have repercussions on the older (and perhaps solid) institutions that humanity has been able to engender, such as marriage and family, which have since become structured in the idea of love, affection and intimacy. In this scenario, this article intends to problematize the notion of affection from an extremely recent contemporary phenomenon: the exacerbation of the demands for indemnity based on affective abandonment, specifically with respect to paternity. By imposing affection as the only possible foundation of the contemporary family, law makes the abandonment of affection arise as a source of parental responsibility, a position here problematized from a bibliographical research and brief jurisprudential account.

**Key Words:** Affect; Law; Family; Paternity.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela UNISINOS e Pós-Doutor em Direito pela *Università Degli Studi di Roma Tre*. Professor dos Cursos de Graduação e de Mestrado em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ e do Curso de Graduação em Direito da Faculdade CNEC Santo Ângelo. Editor-Chefe da Revista Direito em Debate (B1). Contato: [doglasl@unijui.edu.br](mailto:doglasl@unijui.edu.br).

<sup>2</sup> Mestre em Direito, com ênfase em Direitos Humanos, pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da UNIJUÍ (2018). Atualmente, é membro da Comissão de Direitos Humanos da 23ª Subseção da OAB/RS e advogada. Contato: [pcghisleni@gmail.com](mailto:pcghisleni@gmail.com).

## 1. Algumas reflexões iniciais:

A expressão *prêt-à-porter* designa, em tradução literal do francês, “pronto para vestir”<sup>3</sup>. A escolha do título deste artigo – “paternidade *prêt-à-porter*” – justifica-se na medida em que o decisionismo dos tribunais brasileiros tem levado à cena jurídica uma imposição nunca antes vista: a paternidade “pronta para vestir” implica, hoje, necessariamente, o dever de afeto. É dizer, não basta cuidar e fornecer suporte material. Amar é um direito da prole e um dever do pai<sup>4</sup>.

O grande problema é que a paternidade é tudo, menos *prêt-à-porter*. Ao impor o afeto como único alicerce possível da família contemporânea, o decisionismo nos tribunais acaba por se imiscuir numa seara da qual é impossível se apropriar juridicamente. Ou seja, a paternidade (e mesmo a maternidade, com todos os seus mitos) não fazem surgir no seio familiar um afeto genuíno e espontâneo. Talvez ninguém queira, em sã consciência, negar afeto, mas o fato é que o Direito, por mais bem intencionado que seja, não consegue impô-lo a contragosto dos interessados e nem redirecioná-lo para outro objeto. Levado ao extremo, portanto, o princípio da afetividade faz com que a falta de sentimento se constitua em um dano a ensejar reparação civil.

Nessa perspectiva, é possível questionar: o Direito tem algo (relevante) a dizer sobre o afeto, especificamente no que diz respeito à paternidade? Até que ponto a imposição do afeto, como único fundamento possível da família, não se constitui em uma violência? Tais questões serão brevemente abordadas neste texto, a fim de fomentar a reflexão acerca das limitações do Direito que, cada vez mais, numa atitude que esbarra no narcisismo, se propõe a tudo regular e tudo dizer. Para tanto, abordam-se primeiramente as transformações do amor e do afeto e seus reflexos na família contemporânea. Após, pretende-se entender de que maneira o Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>5</sup> está engendrando a questão da afetividade, o que é feito a partir de dois julgamentos recentes da Quarta Turma daquela Corte<sup>6</sup>, os quais sinalizam para um posicionamento que é considerado pelos autores deste texto como o mais

---

<sup>3</sup> Oriunda do cenário da moda, a tendência é criação de Yves Saint Laurent, um dos nomes mais emblemáticos da história da alta costura.

<sup>4</sup> Embora por diversas vezes haja menção no presente artigo à expressão “pai”, não se desconhece que o abandono afetivo pode ser protagonizado por qualquer um dos genitores. Por outro lado, a prática jurídica revela que na maioria dos casos o abandono afetivo é atribuído à figura paterna.

<sup>5</sup> Criado pela Constituição Federal de 1988, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) é a Corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil. É de sua responsabilidade a solução definitiva dos casos cíveis e criminais que não envolvam matéria constitucional (atribuição do Supremo Tribunal Federal) ou a justiça especializada.

<sup>6</sup> As Turmas do STJ têm a incumbência de julgar, dentre outros casos, os recursos especiais sem caráter repetitivo. Questões relacionadas ao Direito de Família e Sucessões são atribuições da 3ª e da 4ª Turmas da Corte.

prudente a ser adotado no que diz respeito às demandas de ressarcimento por abandono afetivo.

## **2. A (in)capacidade do Direito de narrar o amor e o afeto: uma crítica ao decisionismo nos tribunais brasileiros:**

Por que o amor e o afeto se tornaram categorias tão fundamentais nas sociedades pós-industriais a ponto de atingir o sujeito em sua subjetividade e individualidade? Ou seria o amor, do modo como conhecemos hoje, uma instituição ahistórica? Para compreender esses questionamentos iniciais é necessário, antes de tudo, tecer algumas considerações sobre as transformações do amor ao longo da história, desde a Antiguidade até o mundo contemporâneo, a fim de que seja possível uma análise crítica a respeito de como tais metamorfoses repercutiram nas famílias.

A temática não é recente e as primeiras teorizações a respeito do amor de que se têm notícia remontam à filosofia grega clássica. “O Banquete”, de Platão (428-347 a.C.), pode ser considerado como a primeira discussão extensa do tema na filosofia ocidental. Nele, o amor emerge como a busca constante e incansável pela outra metade a fim de se restabelecer o todo antes cindido e, justamente por isso, o amor se origina da perda. Estamos aqui, conseqüentemente, próximos do amor como paixão, do *Eros*.

Não menos importante na abordagem sobre o amor foi Aristóteles (384-322 a.C.), pois emprestou especial relevância ao amor encontrado na *Philia*, consistente na amizade entre os indivíduos iguais.

Também são relevantes as contribuições feitas por Epicuro (341-270 a.C.) em sua “Carta sobre a Felicidade: a Meneceu”. Para o filósofo, a felicidade e o bem último da vida humana deve ser o prazer, vindo à luz o caráter hedonista de sua filosofia. Destarte, percebe-se que a filosofia grega, em boa medida, concebia o amor a partir de caracteres sexuais sublimados e generalizados, de modo que o amor transcende a existência humana materialmente considerada e adquire uma dimensão extramundana.

Na Idade Média, o cristianismo fortalece essa perspectiva de amor como algo que transcende a vida terrena. Nega-se a totalidade do ser enquanto entidade desejante e desejada e o sexo é apontado como luxúria, um dos sete pecados capitais. Assim compreendido, o corpo, em contraposição à mente, é o grande obstáculo na busca da perfeição espiritual que, por definição, é não sexual (e, portanto, não corporal) e transcende a carne (RICHARDS, 1993). Essa visão do cristianismo fez com que a Igreja regulasse o sexo inclusive no âmbito

do casamento, de modo que o matrimônio configura-se como o (único) espaço apropriado para a realização do amor, com o fim exclusivo de perpetuar a espécie. Mas se o cristianismo, por um lado castrou o sexo e o desejo, por outro elevou o amor a um patamar fundamental, o que ainda hoje tem resquícios muito profundos em nossa forma de amar, por mais contemporânea a emancipada que ela seja dos conceitos religiosos tradicionais.

E que consequências pode ter tido este fortalecimento de uma perspectiva metafísica do amor e das relações interpessoais, sobretudo para a família? Os casamentos eram arranjados e os pais manifestavam uma espécie de desinteresse em relação ao filho, já que o destino da descendência estava nas mãos de Deus. Além disso, acreditava-se que o amor e a paixão pecavam contra o matrimônio, o que significa dizer que o homem de inteligência razoável deve amar sua esposa com sensatez, e não com paixão (BECK; BECK-GERNSHEIM, 1998). Vivia-se, portanto, a tensão de corpos que exaltavam, por um lado, beleza e alegria e, por outro, ruína, culpa e perecimento (LE GOFF; TRUONG, 2005).

Se no medievo privilegiava-se uma espécie de amor *Ágape* atualizado, ao longo dos séculos XII e XIII consolida-se uma intensa transformação social que passa a valorizar a cortesia no trato com o outro. O *l'amour courtois* – fino, delicado e cheio de melindres – é ao mesmo tempo um sofrimento, protagonizado pelo cavaleiro que a tudo se submete e tudo faz pela sua dama<sup>7</sup>. A tragédia do amor cortês, portanto, é o que o torna belo. É querer a unidade do amante, o encontro com o outro, e não poder realizá-lo. Por um lado, destaca-se o amor-paixão, no sentido de que o amante sofre pelo seu desejo irrealizável. Por outro, laiciza-se a mulher, objeto de amor, também inalcançável. Não é exagero dizer, então, que o erotismo do amor cortês emerge justamente deste amor em suspensão (ou interrupção), irrealizável, impossível, cujo gozo, ainda que sensorial, não se dá no corpo.

Após o amor cortês, começa a se delinear o chamado amor romântico, reunindo vários dos elementos até aqui descritos. Posteriormente à Revolução Francesa, a aventura amorosa torna-se paulatinamente possível, tendo em vista que se enfraquece o sistema de casamentos arranjados (ROUDINESCO, 2003). Pouco a pouco, tornam-se inaceitáveis o casamento precoce (pré-pubertário) e o acasalamento entre homens e mulheres de gerações distintas. Nessa perspectiva, há uma tendência crescente de igualar o casal, privilegiando-se o amor em detrimento de quaisquer interesses outros de cunho utilitário. Essa ideia de amor romântico faz com que esposo e esposa se visualizem como colaboradores de um empreendimento emocional. Nele, o caráter sublime predomina sobre o ardor sexual típico

---

<sup>7</sup> Se for preciso, o amante morre por amor, o que traduz o sucesso de inúmeros romances no Ocidente, a exemplo das tragédias amorosas envolvendo “Tristão e Isolda” – que no mesmo dia morrem de amor, ele por ela, ela por ele – e “Os sofrimentos do jovem Werther”, de Goethe.

do amor apaixonado, que do ponto de vista da ordem e do dever social, é sempre (e ainda) perigoso.

Na Modernidade, em contrapartida, uma nova forma de relação matrimonial começa a surgir. Já não são mais famílias que se unem, mas duas pessoas (e por que não mais, como ocorre com os trisais?) que se amam e se elegem dentre as inúmeras possibilidades. A família, antes formada por um casamento de conveniência, agora assume uma relevante função na vida dos seus integrantes, não somente do ponto de vista privado, mas também no espaço público (FERRY, 2012). “A família moderna”, diz Ariès (1981, p. 189), “separa-se do mundo e opõe à sociedade o grupo solitário dos pais e filhos”. Essa nova dinâmica das relações introduziu no cerne do casamento o amor, antes reservado aos amantes. Portanto, a família passa a funcionar sob a lógica do par, em que dois indivíduos se unem em busca de relações íntimas ou realização sexual e pessoal.

Nessa perspectiva, o amor dá sentido à vida e funda a família moderna, o que não significa que o afeto brote naturalmente no seio familiar. Se por um lado isso parece libertador, por outro implica controle e fragilidade das relações. A possibilidade de liberdade para decidir vem acompanhada da obrigação relativamente às exigências internalizadas do mercado. Nesse sentido, as alegrias da paternidade e da maternidade trazem consigo as dores do autossacrifício (BAUMAN, 2004). “Lo que antes se hacía sin preguntar, hoy hay que hablarlo, razonarlo, negociar y acordar y, justamente por ello, siempre puede ser anulado. Todo se vuelve ‘discursivo’” (BECK; BECK-GERNSHEIM, 1998, p. 18).

Ainda que aumentasse a procura por práticas contraceptivas, o infanticídio e o abandono permaneciam, na ocasião, como dois meios comuns para controle da fecundidade. Isso evidencia que os filhos eram vistos, antes de tudo, como uma “coisa” dos pais. Essa realidade, contudo, muda na França a partir da Revolução e no restante da Europa no decorrer do século XIX. Com a redução da natalidade e as consequentes mudanças na dinâmica das famílias, “o filho deixava de ser uma coisa para se tornar, ele também, um sujeito integral” (ROUDINESCO, 2003, p. 99). Ele deixa de ser um acidente de percurso e torna-se um investimento na transmissão do patrimônio. Trata-se, agora, de um ser desejado que responsabiliza o pai e a mãe.

Contemporaneamente, a internet, em uma óbvia aliança com o capitalismo, alterou substancialmente os contornos das relações interpessoais ao resignificar (quando não aniquilar) as noções de tempo e espaço. Com efeito, a internet faz o espaço desaparecer; o tempo presentifica-se, isto é, torna-se instantâneo. Trata-se, portanto, de uma mutação



histórica, nunca antes vista, no que diz respeito aos modos de ser e estar no mundo, que reverbera, obviamente, nos modos de amar do sujeito contemporâneo.

O fato é que a introdução da afetividade e do amor no seio familiar fez com que a família passasse “a desempenhar um papel ainda mais crucial para a constituição de novas narrativas da identidade, por estar na própria origem do eu e por ser aquilo de que ele precisava se libertar” (ILLOUZ, 2011, p. 16). As expectativas hoje são outras e, se há lugar para o amor, temos de admitir que há lugar também para a agressão e, talvez em uma projeção pior ainda, para a indiferença. É que esse amor moderno não se pode alcançar sem algumas contrapartidas amargas: decepção, ódio, rancor, amargura, tristeza. O fato de que os pais voltem todas as suas atenções para o filho constitui também uma exigência permanente para a criança. Ou seja, se antes o filho devia aos pais respeito e obediência, hoje a súplica cotidiana é por amor e, em contrapartida, os pequenos fornecem suporte emocional aos pais em meio ao mundo caótico e conturbado no qual vivem. O filho confronta o pai e a mãe com sua própria história de vida (BECK; BECK-GERNSHEIM, 1998).

Mas se o amor moderno é um sentimento que se fundamenta em si mesmo, ou seja, somente nos sujeitos que o vivenciam, então talvez “el no amar no es una infracción de las leyes, no es un acto criminal, aunque con ello se hiera la vida de otros más profundamente que con un robó o una lesión” (BECK; BECK-GERNSHEIM, 1998, p. 302). Logo, quem sacrifica o matrimônio, a família, a paternidade e, ao fim e ao cabo, o bem-estar “dos seus”, talvez não esteja cometendo crime ou pecado, pois está cumprindo a lei da autorrealização, mandamento primeiro da sociedade moderna e que já era anunciado por Aristóteles na Antiguidade sob a fórmula do amor-próprio e do autoconhecimento. “El amor no se puede forzar”, dirão Beck e Beck-Gernsheim (1998, p. 302). Juristas convictos, a seu turno, dirão que “os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar” e falarão em “reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado” (DIAS, 2006, p. 61). Eis aí uma batalha teórica de gigantes, e o Direito parece estar, enfim, entendendo sua desvantagem neste grande embate intelectual.

“Si hay que tener hijos, deben ser hijos deseados”. Se Beck e Beck-Gernsheim (1998, p. 198) têm razão, não se admite mais, no âmbito de uma sociedade que fez da paternidade um método consciente e calculado, que um filho gerado não seja amado, não seja querido. Diante dessa circunstância, aumentam as demandas de indenização por abandono afetivo, no sentido de que a falta de afeto implica afronta ao patrimônio moral do filho. Ou seja, não basta o apoio material ou alimentar, tornando-se imprescindível para o salutar desenvolvimento psíquico e emocional do sujeito uma convivência calcada acima de tudo no

afeto. A fim de abordar do ponto de vista prático o tema até então delineado, analisam-se a seguir dois julgamentos recentes da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, os quais dão conta de enfatizar um posicionamento que, na percepção dos autores deste texto, parece ser o mais adequado a se adotar no que diz respeito à indenização por abandono afetivo<sup>8</sup>.

No primeiro caso escolhido, a recorrente (e filha) interpôs o Recurso Especial (REsp) nº 1.579.021-RS, de Relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 19/10/2017, em virtude de acórdão exarado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, apesar de reconhecer a ausência de afeto e cuidado por parte do genitor, afastou a correspondente indenização por danos morais em razão de jamais ter havido convivência entre pai e filha.

A Ministra assevera, situando o debate, que não está em julgamento a questão moral ou religiosa. Pontua, também, que não se trata de compreender os complexos arranjos psicológicos evidenciados na relação ente pais e filhos, mas antes “de definir se o ordenamento jurídico estabelece o dever de ‘cuidar afetuosamente’, cujo descumprimento dê causa à postulada indenização por abandono afetivo” (BRASIL, 2017a, p. 05). No caso em tela, a Ministra filiou-se ao entendimento de que inexistente dever jurídico de amor e de fato, o que implica reconhecer que não há dever jurídico de cuidar afetivamente. Não há que se falar, portanto, em comportamento que gere dano indenizável com base no art. 186 do Código Civil brasileiro. Além disso, asseverou que a forma de convivência familiar deve ser decidida no âmbito das famílias e não regulada ou imposta pelo Estado, o qual deve limitar-se a observar os deveres jurídicos de sustento, guarda e educação dos filhos (BRASIL, 2017a).

Ainda, em ratificação do voto, a Ministra reafirmou entender que

o dever de cuidado não requer seja o cuidado provido afetuosamente, ou sequer pessoalmente pelo titular do pátrio poder. Se providas satisfatoriamente as condições de subsistência, guarda e educação do menor, pessoalmente pelos pais, ou por meio de colégio interno, por exemplo, ao qual seja pelo genitor confiada a sua educação e cuidado, penso que as vicissitudes da vida familiar não acarretam indenização monetária, mesmo que a título de dano moral (BRASIL, 2017a, p. 44).

Em virtude da situação brevemente narrada, em que a indenização é postulada apenas e tão somente em decorrência do alegado abandono afetivo, o pedido da filha de ser ressarcida por supostos danos morais foi indeferido.

---

<sup>8</sup> Não se pode deixar de mencionar que na 3ª Turma do STJ é dominante a percepção segundo a qual, em hipóteses excepcionais, de gravíssimo descaso em relação ao filho, é possível arbitrar indenização por abandono afetivo. Um exemplo desse posicionamento é o *leading case* cujo voto relator é da lavra da Ministra Nancy Andrighi, entendendo que o abandono afetivo decorrente da omissão do genitor no dever de cuidar da prole é elemento suficiente para caracterizar dano moral a ser reparado (BRASIL, 2012).

No segundo caso, a seu turno, REsp nº 1.087.561-RS, de Relatoria do Ministro Raúl Araújo, julgado em 13/06/2017, reconheceu-se que a omissão voluntária e injustificada do pai quanto ao amparo material do filho gera danos morais passíveis de compensação pecuniária. É bom esclarecer que este último caso trata, na verdade, de indenização por danos morais em virtude de abandono não efetivamente afetivo, mas material. Inclusive, o Ministro Relator deixou claro que é contrário, assim como a Ministra Gallotti, à tese da responsabilidade civil por abandono estritamente afetivo.

No presente caso, extrai-se dos autos que o autor da demanda indenizatória vive em estado de miserabilidade, ao passo em que “o pai possui 1.440 hectares de terras, onde explora plantação de arroz, imóvel na cidade do Rio de Janeiro, terrenos e várias cabeças de gado” (BRASIL, 2017b, p. 04). Isso significa que o abandono material e afetivo de filho, desde que voluntário e sem justificativa, reflete violação dos deveres decorrentes da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, que os posiciona no ordenamento jurídico como sujeitos de direito e não apenas como objetos do poder familiar (BRASIL, 2017b).

Dos breves apontamentos transcritos relativamente aos dois casos narrados, percebe-se que vem prevalecendo na 4ª Turma do STJ o entendimento segundo o qual o Direito de Família é regido por princípios muito particulares, que afastam a responsabilidade civil extracontratual decorrente de ato ilícito. No plano material, noutro passo, a obrigação jurídica dos pais, consistente na prestação de alimentos, pode ser remediada em caso de descumprimento com a perda do poder familiar e outros instrumentos fornecidos até mesmo pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por conseguinte, acredita-se que, pelo menos do ponto de vista da técnica jurídica, o princípio da afetividade não tem viabilidade científica. Inexiste, até o momento, legislação específica no ordenamento jurídico brasileiro que trate expressamente da questão do abandono afetivo, e ainda que houvesse legislação tratando da matéria, é preciso admitir que apesar das boas intenções, a inclusão explícita do princípio da afetividade no corpo constitucional e legal limita-se a trazer riqueza do ponto de vista conceitual e gramatical, mas não substancial, pois vazia de significados que poderiam alterar faticamente a vida dos sujeitos. É um direito que diz o óbvio. E deste direito, talvez não precisemos.

Trata-se, portanto, de um discurso de cunho retórico-corretivo que está intimamente relacionado às práticas jurídicas brasileiras e cuja consequência é o uso desmedido de *standards* argumentativos que, não raro, são utilizados para burlar o que ficou decidido pela produção democrática (e, é bom dizer, constitucionalmente adequada) do Direito, em termos legislativos (STRECK, 2011). É nesse marco normativo (lacunoso) que se insere a discussão

acerca do princípio da afetividade, pelo menos do ponto de vista defendido neste artigo, que se constitui em uma crítica à judicialização e à monetização do afeto.

#### 4. Considerações para (não) concluir:

A título de considerações finais, é possível destacar que a ideia de princípio da afetividade relaciona-se intrinsecamente com três temas centrais: o reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo, a reparação financeira em razão de abandono afetivo e, por fim, o reconhecimento jurídico da multiparentalidade. A crítica deste estudo dirigiu-se à segunda consequência, consubstanciada na monetização das relações interpessoais.

Parece razoável, para os autores deste breve estudo, o entendimento que vem sendo adotado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual não existe respaldo jurídico-legal para a responsabilidade civil do pai por abandono afetivo do filho. Por outro lado, a depender das circunstâncias, como no caso do REsp nº 1.087.561-RS, é possível arbitrar indenização por danos morais nos casos em que restar cabalmente comprovado que o genitor, dotado de possibilidades financeiras de prover o sustento do filho, não o faz por mero capricho. E isso, é bom dizer, em muito difere do abandono afetivo.

O problema que se coloca, na verdade, é sobre os limites do princípio da afetividade. Não demora muito e vamos presenciar demandas por indenizações por abandono afetivo dos cônjuges (sendo que o Direito extirpou a culpa do Direito de Família em 2010 com a Emenda Constitucional nº 66). O que fariam, na sociedade contemporânea, os trágicos amantes não correspondidos do amor-cortês? É pouco crível que eles postulariam em juízo o ressarcimento pelo amor não correspondido. O amor-cortês, intenso e guloso que é, não se contenta com as migalhas, com o bagaço da laranja. Nós contemporâneos, que tanto queremos do mundo, da vida e dos outros, quiçá devêssemos fazer a mesma coisa. Ou não, mas aí seríamos obrigados a concordar com Nelson Rodrigues e admitir que “o dinheiro compra tudo, até amor verdadeiro”.

#### 5. Referências:

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Tradução de Dora Flaksman. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos Ed., 1981.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. In: Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BECK, Ulrich; BECK-GERNSHEIM, Elisabeth. **El normal caos del amor**. Barcelona: El Roure Ed., 1998.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão no Recurso Especial nº 1.159.242-SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 24/4/2012 (2012). Disponível em: <<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num\\_registro=200901937019&data=20120510&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=PDF)>>. Acesso em: 13 maio 2019.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão no Recurso Especial nº 1.579.021-RS. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 19/10/2017 (2017a). Disponível em: <<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1613362&num\\_registro=201600111968&data=20171129&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1613362&num_registro=201600111968&data=20171129&formato=PDF)>>. Acesso em: 13 maio 2019.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão no Recurso Especial nº 1.087.561-RS, de Rel. Min. Raúl Araújo, julgado em 13/06/2017 (2017b), Disponível em: <<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1575353&num\\_registro=200802013280&data=20170818&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1575353&num_registro=200802013280&data=20170818&formato=PDF)>>. Acesso em: 13 maio 2019.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

EPICURO. **Carta sobre a felicidade**: a Meneceu. Tradução de Álvaro Lorencini e Enzo Del Carratore. São Paulo: Ed. UNESP, 2002.

FERRY, Luc. **A revolução do amor**: por uma espiritualidade laica. Tradução de Vera Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

ILLOUZ, Eva. **O amor nos tempos do capitalismo**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

LE GOFF, Jacques; TRUONG, Nicolas. **Una historia del cuerpo en la Edad Media**. Barcelona: Paidós, 2005.

PLATÃO. **Diálogos**: o banquete. Tradução de José Cavalcante de Souza. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1972.

RICHARDS, Jeffrey. **Sexo, desvio e danação**. As minorias na idade média. Tradução de Marco Antonio Esteves da Rocha e Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.

ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011.

## MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL (MEI) NO BRASIL: ASPECTOS SOBRE O DESENVOLVIMENTO SOCIAL E ECONÔMICO

Carlos Eduardo Aporcino Veiga Nunes<sup>1</sup>

**RESUMO:** Este estudo tem por objetivo demonstrar o surgimento do Microempreendedor Individual diante do cenário da informalidade no trabalho que se desenvolveu no Brasil. Para tanto, através da análise documental, de forma quantitativa, analisa-se os princípios constitucionais econômicos e o surgimento da Lei Complementar nº 128/08 que regulamenta tal instituto. Buscou também demonstrar a importância do Estado como ente que possui como fator principal a introdução de políticas públicas de incentivo como forma de desenvolvimento humano e econômico.

**Palavras-chaves:** Microempreendedor Individual – Desenvolvimento – empreendedorismo – Políticas Públicas.

**ABSTRACT:** This study aims to demonstrate the emergence of the individual microentrepreneur in the face of the informal work scenario that developed in Brazil. In order to do so, through documentary analysis, in a quantitative way, we analyze the constitutional economic principles and the emergence of the complementary law 128/08 that regulates such institute. Also sought to demonstrate the importance of the state as a body that has as its main factor the introduction of public policies of incentive as a form of human and economic development.

**Key words:** individual microentrepreneur – development - Entrepreneurship- public policies.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho concentra-se na análise da atividade empresária desenvolvida pelos microempreendedores individuais (MEI). O estudo se desenvolve a partir dos princípios da Constituição de 1988 e da Lei Complementar 128/2008, que introduziu a figura do MEI no ordenamento jurídico brasileiro.

A relevância da pesquisa está no fato de que o empreendedorismo atrai o emprego formal, além de ser uma forma de crescimento da vida individual que reflete diretamente no desenvolvimento humano e social dos indivíduos. Portanto, empreender não se configura como apenas uma forma de ganhar dinheiro, mas sim como uma fonte de promoção da

---

<sup>1</sup> Graduando da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios (UFRRJ/ITR). Email: carlos.aporcino@hotmail.com

qualidade de vida pessoal e profissional. O empreendedor é motivado pela necessidade de atingir algo, de fazer, de realizar e de ser independente de outros.<sup>2</sup>

No Brasil, estudos mostram que empreender, assim como a criação de pequenos negócios, possibilita o crescimento da economia e o desenvolvimento do País. O que demonstra que mesmo com a atual crise financeira e falta de investimentos da categoria empresária, os brasileiros estão envolvidos com algum tipo de negócio de forma direta ou indireta. A pesquisa realizada pela Global Entrepreneurship Monitor Executive destacou que de cada 10 brasileiros, 4 são empreendedores, indicando que esse ramo não só cresceu no Brasil, mas também demonstra que quase metade dos brasileiros são envolvidos com atividades empresariais.<sup>3</sup>

Ainda de acordo com a Global Entrepreneurship Monitor Executive a necessidade e oportunidade são fatores essenciais no que tange a motivação dos empreendedores. Ou seja, por necessidade e por não possuírem outras alternativas de emprego, os indivíduos se dispõem a criar negócios para gerar rendimentos para sua subsistência. Destarte surge a oportunidade de ter uma chance no mercado com os incentivos das políticas públicas.

A pesquisa realizada foi dividida em dois itens, sendo que no primeiro estuda-se a o surgimento do Microempreendedor Individual (MEI) dentro do cenário do desenvolvimento econômico brasileiro, seguindo-se para a apreciação da formalização e suas principais atividades.

No segundo item, o estudo é voltado para os princípios constitucionais que regem a ordem econômica previstos na Constituição de 1988 e o papel do Estado como fomentador de políticas públicas voltadas para o Microempreendedor Individual.

Por fim, com relação à sistemática da investigação, foi sugerido o estudo sobre a fomentação do tratamento diferenciado para o Microempreendedor Individual, sobretudo sobre o aspecto da sua importância social e econômica trazendo à tona a relevância de sua formalização, tendo como fontes previstas para o alcance dos objetivos: a Constituição Federal; a legislação brasileira; jurisprudência e a doutrina brasileira.

---

<sup>2</sup> FERREIRA, Manuel Portugal; SANTOS, João Carvalho; SERRA, Fernando A. Ribeiro. **Ser empreendedor: Pensar, criar e moldar a nova empresa**. 1 ed. Saraiva, 2010. Passim.

<sup>3</sup> GEM – **Global Entrepreneurship Monitor Executive Report. 2016**, disponível em <<https://www.gemconsortium.org/economy-profiles/brazil>> Acesso em 15, mai, 2019.

## **1. A figura do Microempreendedor Individual (MEI) no Brasil: surgimento, regulamentação e atividade.**

No ano de 2008 foi sancionada a Lei Complementar 128/08 que modificou aspectos relevantes sobre a formalização dos negócios. Objetivando trazer a legalidade e gerar tributação para milhares de pessoas em situação de informalidade, trazendo à tona a figura do Microempreendedor Individual (MEI).<sup>4</sup> Nestes termos, de modo geral, aquele que possui faturamento bruto de, no máximo, R\$ 81 mil ao ano pode se enquadrar em tal categoria. Além disso, com atuação em mais de 490 atividades, estas são divididas em diversos campos ligados ao comércio, à indústria e a prestação de serviços. Após a formalização surge uma série de benefícios que podem incentivar a formação de microempreendedores.<sup>5</sup>

A constituição de um MEI garante ao empreendedor a possibilidade de ter o Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) e também de adquirir benefícios previdenciários. Ademais, este cadastro possibilita a abertura de conta como pessoa jurídica, solicitar máquina de cartão de crédito com juros mais atrativos. Além disso, de acordo com o sítio da Fazenda Federal o Microempreendedor Individual (MEI) pode solicitar o ingresso no sistema de recolhimento em valores fixos mensais dos tributos abrangidos pelo Simples Nacional (SIMEI). Assim, para as empresas que iniciam suas atividades a realização da opção pelo Simples Nacional e enquadramento no SIMEI ocorrerá simultaneamente à inscrição no CNPJ<sup>6</sup>, isentando do pagamento de tributos federais.

Consideram-se, assim, como vantagens decorrentes da oficialização os benefícios legais, destacando-se o previdenciário. Nestes termos, exemplificando, o empreendedor ficará assegurado em casos de afastamento por doença, aposentadoria por idade ou por morte, e a família terá direito a pensão por morte e auxílio reclusão. Outro benefício importante é o que trata da contabilidade. Em suma, quem é Microempreendedor Individual (MEI) não precisa contar com a escrituração fiscal e contábil da mesma forma que uma empresa tradicional, um exemplo disso é a não obrigação de realizar escrituração dos livros de caixa e razão. Contudo, mesmo não possuindo toda essa formalidade contábil, não

---

<sup>4</sup> BRASIL, Lei Complementar 128, disponível em < <https://legis.senado.leg.br/norma/572883> > Acesso em 20 de mar. 2019.

<sup>5</sup>SEBRAE, **Guia completo para o Microempreendedor Individual com alterações da Lei Geral**. Disponível em <[http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/BA/Anexos/guia\\_do\\_microempreendedor\\_\(2\).pdf](http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/BA/Anexos/guia_do_microempreendedor_(2).pdf)> acesso em 20 de mar.2019.

<sup>6</sup> RECEITA FEDERAL disponível em < <http://www8.receita.fazenda.gov.br/simplesnacional/noticias/NoticiaCompleta.aspx?id=62d6dd3a-f2c3-47ee-a392-f6a714bc6eea> > Acesso em 15, mai, 2019.



significa que o faturamento deva ser desorganizado, posto que o Microempreendedor deve declarar o seu faturamento anualmente.<sup>7</sup>

No que tange ao seu sistema tributário de acordo com o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE) o recolhimento dos impostos para os microempreendedores individuais é realizado unificadamente pelo regime do Simples Nacional, disponível sítio do SIMEI. Assim, formalizada a atividade e realizado o pagamento do Documento de Arrecadação Mensal do Simples Nacional (DAS) que possui um valor fixo de taxas mínimas por mês, de acordo com a atividade.<sup>8</sup>

Em que pese tenha-se ocorrido à criação da Lei Complementar 128/2008, posteriormente, foram realizadas algumas alterações legislativas. Uma delas surgiu com a Lei Complementar 147/2014 que extinguiu a obrigação de registro na Guia de Recolhimento do FGTS, informações à Previdência Social e o recolhimento da cota patronal de 20% pela empresa contratante de serviços do Microempreendedor Individual para os empreendedores que utilização da atividade de prestação de serviços de: hidráulica, eletricidade, pintura, alvenaria, carpintaria e de manutenção ou reparo de veículos.

Tal alteração possibilitou a criação de um incentivo para a contratação de profissionais regularizados como Microempreendedor individual. Incluindo-se também como atividades a de cuidadores de animais, diaristas, profissionais da área de segurança e da área de transporte.<sup>9</sup>

O empreendedorismo é de suma importância para o desenvolvimento da economia do País, posto que é por meio deste que o Microempreendedor Individual adquiri espaço na economia sendo uma alternativa de renda para muitas famílias.

Em meio ao cenário de desemprego, inflação e retração do Produto Interno Bruto, nos anos de 2015 e 2016 a situação econômica do Brasil considerava-se grave. Os problemas econômicos geravam, por consequência, problemas sociais, dentro os quais se destacam a diminuição do consumo, dos investimentos e da confiança entre os investidores. Houve assim uma queda de produção que influenciou diretamente no aumento do desemprego e crescimento dos índices de falências, configurando-se um declínio na atividade econômica.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> SEBRAE, **Guia completo para o Microempreendedor Individual – com alterações da Lei Geral**. Disponível em <[http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/BA/Anexos/guia\\_do\\_microemp\\_reendedor\\_\(2\).pdf](http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/BA/Anexos/guia_do_microemp_reendedor_(2).pdf)> acesso em 20 de mar.2019.

<sup>8</sup> SEBRAE, **Perfil do Microempreendedor Individual 2017**. Disponível em <<https://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2018/03/Perfil-do-Microempreendedor-Individual-2017-v10.pdf>> acesso em 20 de mar.2019.

<sup>9</sup> *Idem*.

<sup>10</sup> SANDRONI, Paulo. **Novíssimo dicionário de economia**. 8 ed. São Paulo: Best Seller, 2002.passim.

Contudo, apesar de encontra-se em um cenário econômico recessivo, no ano de 2016, o Brasil ocupara a nona posição entre os países com avanço na industrialização e ganhos em escala com o resultado de 19,6% do impulso e eficiência. Essa percentagem representa, com base nos dados das projeções da população brasileira estabelecida pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, 26 milhões de brasileiros envolvidos com uma atividade empreendedora.<sup>11</sup>

A partir dos dados fornecidos pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE) pode-se constatar que o número de micro e pequenos empreendimentos vêm crescendo ao longo dos últimos anos no Brasil e estes surgem, em sua maioria, na forma de Microempreendedor Individual.

Em julho de 2009, de acordo com a pesquisa realizada pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE), houve uma evolução na formalização da figura do microempreendedor, havendo uma movimentação no sentido do aumento de novos registros. Consta na pesquisa que no período de julho de 2009 a 31 de dezembro de 2016 foram registrados no Brasil cerca 6.649.896 Microempreendedores Individuais.

No que se refere às atividades registradas, no âmbito nacional, a mais comum entre os Microempreendedores Individuais é o comércio varejista de artigos de vestuário e acessórios, que é exercida por mais de 550 mil empreendedores, ou seja, mais de 10% do total de Microempreendedores no Brasil. Outras atividades frequentes são a de cabelereiros (7,6%), obras de alvenaria (4,1%) e as lanchonetes ou similares (2,8%).<sup>12</sup>

Pode-se verificar que a principal razão para o aumento da formalização como Microempreendedor entre os trabalhadores por conta própria e os empreendedores informais relacionam-se com a amplificação dos benefícios e vantagens obtidos por meio da oficialização. Tendo em vista que havendo uma política pública que possibilita a diminuição do trabalho informal oferecendo benefícios para sua formalização surge um efeito de formalização que gera um impacto social, sobretudo como meio de mudança do empreendedorismo no Brasil.

---

<sup>11</sup> IBGE. **Pesquisa nacional por amostras de domicílios.** Disponível em: <<https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2015/default.shtm>>. Acesso em: 21 abr. 2019.

<sup>12</sup>SEBRAE, **Perfil do Microempreendedor Individual.** Disponível em <<https://datasebrae.com.br/perfildomicroempreendedorindividual/#atividades>> acesso em 20,abril, 2019.

## 2. O papel funcional do Estado para o mercado: princípios constitucionais econômicos.

A ordem econômica brasileira se baseia em dois fundamentais essenciais: a valorização do trabalho e a livre iniciativa. Seu principal objetivo é pautar a atividade empresaria nos preceitos constitucionais para que esta possa ser melhor usufruída pelos indivíduos.

O princípio da livre iniciativa, ou da liberdade econômica, garante que os agentes econômicos tenham acesso ao mercado e possam nele permanecer. Ou seja, é uma liberdade de se lançar em uma atividade e desenvolvê-la.<sup>13</sup> Por outro lado, o princípio da livre concorrência reforça a tese de que as empresas são livres para concorrer na medida em que façam isso por meio de práticas comerciais lícitas e transparentes, com caráter de igualdade.<sup>14</sup>

Não há, portanto, um modelo de concorrência perfeito, tendo em vista que este se verifica na medida em que for possível se desdobrar os atos que beneficiam os consumidores. E estes atos são realizados com o principal intuito de angariar clientes.

A valorização do trabalho, ou a busca pelo pleno emprego, por sua vez, insere-se nos princípios da ordem econômica cristalizando-se no artigo 170, VIII, da Constituição Federal/1988. Caracteriza-se como um dos instrumentos para a realização da função social da propriedade, aqui entendida como empresa, tendo em vista que ao proporcionar o emprego efetivo ao trabalhador obedecerá aos seus preceitos. Conquanto, entende-se que é o trabalho faz com que o indivíduo conquiste não apenas os meios de sua subsistência, mas também exercesse seu papel social na forma de um cidadão que coopera com o crescimento econômico e social do país.

A valorização do trabalho humano, como forma de direito social ao trabalho, é garantida pelo artigo 6º, caput, da Constituição Federal. A busca pelo emprego torna-se um princípio diretivo, especialmente no sentido de propiciar trabalho a todos quantos estejam em condições de exercer uma atividade produtiva. Dessa forma, pode-se dizer que a ordem econômica se pauta na valorização do trabalho humano. Nestes termos, o trabalho é a base

---

<sup>13</sup> FORGIONI, Paula A. **A evolução do Direito Comercial Brasileiro**, 3ª ed, Revista dos Tribunais LTDA: São Paulo, 2016, p. 45.

<sup>14</sup> A noção tradicional de concorrência pressupõe uma ação desenvolvida por um grande número de competidores, atuando livremente no mercado de um mesmo produto, de maneira que a oferta e a procura provenham de compradores ou de vendedores cuja igualdade de condições os impeça de influir, de modo permanente ou duradouro, no preço dos bens ou serviços. (VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 27).

para o sistema econômico e deve ser tratado como principal fator de produção pois proporciona riqueza e rendas.<sup>15</sup>

Consequentemente, o trabalho é a forma instrumentalizada de atividade do homem denominada pela relação meio/fim que possui como produto aquilo que o trabalhador fabrica e coloca no mundo.<sup>16</sup>

No que se refere às empresas de pequeno porte, a nossa Carta Maior, em seu artigo 170, assegura o tratamento favorecido constado no inciso IX. Este princípio, do tratamento favorecido a pequenas empresas, traduz-se como um valor constitucional que direciona a atividade econômica com fim de promover oportunidades concretas de inclusão no mercado de pequenos empreendedores. Dessa maneira, o artigo 170 da mesma norma demonstra a importância dessa categoria no cenário econômico nacional e impõe ao Estado que promova políticas de incentivos para manutenção desse ramo da atividade econômica.

Os pequenos empreendimentos têm influenciado diretamente na economia brasileira alcançando índices elevados. Sobretudo após a edição de normas visando a simplificação das obrigações tributárias, previdenciárias e a facilitação do crédito, além da função de retirar da informalidade os empreendedores. Assim, fomenta-se um mercado mais democrático e equilibrado baseado no princípio da isonomia<sup>17</sup>.

Nesta lógica, entende o Supremo Tribunal Federal que a intervenção do Estado na economia é de crucial importância. Sobretudo no que se refere à concessão de benefícios fiscais para as empresas de pequeno porte. Tal fato gera oportunidade para elevar o número de empresas e para incentivar a regularização dos empreendimentos informais. Além de tudo, é evidente que diante do crescimento das empresas multinacionais e de sua influência no ramo de atuação, na produção e na circulação e prestação de bens e serviços, elas possuem

---

<sup>15</sup> SILVA, Américo Luís Martins da. **A ordem constitucional econômica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 166.

<sup>16</sup> Neste sentido, diz Tércio Sampaio: (...) pelo trabalho, o homem acresce a natureza, ao mudá-la conforme os seus propósitos. O trabalho, assim, humaniza a natureza, criando o mundo humano, o mundo das coisas permanentes que o homem criou como realidade objetiva. A valorização do trabalho liga-se, deste modo, à valorização dessa autorrealização do artifício humano que guarda, no seu íntimo, o sentido da liberdade. Trabalho, assim, é início, livremente disposto, e fim, produto acabado ao cabo de um processo, que todos podem perceber e sentir como algo que não havia e passou a existir. Nesse sentido, apanágio da cidadania. (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Direito e Cidadania na Constituição Federal**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev1.htm>>. Acesso em: 15 março, 2019).

<sup>17</sup> SEBRAE, **Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. Sobrevivência das Empresas no Brasil**. Disponível em: <[http://bis.sebrae.com.br/GestorRepositorio/ARQUIVOS\\_CHRONUS/bds/bds.nsf/93772f4f62b0716c573d3a9ed5a6a3aa/\\$File/4456.pdf](http://bis.sebrae.com.br/GestorRepositorio/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/93772f4f62b0716c573d3a9ed5a6a3aa/$File/4456.pdf)>. Acesso em: 13, abril, 2019.

forte dominação no mercado, dificultando muito a sobrevivência das microempresas e das empresas de pequeno porte.<sup>18</sup>

Por este motivo o tratamento diferenciado das microempresas e empresas de pequeno porte surge como forma de promover o equilíbrio da ordem de concorrência, na medida em que possibilita a permanência no mercado para essas empresas. Ademais, é notório que o papel das micro e pequenas empresas para a promoção do crescimento e desenvolvimento econômico no País é de extrema importância. Portanto, incentivar a livre iniciativa reforça a importância dessas empresas na ordem econômica de forma a dar cumprimento aos seus preceitos fundamentais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

É evidente que a formalização do Microempreendedor Individual no Brasil é um fator primordial para o aumento de faturamento. De acordo com o SEBRAE uma característica percebida de forma bem explícita desde 2015 é que a alta taxa de desemprego tem impacto direto na quantidade de microempreendedores. Considerando que quando o trabalhador se vê sem emprego e sem oportunidades, opta por abrir um microempreendimento.<sup>19</sup>

O empreendedorismo engloba muito mais do que apenas a necessidade de ter uma renda, é importante para sua distribuição e movimentação do mercado para gerar empregos. Dessa maneira, a partir de dados da Receita Federal, o SEBRAE elaborou um gráfico com a previsão para 2022 do número de empreendimentos do Microempreendedor Individual totalizando cerca de 12,9 milhões de novos negócios e conseqüentemente a geração de oportunidades de emprego.

Percebe-se que o microempreendedorismo cresceu cerca de 14,4% em fevereiro de 2018, se comparado com fevereiro de 2017. No que se refere ao crescimento por setor o de serviços é sempre o mais afetado.

Com fundamento nos estudos apresentados, pode-se dizer que a legislação foi criada com o intuito principal de desburocratizar a abertura e o fechamento de empresas estimulando a saída dos brasileiros empreendedores da informalidade para que estes aproveitem os benefícios da formalização. Sendo assim, empreender é comum entre os

---

<sup>18</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 1.643**. Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 5122003, Plenário, DJde1432003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 13 març 2019.

<sup>19</sup>SEBRAE, Perfil do Microempreendedor Individual 2017. Disponível em <[https://datasebrae.com.br/wpcontent/uploads/2018/03/Perfil-do-Microempreendedor-Individual\\_2017v10.pdf](https://datasebrae.com.br/wpcontent/uploads/2018/03/Perfil-do-Microempreendedor-Individual_2017v10.pdf)> acesso em 20 de març.2019.

brasileiros, contudo muitas pessoas quando o fazem desconhecem das facilidades geradas pela formalização o que torna a atividade mais árdua.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, **Lei Complementar 128**, disponível em <<https://legis.senado.leg.br/norma/572883>>. Acesso em 20 de març. 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 1.643**. Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 5122003, Plenário, DJde1432003. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 13 març 2019.

Disponível em <<https://tribunademinas.com.br/colunas/bom-para-negocios/08-05-2018/importancia-da-profissionalizacao-do-mei-para-economia-nacional.html>> acesso em 20, març, 2019.

Disponível em <<http://www.leigeral.com.br/novidades/detalhes/6944-rj-em-tres-rios-rj-pequenos-fazem-milagre>> Acesso em 20, març, 2019.

FERREIRA, Manuel Portugal; SANTOS, João Carvalho; SERRA, Fernando A. Ribeiro. Ser empreendedor: Pensar, criar e moldar a nova empresa. ed. Saraiva, 2010.

FORGIONI, Paula A. A evolução do Direito Comercial Brasileiro, 3ª ed, Revista dos Tribunais LTDA: São Paulo, 2016.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Direito e Cidadania na Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.pge.sp.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev1.htm>>. Acesso em: 15 març, 2019.

GEM – Global Entrepreneurship Monitor Executive Report. 2016, disponível em <<https://www.gemconsortium.org/economy-profiles/brazil>> Acesso em 15, mai, 2019.

IBGE. **Pesquisa nacional por amostras de domicílios**. Disponível em: <<https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2015/default.shtm>>. Acesso em: 21 abr. 2019

RECEITA FEDERAL disponível em <<http://www8.receita.fazenda.gov.br/simplesnacional/noticias/NoticiaCompleta.aspx?id=62d6dd3a-f2c3-47ee-a392-f6a714bc6cea>> Acesso em 15, mai, 2019.

SANDRONI, Paulo. Novíssimo dicionário de economia. 8 ed. São Paulo: Best Seller, 2002.

SEBRAE, Guia completo para o Microempreendedor Individual com alterações da Lei Geral. Disponível em <[http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/BA/Anexos/guia\\_do\\_microempreendedor\\_\(2\).pdf](http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/BA/Anexos/guia_do_microempreendedor_(2).pdf)> acesso em 20 de març. 2019.

SEBRAE, Perfil do Microempreendedor Individual. Disponível em <<https://datasebrae.com.br/perfildomicroempreendedorindividual/#atividades>> acesso em 20, abri, 2019.

SILVA, Américo Luís Martins da. A ordem constitucional econômica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VAZ, Isabel. Direito econômico da concorrência. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

## LEGISLAR SOBRE ESTRADAS ELÉTRICAS

Luís Miguel Pereira Farinha<sup>1</sup>

Rui Pedro Lopes Nunes<sup>2</sup>

**Resumo:** A mobilidade é um sector que se encontra, desde há muito, sujeito a regimes jurídicos específicos, muitos de Direito Público, relativos às infraestruturas, aos veículos, aos condutores, aos transportes, aos combustíveis, à responsabilidade civil, aos organismos públicos e suas atribuições, etc.

As alterações que a comercialização de veículos elétricos, conectados, partilhados, autónomos introduzirá no setor da mobilidade são classificadas como disruptivas e comparáveis às que resultaram da substituição da tração animal pela tração mecânica, ocorrida há mais de um século. O modelo de estrada irá mudar, já que estes novos tipos de mobilidade implicam a necessidade de colocação de novos equipamentos na via, desde logo, para que os veículos comuniquem entre si e com a estrada.

A eletrificação dos transportes entendida como a utilização de energia elétrica para alimentar os motores dos veículos automóveis pode provir de baterias neles instaladas ou de sistemas de carga dinâmicos, instalados na zona da estrada, em áreas de domínio público. Os sistemas de carregamento dinâmico reconduzem-se a três tipos; condutivo aéreo (catenária), condutivo terrestre (carril) e indutivo (sem fios).

A adoção destas tecnologias foi objeto de um estudo técnico, intitulado “Sistemas de Estradas Elétricas: uma solução para o futuro”, desenvolvido pela Associação Mundial da Estrada, com participação portuguesa e, designadamente de técnicos da Infraestruturas de Portugal, S.A..

Concluído este estudo houve necessidade de o completar com um exercício de enquadramento legal dos equipamentos que integram os sistemas de estradas elétricas, em face do ordenamento jurídico português. Assim definidos, como estavam, à partida os âmbitos materiais e as áreas temáticas em que a adoção das novas tecnologias se pode inserir, procedeu-se à identificação dos principais regimes jurídicos, com ênfase, dentro destes, para as normas que podem representar dificuldades e oportunidades no que se refere à introdução das estradas elétricas em Portugal. Tratou-se de um exercício de *legística material*.

O estudo desenvolvido permitiu concluir que, por força do princípio da legalidade, há necessidade de criar novas normas que suportem as atividades de planeamento, construção, exploração, financiamento e manutenção de sistemas rodoviários elétricos, sendo certo que o estágio de desenvolvimento, que apresenta, torna difícil a adoção de *standards*, uma vez que a tecnologia disponível ainda não atingiu o necessário grau de maturidade.

Verificou-se, ainda, a necessidade de evitar a introdução de regras nacionais, optando-se tanto quanto possível pelos *standards* adotados internacionalmente.

**Palavras-chave:** Direito rodoviário; mobilidade elétrica; estradas elétricas; domínio público; concessões.

---

<sup>1</sup> Advogado, Infraestruturas de Portugal, S.A., Direção de Assuntos Jurídicos e Compliance. [luis.farinha@infraestruturasdeportugal.pt](mailto:luis.farinha@infraestruturasdeportugal.pt)

<sup>2</sup> Advogado, Infraestruturas de Portugal, S.A., Direção de Assuntos Jurídicos e Compliance. [rui.nunes@infraestruturasdeportugal.pt](mailto:rui.nunes@infraestruturasdeportugal.pt)

## Introdução

A utilização de motores elétricos para propulsão de veículos automóveis, que hoje se apresenta como alternativa séria aos motores de combustão interna, vem aliada a outras alterações da mobilidade, tais como a mobilidade conectada, que permite a troca de informação entre veículos e entre estes e a estrada, a mobilidade partilhada, em que se dá relevo à utilização de um mesmo veículo, em simultâneo ou sucessivamente por várias pessoas que não são titulares de direitos reais sobre esse veículo e mobilidade autónoma, baseada em sistemas de ajuda à condução que, na sua formulação última permitem a circulação de veículos sem necessidade de qualquer ser humano aos seus comandos. Estes novos tipos de mobilidade, baseados na evolução da tecnologia e tornados possíveis por esta, não sendo novidade absoluta vêm agora introduzir novos paradigmas na mobilidade, que muitos qualificam como disruptivos, pela rutura que significam quando se faz a comparação entre a situação anterior e a visão ou as diferentes visões que são normalmente apresentadas.

Com efeito, logo que apareceram os automóveis se ponderou a utilização de motores elétricos, sendo que, no início do século XX, e nas décadas seguintes, “o carro elétrico, tal como atualmente se acha a indústria de acumuladores não pode possuir desde a origem a energia potencial suficiente para prestar serviço demorado e o restabelecimento de energia elétrica, em qualquer lugar, não é ainda prático.”<sup>1</sup> Acontece que, por um conjunto de razões, entre as quais avultam as limitações acabadas de referir, relativas à autonomia e às possibilidades de carga, os veículos elétricos foram preteridos e tiveram, até recentemente, uma importância negligenciável na história do automóvel. O quase desaparecimento dos veículos elétricos ocorreu abruptamente com o início da produção em massa dos veículos de combustão, protagonizada por Henry Ford.

No presente a tecnologia disponível permite definir como “veículos elétricos o automóvel, o motociclo, o ciclomotor, o triciclo ou o quadriciclo, dotados de um ou mais motores principais de propulsão elétrica que transmitam energia de tração ao veículo, incluindo os veículos híbridos elétricos, cuja bateria seja carregada mediante ligação à rede de mobilidade elétrica ou a uma fonte de eletricidade externa, e que se destinem, pela sua função, a transitar na via pública, sem sujeição a carris<sup>ii</sup>”. A fonte de energia pode estar instalada no veículo, como se verifica naqueles que estão equipados com uma bateria, que se carrega a partir dos pontos de carregamento públicos ou privados, instalados em áreas de serviço e na via pública, em propriedades privadas, ou ainda com recurso a aparelhos instalados no veículo (v.g. a hidrogénio). Em alternativa a estes sistemas, ou em



complemento das baterias instaladas no veículo elétrico, há equipamentos que podem ser instalados nas vias e que permitem fornecer eletricidade a veículos em movimento. Também neste caso se podem dar os exemplos das catenárias ferroviárias e das instaladas em cidades e zonas periféricas destas, há muito, para fornecimento de eletricidade a carros elétricos e a trolley carros utilizados em sistemas de transporte público urbano e suburbano. Podem também referir-se os sistemas de transporte ferroviário em que a alimentação é feita a partir de um terceiro carril. No presente estas hipóteses voltam a ser todas ponderadas, tendo agora em vista o aproveitamento dos desenvolvimentos tecnológicos verificados e daqueles que se aguardam para breve, e em resposta aos desafios ambientais que se colocam neste final da segunda década do século XXI, designadamente, os de evitar o aquecimento global e de melhorar a qualidade do ar nos centros urbanos e nas áreas metropolitanas, assim como em determinados itinerários muito utilizados, em especial, por veículos pesados.

A Associação Internacional da Estrada<sup>iii</sup> publicou recentemente o estudo *Electric Road Systems: a Solution for the Future*<sup>iv</sup>, em que se analisam os vários sistemas de fornecimento de energia elétrica a veículos em movimento, designadamente, os sistemas indutivo (sem fios), de carril condutivo (terceiro carril) e condutivo aéreo (catenária). Este estudo está centrado em três aspetos; o estado da arte de última geração de equipamentos e o envolvimento das partes interessadas; a avaliação da viabilidade tecnológica e da implementação dos mesmos; e as possibilidades de exploração e o modelo de negócios dos sistemas rodoviários elétricos<sup>v</sup>. Os modelos de negócios referidos no estudo reconduzem-se à exploração dos sistemas rodoviários elétricos instalados nas vias por meio de contratos de concessão e de parcerias público-privadas. Os pagamentos da energia elétrica consumida pelo veículo são feitos através de portagem, avença anual, contador de eletricidade a bordo do veículo ou estão incluídos num contrato de mobilidade como serviço<sup>vi</sup>.

As possibilidades de instalação de equipamentos nas estradas e nos terrenos vizinhos e da sua exploração devem ser acompanhadas *ab initio* pela análise do Direito aplicável às infraestruturas rodoviárias a fim de se verificar e ponderar o que as normas vigentes permitem e, bem assim, quais podem ser as alterações a introduzir no ordenamento jurídico de modo que, sendo caso disso, em Portugal se possa fazer uso e aproveitar os benefícios propiciados pelos sistemas rodoviários elétricos, desde logo, ambientais e económicos. Eventuais iniciativas de regulação normativa têm como indispensável ponto de partida a identificação de problemas específicos que possam surgir com a instalação na estrada e em áreas próximas dos equipamentos que constituem os sistemas rodoviários elétricos, tendo

em atenção o quadro normativo já existente que inclui uma norma constitucional e uma lei de bases decretada pela Assembleia da República<sup>vii</sup> <sup>viii</sup>.

### **O Domínio Público**

A Constituição Portuguesa estabelece, desde a revisão de 1989, que as estradas pertencem ao domínio público, sujeitando-as portanto a um regime jurídico estabilizado. Este preceito do artigo 84.º, n.º 2, al. d) “...radica na relevância que a matéria alcança desde logo no seio da organização económica de um Estado – basta pensarmos no rigor que reveste o respetivo regime jurídico, designadamente no que concerne à coordenada da impenhorabilidade. Assume, deste modo, importância não despreciando a conveniência decisiva de que a própria Constituição, interpretando o sentir da comunidade, identifique o conjunto de bens que, nessa perspetiva, hão-de impor-se ao legislador ordinário como subordinados a um regime específico de direito público.”<sup>ix</sup>. A classificação das estradas como bens do domínio público, que resulta da Constituição, encontra depois um conjunto de disposições no mesmo sentido, designadamente, na Lei de Bases do Sistema de Transportes Terrestres<sup>x</sup>, e no diploma relativo ao inventário geral do património do Estado<sup>xi</sup>. Acresce que, a Constituição estabelece que a definição e o regime dos bens do domínio público são matérias de reserva relativa de competência da Assembleia da República, isto é, o Governo só pode legislar quanto a estas matérias mediante autorização<sup>xii</sup>. Portanto, a delimitação do tipo de bens que integra o domínio público, assim como o respetivo regime específico – que envolve as regras definidoras dos limites do domínio público, da aquisição do carácter dominial, da utilização das coisas do domínio público e da cessação da dominialidade – compete à Assembleia da República, salvo autorização do Governo<sup>xiii</sup>. A Lei de Bases do Sistema dos Transportes Terrestres estabelece que a rede de estradas nacionais, que constituem bens do domínio público do Estado, é definida no Plano Rodoviário Nacional, que é objeto de um diploma específico<sup>xiv</sup>. O Plano vigente define a rede rodoviária nacional do continente, que é constituída pelas ligações que desempenham funções de interesse nacional ou internacional; dividida em rede nacional fundamental, que integra os itinerários principais, e rede nacional complementar, formada por itinerários complementares e por estradas nacionais. A Lei de Bases do Sistema dos Transportes Terrestres estabelece ainda que as redes viárias regionais e municipais também serão objeto de diplomas específicos, ainda não publicados<sup>xv</sup>, em termos semelhantes à disposição relativa à matéria constante do Plano Rodoviário Nacional.

Posto isto, tendo presente que “os bens do domínio público são o conjunto de coisas sujeita por lei a um regime jurídico específico de Direito público e cuja principal característica identitária reside no facto de serem *res extra commercium*, i.e., bens subtraídos ao comércio jurídico privado em razão da sua necessidade para o desempenho de funções públicas aferida de acordo com uma séria de critérios ou índices, tais como o da sua primacial utilidade pública, o uso público, a sua afetação direta ao serviço público, a garantia e o fomento do desenvolvimento económico nacional ou outro fim de interesse público particularmente relevante”<sup>xvi</sup>, há que verificar as implicações que a aplicação do regime do domínio público às estradas da rede rodoviária nacional pode ter relativamente à atividade de exploração de sistemas rodoviários elétricos, que envolve o ciclo de vida destes equipamentos desde a sua montagem até à sua desmontagem, incluindo a respetiva conservação, utilização por particulares com recurso a veículos de propulsão elétrica, e tramitação dos respetivos procedimentos administrativos. O domínio público rodoviário do Estado é definido como “a universalidade de direito, de que o Estado é titular, formada pelo conjunto de bens afetos ao uso público viário, pelos bens que material e funcionalmente com ele se encontrem ligados ou conexionados, bem como por outros bens ou direitos que, por lei, como tal sejam qualificados<sup>xvii</sup>”. Portanto um sistema rodoviário elétrico montado numa estrada da rede rodoviária nacional pode ser considerado um bem do domínio público<sup>xviii</sup>. Uma vez que as estradas são, por força de norma constitucional bens do domínio público, estão portanto fora do comércio jurídico privado, não são suscetíveis de aquisição por usucapião e são absolutamente impenhoráveis pelo que, estão protegidas de várias vicissitudes, designadamente as referidas. Acresce que o seu titular, o Estado, uma vez que nos referimos a estradas da rede rodoviária nacional, detém um conjunto de poderes que lhe permitem fazer a gestão destas estradas; poderes de uso, administração, tutela, defesa e disposição. No presente o Estado não exerce estes poderes, por si, tendo criado uma empresa pública denominada Infraestruturas de Portugal, S.A., que tem por objeto a conceção, projeto, construção, financiamento, conservação, exploração, requalificação, alargamento e modernização das redes rodoviária nacional<sup>xix</sup>. Esta empresa assume a posição de gestor de infraestruturas, nos termos do contrato de concessão geral da rede rodoviária nacional celebrado com o Estado e dos contratos de concessão que com o mesmo venham a ser celebrados, bem como a gestão das demais infraestruturas sob sua administração. O contrato de concessão rodoviária<sup>xx</sup>, em execução, nada refere quanto a sistemas rodoviários elétricos. Portanto, à partida, terceiros que pretendam explorar estes sistemas rodoviários elétricos, terão que se ater aos títulos de utilização privativa; à licença de utilização privativa e à

concessão de utilização, já que a IP pode praticar os inerentes atos e celebrar os respetivos contratos<sup>xxi</sup>.

### **A colaboração de terceiras entidades**

A administração rodoviária tem competência para licenciar a realização de obras e atividades na área abrangida pelos bens do domínio público rodoviário do Estado<sup>xxii</sup> e “... pode, através de contrato administrativo conferir poderes exclusivos de fruição dos bens do domínio público sob sua administração, sempre a título precário, ...”<sup>xxiii</sup>. Acrescem as disposições do contrato de concessão de exploração, celebrado entre a IP e o Estado, que estabelecem a possibilidade de subconcessionar, ainda que tendo em vista a exploração para uso rodoviário<sup>xxiv</sup>, tal como hoje se entende, pelo que, a montagem destes sistemas rodoviários elétricos, mesmo por terceiros, sempre necessitará de alguma cláusula contratual adequada. Acresce que, também no EERRN não estão previstos usos privativos relativos a sistemas rodoviários elétricos, nem as correspondentes taxas, o que releva atento à técnica legislativa utilizada, que indica proibições, permissões relativas e respetivos critérios gerais, normas adjetivas, taxas e sanções aplicáveis aos infratores<sup>xxv</sup>. Para além da legislação relativa ao património imobiliário assinala-se que estes equipamentos rodoviários elétricos não se encontram homologados nem são interoperáveis, pelo que, se do estrito ponto de vista do regime jurídico do património imobiliário do Estado a situação tem algum suporte, crê-se que tanto o contrato de concessão quanto o EERRN e demais legislação necessitam de revisão e desenvolvimento no sentido de estabelecer o que é possível fazer, por quem, de que modo, com que garantias, etc. Acresce que, será ainda necessário identificar as estradas cujas características permitem montar sistemas rodoviários elétricos, definir os *standards*, necessariamente internacionais, as características destes e, bem assim, criar normas relativas à sua montagem e conservação, o que possibilita a verificação do impacto que a montagem destes sistemas rodoviários elétricos pode ter relativamente ao nível de serviço das estradas, para, a final, se decidir, em cada caso, se o resultado esperado é aceitável<sup>xxvi</sup>. Será porventura necessário introduzir no ordenamento jurídico uma ou várias normas que habilitem à emissão de regulamentos<sup>xxvii</sup> e que o conjunto seja completado por normas técnicas, regras de arte e atos administrativos.

Fica, ainda, aberta a possibilidade de o Estado alterar o contrato de concessão de molde que a construção e exploração de sistemas rodoviários elétricos seja feita diretamente pelo concessionário geral e pelos vários concessionários nas respetivas redes. Esta opção seria

bastante original já que, tanto a exploração dos postos de abastecimento de combustível como de áreas de serviço, bem como dos postos de carregamento de energia elétrica estão a cargo de entidades diferentes dos concessionários rodoviários ou das entidades gestoras das vias. Nos dois primeiros casos, na rede rodoviária nacional, normalmente os postos de abastecimento de combustíveis estão instalados em terrenos particulares, e são sujeitos a licenciamento pela administração rodoviária e as áreas de serviço estão instaladas em terrenos expropriados para o efeito e são explorados ao abrigo de contratos de concessão específicos<sup>xxviii</sup>. A instalação de pontos de carregamento de baterias de veículos elétricos em local público de acesso público no domínio público carece de licenciamento da utilização privativa do domínio público, a cargo da entidade titular à qual esteja atribuída a gestão do bem dominial em causa<sup>xxix</sup>. Não cremos que este seja efetivamente uma opção com alguma hipótese de ser escolhida.

### **Regimes jurídicos e entidades gestoras**

A rede rodoviária nacional encontra-se repartida por estradas de três categorias diferentes; itinerários principais, itinerários complementares e estradas nacionais, que se diferenciam v.g. pelas ligações que asseguram, respetivas características técnicas, regimes de circulação e níveis de serviço que respeitam (fluidez de tráfego, conforto dos utilizadores). Alguns troços, nomeadamente de itinerários principais e de itinerários complementares, fazem parte da rede nacional de autoestradas. Não sendo previsível, nem desejável, eletrificar toda a rede<sup>xxx</sup>, será necessário identificar os troços de estrada em que podem ser instalados sistemas rodoviários elétricos, criando porventura um novo anexo ao Plano Rodoviário Nacional com a respetiva lista. Acresce que, na rede rodoviária nacional, para além da generalidade das vias que é gerida diretamente pela concessionária geral, há vias que o Estado concessionou a outras empresas<sup>xxxi</sup> e vias que a referida concessionária subconcessionou<sup>xxxii</sup>. A estes casos, somam-se as redes rodoviárias regionais, com partes geridas pela Infraestrutura de Portugal e outras por municípios, e as redes municipais, tantas quantos os municípios existentes, a que se aplica uma legislação que se aproxima das seis décadas de vigência<sup>xxxiii</sup>. O quadro traçado é, portanto, de um conjunto de regimes jurídicos dificilmente conciliáveis, tanto mais que os diplomas especiais reguladores das redes regionais e municipais ainda não estão publicados. Os aspetos relativos à segurança, quanto a riscos e a ameaças, assumem uma especial importância, por duas razões; as novas formas de mobilidade são publicitadas em associação a um aumento do nível de segurança e a entidade concessionária, a gestora de via responde,

nos termos da lei geral, por quaisquer prejuízos causados no exercício de atividades que constituem o objeto da concessão, pela culpa ou pelo risco, não sendo assumido pelo concedente qualquer tipo de responsabilidade neste âmbito.

### **Considerações finais**

A utilização de troços das estradas da rede rodoviária nacional para montagem e exploração de sistemas rodoviários elétricos encontra no regime do domínio público, a que as estradas estão submetidas pela Constituição, regras que as protegem de interesses alheios às ligações que asseguram, o que justifica a sua submissão ao domínio público da circulação. Este regime jurídico abre ainda a possibilidade de particulares fazerem utilizações privativas dos bens do domínio público do Estado, devidamente titulados por licença ou concessão.

Uma vez que a rede rodoviária nacional se encontra integralmente concessionada, o Estado através dos seus concessionários, ou dos subconcessionários do concessionário geral pode, ainda, modificar o objeto dos respetivos contratos para que estes explorem, por si, ou em articulação com terceiros, sistemas rodoviários elétricos. A montagem, a exploração e o fim de vida destes sistemas rodoviários elétricos carece de normas jurídicas, completadas por regulamentos, atos administrativos, normas técnicas e regras de arte que estabeleçam o que é exigível e o que é possível, como se formaliza, que entidades intervêm, etc.

Importa ter em atenção que as estradas da rede rodoviária nacional, de acordo com a respetiva classificação, têm diferentes características técnicas e funções, asseguram ligações específicas e devem assegurar os níveis de serviço legalmente estabelecidos. Acresce que, para além da rede rodoviária nacional ter diferentes entidades gestoras, v.g. concessionários e subconcessionários, está ligada às redes viárias regionais e municipais, sujeitas a regimes jurídicos próprios, havendo necessidade de estabelecer normas comuns, que permitam evitar problemas na concretização de projetos de eletrificação que atravessam troços geridos por diferentes entidades. Por último, as entidades concessionárias são responsáveis perante o concedente e perante terceiros pelo que, a montagem de sistemas rodoviários elétricos não pode representar um aumento dos níveis de risco para patamares que não sejam adequados.

### **Referências**

---

<sup>i</sup> Automóveis, in Revista de Engenharia Militar, Ano VI, Lisboa, 1901, páginas 451 e seguintes.

<sup>ii</sup> Artigo 3.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 39/2010, de 26 de abril, na versão republicada pelo Decreto-Lei n.º 90/2014, de 11 de junho.

- iii *A Association Mondiale de la Route ou World Road Association-AIPCR foi criada em 1909 e agrupa as administrações rodoviárias de 122 governos. Os seus membros (pessoas singulares, empresas, entidades públicas e demais organizações) são originárias de mais de 140 países (informação disponível em <https://www.piar.org/fr/>, consultado em 14.05.2019).*
- iv Batemen, D. et al., *Electric Road Systems: a Solution for the Future*, AIPCR, 2018, disponível em <https://www.piar.org/en/order-library/29690-en-Electric%20road%20systems:%20a%20solution%20for%20the%20future.htm>, consultado em 14.05.2019.
- v Tradução literal de “Electric Road Systems”.
- vi Mobility as a service (MaaS). Sobre o assunto vide Wong, Yale Z., Hensher, David A., Mulley, Corinne, *Stated preference design for mobility as a service (MaaS) broker/aggregator contracts*, disponível em [https://www.atrf.info/papers/2018/files/ATRF2018\\_paper\\_2.pdf](https://www.atrf.info/papers/2018/files/ATRF2018_paper_2.pdf), consultado em 17.06.2019.
- vii Despacho n.º 2930/2019 (2.ª série), de 19 de Março.
- viii Duarte, David et al. *Legística*, Almedina, Coimbra, 2002, páginas 23 e seguintes.
- ix Moniz, Ana Raquel Gonçalves, *O Domínio Público*, Almedina, Coimbra, 2005, págs. 118 e 119.
- x Artigo 14.º, n.º 1 da Lei n.º 10/90, de 17 de março.
- xi Artigo 4º, al. h) do Decreto-Lei n.º 477/80, de 15 de outubro.
- xii Artigo 165.º, n.º 1, alínea v).
- xiii O artigo 49.º, n.º 3 da Constituição de 1933 qualificava as estradas e os caminhos públicos como bens do domínio público, que o Professor Marcello Caetano incluía no “domínio da circulação”. Vide também Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, 3.ª edição, Coimbra Editora, 1993, páginas 410 e seguintes.
- xiv Decreto-Lei n.º 222/98, de 17 de julho, com as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei n.º 98/99, de 26 de julho, e pelo Decreto-Lei n.º 182/2003, de 16 de agosto.
- xv Artigo 14.º da Lei n.º 10/90, de 17 de março.
- xvi Martins, Ana Gouveia, *Classificação*, in João Miranda et al., *Comentário ao Regime Jurídico do Património Imobiliário Público*, Almedina, Coimbra, 2017, págs. 83 e 84.
- xvii Artigo 3.º, alínea n) do Estatuto das Estradas da Rede Rodoviária Nacional, aprovado pela Lei n.º 34/2015, de 27 de abril (EERRN).
- xviii Pode vir a incluir a lista dos equipamentos de apoio, nos termos do artigo 16.º do EERRN.
- xix Artigo 6.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 91/2015, de 29 de maio. “Redes” refere-se à rede existente e à rede a construir.
- xx Decreto-Lei n.º 380/2007, de 13 novembro, com a última alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 44-A/2010, de 5 de maio.
- xxi Base 48 do contrato de concessão.
- xxii Artigos 41.º, 42.º e 49.º do EERRN.
- xxiii Artigo 42.º, n.º 9 do EERRN.
- xxiv Base 48, n.º 1 do contrato de concessão.
- xxv Artigos 46.º a 68.º, 69.º a 79.º do EERRN.
- xxvi D. Batemen et al., *Electric Road Systems*, 7.1.2, páginas 109 e 110.
- xxvii No âmbito da mobilidade elétrica vide a título de exemplo a legislação publicada ao abrigo de normas do Decreto-Lei n.º 90/2014, de 11 de junho, que procede à terceira alteração do Decreto-Lei n.º 39/2010, de 26 de abril
- xxviii Bases 33 e 34 do Contrato de Concessão, Decreto-Lei n.º 87/2014, de 29 de maio, Portarias 53/2015 e 54/2015, ambas de 27 de fevereiro.
- xxix Portaria n.º 222/2016, de 11 de agosto.
- xxx D. Batemen et al., *Electric Road Systems*, 5.1.4, página 80.
- xxxi Disponível em <http://www.imt-ip.pt/sites/IMTT/Portugues/InfraestruturasRodoviaras/RedeRodoviaria/Paginas/Concessionariasematualizacao.aspx>, consultado em 21/06/2019 (em atualização).
- xxxii No final de 2007 o Estado Português lançou oito subconcessões rodoviárias, na linha do cumprimento das Resoluções do conselho de ministros n.º 177/2007, de 10 de dezembro, n.º181/2007 de 11 de dezembro, n.º56/2008 de 26 de março e n.º106/2008 de 7 de julho. Destas foram adjudicadas sete, entre os anos de 2008 e 2010, de acordo com a informação disponível em <http://www.infraestruturasdeportugal.pt/rede/rodoviaria/subconcessoes>, consultado em 21/06/2019.
- xxxiii Lei n.º 2110, de 19 de agosto de 1961, que promulga o Regulamento Geral das Estradas e Caminhos Municipais

# INSTITUIÇÕES PARCEIRAS E COLABORADORAS



UNIVERSIDADE  
**LUSÓFONA**  
DO PORTO



**UFRRJ**  
UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL  
DO RIO DE JANEIRO



**IBEROJUR**  
INSTITUTO IBEROAMERICANO  
DE ESTUDOS JURÍDICOS



**IAB  
NACIONAL**



Instituto de Investigação Jurídica  
da Universidade Lusófona do Porto